



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

**CORSO DI DOTTORATO IN “PLURALISMI GIURIDICI, PROSPETTIVE
ANTICHE ED ATTUALI”**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/08

IN CO-TUTELA CON L’UNIVERSITÉ PARIS II – PANTHÉON ASSAS

**I MUTAMENTI COSTITUZIONALI
INFORMALI**

IL DOTTORE

MARIA LAURA VERGARA

IL COORDINATORE

CH.MO PROFESSORE GIUSEPPE DI CHIARA

I TUTOR

CH.MA PROFESSORESSA LAURA LORELLO

CH.MA PROFESSORESSA EMMANUELLE CHEVREAU

CICLO XXX

SOMMARIO

Introduzione.....	7
--------------------------	----------

PARTE I

LA DIALETTICA TRA DIRITTO COSTITUZIONALE SCRITTO E DIRITTO COSTITUZIONALE NON SCRITTO

1. Cosa si intende per costituzione?.....	10
2. Costituzioni flessibili e costituzioni rigide. <i>Ratio</i> della distinzione.....	15
3. Costituzioni “flessibili” e costituzioni “rigide” secondo Bryce.....	16
3.1. Le costituzioni flessibili secondo Bryce: il paradosso dell’instabilità portatrice di forza.....	19
3.2. Le costituzioni rigide secondo Bryce. La necessità di un temperamento tra le due esigenze di stabilità e di evoluzione.....	22
4. La naturale rigidità di ogni costituzione nella tesi di A. Pace.....	26
5. Le naturali caratteristiche delle disposizioni costituzionali. L’elasticità.....	29
5.1 I fattori determinanti l’elasticità e i suoi spazi d’azione.....	34
6. Le conseguenze dell’elasticità delle disposizioni costituzionali sul piano interpretativo.....	40
7. L’elasticità quale scelta forse inevitabile ma opportuna.....	48
8. I confini del diritto costituzionale. La ricerca di un concetto più vasto di <i>costituzione</i>	52
9. Santi Romano e la teoria dell’ordinamento giuridico.....	55
9.1. I tre significati di “costituzione” per S. Romano.....	59
10. Il concetto di “ <i>costituzione materiale</i> ” secondo C. Mortati.....	60
10.1 Critiche, difese, esaltazioni della teoria di Mortati.....	66
11. Schmitt e la sua « <i>Dottrina della costituzione</i> ». La “costituzione materiale” secondo Schmitt e il giudizio di Mortati sulla sua teoria.....	72
12. Successivi contributi sul concetto di “costituzione materiale” e sui “confini” del diritto costituzionale. Le divergenti posizioni della dottrina	

in ordine ad una possibilità di convivenza tra costituzione materiale e costituzione formale.....	74
12.1. Crisafulli e l'unicità della costituzione giuridica.....	76
12.2 Elia e le norme costituzionali «a fattispecie aperta».....	78
12.3 Le teoria dell' <i>accanto</i> e quella della Costituzione da interpretare <i>magis ut valeat</i> . Come conciliarle secondo Dogliani.....	81
12.4 Bartole e la costituzione materiale: strumento ermeneutico e concetto unificatore.....	84
12.5 La “costituzione materiale” secondo Barile.....	86
12.6 Il contributo di Ruggeri al presente studio.....	88
12.7 Il diritto costituzionale nel tempo del pluralismo: la “ <i>mitezza costituzionale</i> ”.....	91
13. Considerazioni conclusive sul senso attuale di “costituzione materiale”. Un importante mutamento di prospettiva.....	96

PARTE II

CAPITOLO I

I MUTAMENTI COSTITUZIONALI INFORMALI. EVOLUZIONE DELLA NOZIONE, MODALITÀ E ATTORI

1. La nozione di mutamento costituzionale informale come generalmente intesa.....	99
2. Le definizioni elaborate dalla dottrina e le diverse funzioni attribuibili ai mutamenti informali nel sistema costituzionale.....	102

CAPITOLO II

I MUTAMENTI COSTITUZIONALI INFORMALI IN ITALIA. DIBATTITO DOTTRINALE E VICENDE EMBLEMATICHE

1. Il tema dei mutamenti informali nei primi anni della Repubblica. L'idea originaria dell'autosufficienza delle risorse testuali e la negazione di dignità giuridica al fenomeno delle modificazioni tacite.....105
2. Evoluzione del pensiero dottrinale e contributi sul tema.....106
3. Attori e luoghi del mutamento costituzionale informale
 - 3.1 Il diritto parlamentare come “*clinica costituzionale*” delle esperienze di rinnovamento costituzionale.....116
 - 3.2 Ampliamento dell'oggetto del dibattito oltre i confini del diritto parlamentare. L'interpretazione evolutiva delle leggi rispetto alla Costituzione e il giudice delle leggi quale *prolungamento* del potere costituente o «costituente permanente».....117
4. Dai primi anni della Repubblica ad oggi: il moltiplicarsi degli spazi per le dinamiche costituzionali informali. Le più recenti letture delle dinamiche costituzionali informali nella dottrina italiana e le diverse vie per conferire ad esse definitiva rilevanza giuridica.....122
5. Sintesi delle modalità del mutamento costituzionale informale.....124
6. Vicende emblematiche
 - 6.1 Il caso “Mancuso”. Il riconoscimento da parte della Consulta di fonti integrative del testo costituzionale.....126
 - 6.2 La nomina dei ministri da parte del Presidente della Repubblica: potere di veto o proposta vincolante?.....132

6.3 L'autodichia della Presidenza della Repubblica. Il riconoscimento di un ruolo essenzialmente (e limitatamente) nomopoietico agli organi costituzionali.....	145
6.4 Gli atti di normazione primaria del Governo: prassi ed argini....	151
6.5 Le modificazioni tacite della Costituzione apportate in via di interpretazione giurisprudenziale: alcune materie <i>sostanzialmente costituzionali</i> alla ricerca della propria fonte.....	170
6.5.1. Il caso “Englaro”: la disciplina di fine vita.....	176
6.5.2 La Consulta e le unioni omosessuali.....	184
7. Considerazioni conclusive.....	190

CAPITOLO III

I MUTAMENTI COSTITUZIONALI IN FRANCIA

1. Contributi dottrinali sul tema dei mutamenti costituzionali informali.....	193
2. Il Consiglio Costituzionale quale principale soggetto dei mutamenti costituzionali informali	
2.1 Il Consiglio Costituzionale e la progressiva delimitazione del <i>domaine législatif</i> e del <i>domaine réglementaire</i>	196
2.2. Gli <i>arrêts</i> costitutivi nell'ambito del <i>bloc de constitutionnalité</i>	206

CAPITOLO IV

IL FENOMENO DEI MUTAMENTI COSTITUZIONALI INFORMALI NELL'ESPERIENZA EUROUNITARIA

1. La graduale elaborazione del principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto italiano quale corollario dell'art. 11 Cost.....213
2. La *costituzionalizzazione* dell'Unione europea.....225

PARTE III

1. I limiti di legittimità dei mutamenti costituzionali informali: alcune osservazioni sui *principi supremi* dell'ordinamento costituzionale.....230
2. Conclusioni.....234

BIBLIOGRAFIA242

INTRODUZIONE

Il presente studio ha ad oggetto i *mutamenti costituzionali informali* ed è orientato all'osservazione delle concrete esperienze interpretative ed applicative delle disposizioni costituzionali che siano andate, nel tempo, oltre il tenore letterale della Carta.

Si è scelto di adottare una concezione ampia e generale di mutamento costituzionale, ritenendo che lo stesso possa registrarsi non soltanto in termini nettamente modificativi, ma anche, e soprattutto, per via integrativa e specificativa.

Alla luce di tale nozione ampia, abbiamo inteso ravvisare una modificazione tacita ogni qual volta la disposizione costituzionale, andando oltre il semplice tenore letterale della Carta, risulti *diversa* in esito all'esperienza interpretativa ed applicativa, in ciò volendo includere anche la *specificazione* del significato della disposizione stessa.

A ben guardare, infatti, nella circostanza che il significato della disposizione sia stato specificato, e quindi esplicitato e declinato uno dei possibili sensi da attribuire alla disposizione costituzionale *elastica*, ben può ravvisarsi un mutamento in termini di *arricchimento* della disposizione costituzionale.

La prima parte del presente studio sarà dedicata alla dialettica tra norma e fatto, tra dimensione prescrittiva e dimensione descrittiva, quale elemento peculiare del diritto costituzionale il quale sosterremo si componga, oltre che delle regole derivanti (in via esplicita o implicita) dalle disposizioni costituzionali, anche di elementi di diversa provenienza, che diremo "*esogeni*", destinati ad interagire con la dimensione formale in un rapporto di reciproca integrazione.

Partiremo da una prima definizione del concetto di costituzione, per poi passare alla tradizionale distinzione tra costituzioni flessibili e rigide.

Noteremo tuttavia come, a prescindere dalla suddetta qualificazione, ogni costituzione, in ragione della particolare natura e funzione delle sue disposizioni, in sede attuativa ed interpretativa, si presti a fenomeni di specificazione ed integrazione tali da condurla verso evoluzioni per vie alternative a quella della revisione formale, ove prevista.

Sollecitati dagli autorevoli contributi dottrinali sul punto, cercheremo di mettere in luce come l'obiettivo di un'esatta *actio finium regundorum* del Diritto costituzionale debba partire dalla premessa di base secondo la quale questo si declina sia quale "*diritto scritto*" che quale "*diritto non scritto*".

La Parte II del presente contributo sarà orientata alla delimitazione della nozione di "*mutamento costituzionale informale*", alla luce delle definizioni elaborate dalla dottrina e dei diversi contributi che i mutamenti in parola possono apportare nel tessuto costituzionale.

Ripercorso il dibattito dottrinale sviluppatosi in Italia sul tema oggetto di studio, si passerà all'osservazione di alcune vicende "emblematiche", indicative di come elementi di derivazione esogena possano intervenire ad integrare il testo costituzionale, di come quest'ultimo non esaurisca l'ambito del *costituzionalmente rilevante* e di come l'attività degli organi costituzionali assuma, talvolta, risvolti creativi nel tessuto costituzionale.

Osserveremo come tale ultima circostanza possa rintracciarsi anche in altri ordinamenti costituzionali, in particolare concentrando la nostra attenzione sull'ordinamento francese, e sul Conseil Constitutionnel nelle vesti di attore dei mutamenti costituzionali informali.

Analizzeremo, infine, i mutamenti costituzionali informali indotti nel nostro ordinamento dall'esperienza di integrazione eurounitaria, partendo dalla ricostruzione del processo ermeneutico che ha gradualmente condotto la Consulta a rintracciare nell'art. 11 della nostra Carta un fondamento costituzionale valido a giustificare le limitazioni della sovranità nazionale derivate dall'adesione all'Unione europea, ivi compreso il riconoscimento

del principio del primato del diritto eurounitario rispetto a quello interno, con le relative conseguenze sul sistema delle fonti delineato in Assemblea costituente.

Nell'ultima parte del presente studio constateremo come anche nell'individuazione di precisi limiti alle modificazioni tacite ci si muova su un terreno impervio, in considerazione della circostanza per la quale l'enucleazione di principi supremi ed invalicabili a pena di sconvolgere l'intero equilibrio costituzionale rappresenta essa stessa un'attività *in primis* interpretativa.

Andremo, infine, a svolgere le conclusioni del nostro studio, osservando innanzitutto come i mutamenti costituzionali informali, connotati da una marcata dimensione teleologica, sfuggano ad una tassativa categorizzazione, prestandosi, piuttosto, ad un'attività di osservazione ed analisi delle conseguenze sul tessuto costituzionale.

Concluderemo nel senso della portata *fisiologica* della fenomenologia in oggetto, poiché connaturata alle costituzioni moderne, da intendere, più che in senso meramente statico, come *processo* al cui epilogo non è dato assistere fintantoché la Costituzione sia vigente.

Svolgeremo, tuttavia, alcune riflessioni circa la necessità di un *idem sentire de republica* quale presupposto essenziale perché la categoria in parola possa sortire l'effetto del rafforzamento del tessuto costituzionale e non, al contrario, rappresentare una zona franca per gli abusi nell'esercizio da parte degli organi costituzionali delle funzioni riconosciutegli.

PARTE I

CAPITOLO I

LA DIALETTICA TRA DIRITTO COSTITUZIONALE SCRITTO E DIRITTO

COSTITUZIONALE NON SCRITTO

Sommario: 1. Cosa si intende per costituzione? - 2. Costituzioni flessibili e costituzioni rigide. *Ratio* della distinzione - 3. Costituzioni “flessibili” e costituzioni “rigide” secondo Bryce - 3.1. Le costituzioni flessibili secondo Bryce: il paradosso dell’instabilità portatrice di forza - 3.2. Le costituzioni rigide secondo Bryce. La necessità di un temperamento tra le due esigenze di stabilità e di evoluzione - 4. La naturale rigidità di ogni costituzione nella tesi di A. Pace - 5. Le naturali caratteristiche delle disposizioni costituzionali. L’elasticità - 5.1 I fattori determinanti l’elasticità e i suoi spazi d’azione - 6. Le conseguenze dell’elasticità delle disposizioni costituzionali sul piano interpretativo - 7. L’elasticità quale scelta forse inevitabile ma opportuna - 8. I confini del diritto costituzionale. La ricerca di un concetto più vasto di *costituzione* - 9. Santi Romano e la teoria dell’ordinamento giuridico - 9.1. I tre significati di “costituzione” per S. Romano - 10. Il concetto di “*costituzione materiale*” secondo C. Mortati - 10.1 Critiche, difese, esaltazioni della teoria di Mortati - 11. Schmitt e la sua «*Dottrina della costituzione*». La “costituzione materiale” secondo Schmitt e il giudizio di Mortati sulla sua teoria - 12. Successivi contributi sul concetto di “costituzione materiale” e sui “confini” del diritto costituzionale. Le divergenti posizioni della dottrina in ordine ad una possibilità di convivenza tra costituzione materiale e costituzione formale - 12.1. Crisafulli e l’unicità della costituzione giuridica - 12.2 Elia e le norme costituzionali «a fattispecie aperta» - 12.3 Le teoria dell’*accanto* e quella della Costituzione da interpretare *magis ut valeat*. Come conciliarle secondo Dogliani - 12.4 Bartole e la costituzione materiale: strumento ermeneutico e concetto unificatore - 12.5 La “costituzione materiale” secondo Barile - 12.6 Il contributo di Ruggeri al presente studio - 12.7 Il diritto costituzionale nel tempo del pluralismo: la “*mittezza costituzionale*” - 13. Considerazioni conclusive sul senso attuale di “costituzione materiale”. Un importante mutamento di prospettiva

1. Cosa si intende per “costituzione”?

Il termine *costituzione* assume, nel linguaggio giuridico, molteplici significati.

In un primo senso, il concetto è impiegato in funzione descrittiva, per rintracciare gli elementi *di fatto* che caratterizzano un determinato sistema politico.

In tal senso, può dirsi che «ogni società ha una costituzione. È come dire che ogni vertebrato ha una colonna vertebrale»¹.

Potremo allora parlare della costituzione di qualsiasi sistema politico - a prescindere dal suo grado di formalizzazione e dalla presenza di fonti normative scritte poste a regolarne il funzionamento - e, più in generale, di ogni formazione sociale.

Un altro significato che il termine “*costituzione*” assume si orienta nel senso politico-ideologico: essa si presenta come manifesto impregnato di valori politici *nuovi* attorno ai quali ricostruire l’organizzazione sociale, e nella cui ottica progettare il futuro del paese.

Secondo questo significato, la costituzione è vista come simbolo di un auspicato cambiamento: non a caso i processi costituenti seguono sempre ad eventi storici implicanti una rottura con il passato, come è stato, ad esempio, all’indomani della rivoluzione francese o della fine delle due guerre mondiali.

La costituzione si propone adesso come modello ideale in base al quale realizzare un sistema di libertà dapprima negate o violate, con le connesse garanzie, assurgendo a “tecnica della libertà”².

Tale idea di costituzione ha come portato la graduale progettazione di un documento scritto, con ciò maggiormente stabile e garantito, in cui trovino espressione le concezioni politiche e i valori morali cui il paese ha inteso aderire.

Osserva Crisafulli³ che il passaggio dallo Stato assoluto allo “Stato moderno” coincide ovunque con le prime costituzioni scritte.

¹ P. BOBBIT, *Constitutional Interpretation*, Blackwell, Oxford-Cambridge, 1991.

² P. MIRKINE- GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris 1931, p. XI.

³ V. CRISAFULLI, voce ‘*Costituzione*’ in *Enciclopedia del ‘900*, 1028.

Compaiono allora i primi documenti scritti che, con diversi nomi (“costituzione”, “statuto”, “carta”), consacrano i principi e le strutture fondamentali del sistema.

Come anticipato, la costituzione è, in questa fase, il documento che traduce in norme giuridiche l’opzione politico-ideologica del paese⁴.

La diffusione del *costituzionalismo*, specie intorno alla seconda metà del XIX secolo, portò poi a conferire sempre minor rilievo alla nozione politico-ideologica della costituzione, per porre al centro la costituzione in senso formale.

Una costituzione scritta che tracci dei limiti, riconosca dei diritti inviolabili, individui punti sui quali non si intende ritornare se non con l’avverarsi di determinate condizioni, fissi degli obiettivi, enunci i principi fondamentali cui conformarsi: un testo dal carattere eminentemente prescrittivo, che dia risposte su come una determinata organizzazione statale ritiene di dover essere, da un certo momento in avanti⁵.

La regolamentazione dei rapporti fondamentali facenti capo all’ordinamento viene devoluta ad un sistema di norme previamente conoscibili da parte dei consociati e contenute in un documento scritto, il che porta con sé una preziosa garanzia in termini di certezza⁶.

⁴ Deve, peraltro, rammentarsi come non tutti i paesi moderni si siano dotati di una Costituzione scritta. Ciò è a dirsi, ad esempio, per l’esperienza del costituzionalismo britannico. Può dunque osservarsi che il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato moderno ha generalmente portato all’emanazione di una costituzione “*documento*” deputata a tratteggiare l’ideologia politica del sistema. Al contempo, tuttavia, si registrano esperienze, vedasi quella del Regno Unito, nelle quali la costituzione nel suo senso politico ideologico, seppur rinvenibile, non ha trovato la propria trasposizione in documento.

⁵ La costituzione «pone un ordine totale, fa sorgere un sistema di valori in quanto afferma e fa valere una concezione fondamentale della vita associata», così MORTATI C., *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale* (1952).

⁶ Sul ruolo della scrittura come garanzia di certezza del diritto si legga Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, in particolare da p. 8 a seguire. Per l’Autore, «l’atteggiamento fideista nei confronti della *vocazione unificante* della scrittura» sorge dall’idea diffusa che «soltanto la formulazione testuale dei principi costituzionali

Di ciò si tratta quando si discorre di costituzione formale, rigida o flessibile, breve o lunga che sia.

La dimensione politico ideologica è adesso arricchita del valore positivo attribuito alla costituzione quale fonte suprema dell'ordinamento.

può davvero attestare l'affermazione ed il conseguente radicamento di un netto e reciso abbandono della struttura istituzionale da cui affrancarsi», p. 19 (corsivo nostro)

In particolare, l'opzione per la forma scritta segna una netta inversione di marcia rispetto al tradizionale modo di concepire la disciplina dei rapporti fondamentali. Adesso, per dirlo con S. BARTOLE, «non si ammette più che la costituzione si faccia lentamente, nei secoli, nel sedimento della tradizione», voce *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV Torino 1989, cit. 291). L'A. colloca l'opzione per la costituzione scritta «agli antipodi di un processo di concretizzazione inconsapevole e per progressiva sedimentazione dell'assetto costituzionale», *Op. cit.*, 292.

In tale ottica, P. G. GRASSO individua tra i fini della costituzione scritta anche quello «di ridurre al minimo, se non di eliminare, l'efficacia della consuetudine come fonte di disciplina dei poteri e dei rapporti fra poteri e singoli», *Il diritto pubblico alla luce del diritto naturale*, in *Diritto e cultura* 1998, 106.

Si legga ancora S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1936, ad avviso del quale la razionalizzazione in un documento scritto ha rappresentato lo «sforzio legalistico contro ogni tendenza arbitraria nell'esercizio della sovranità, e pertanto nozione preclusiva di ogni 'trasformazione' costituzionale che marchi, anziché l'imperio del diritto (epperò della procedura) sulla forza politica, esattamente l'opposto fenomeno, con ciò contraddicendo all'idea stessa di una 'tecnica della libertà'», cit. p. 36.

A mitigare il dirimente ruolo attribuito alla scrittura, tuttavia, interviene V. ZANGARA, *La rigidità delle costituzioni*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, quando afferma che «una costituzione scritta non è diritto perché è formalizzata in norme scritte ma perché queste norme sono accettate universalmente dalla consociazione, i cui comportamenti sono da essa regolati: la validità di una costituzione, sia scritta che non scritta, deve quindi richiamarsi all'elemento essenziale della *generale acquiescenza*», 1947 (corsivo nostro).

In tal senso si può forse ritenere, insieme ad autorevoli esponenti della dottrina, che la sistemazione per iscritto non sia l'unico modo per conferire certezza alle norme disciplinanti l'ordinamento nelle sue linee essenziali.

Sul punto, anche CAMERLENGO, *op. cit.*, p. 28, richiamando altri autori (ad esempio R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, Boston 1921) individua la chiave adottata nei sistemi di common law per assicurare un'adeguata stabilità giuridica nell'aver attribuito rilievo centrale alla *moralità* e alla *buona coscienza*, intese nella loro definizione etica. L'A. osserva inoltre come, nei sistemi giuridici in parola, l'apparato di regole non scritte trovi un supporto permanente nelle norme di matrice consuetudinaria, il cui insostituibile potenziale risiede proprio nella «capacità di assecondare i mutamenti in atto nel tessuto sociale di riferimento, creando così le condizioni per la realizzazione di quel procedimento analogico che permette la risoluzione delle singole controversie» (30).

D'altronde, l'A. succitato riporta in merito le osservazioni di McIlwain, per il quale «necessariamente l'elemento consuetudinario del sistema giuridico è e deve essere usato, perfino in un'età di copiosa legislazione, per integrare, migliorare e sviluppare la componente legislativa statutale», C. H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York 1946, trad. it., *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990, 158.

La particolare forza giuridica della costituzione, derivante proprio dal suo essere adesso *formalizzata* mediante un procedimento speciale e diverso da quello seguito per l’emanazione delle leggi ordinarie (negli ordinamenti a costituzione rigida), permette ad essa di assumere una posizione di preminenza nel sistema delle fonti del diritto.

La costituzione diventa così il fondamento primo dell’intero ordine normativo, dal quale discendono diritti e doveri, obblighi e divieti, poteri attribuiti e regolamentati nel loro esercizio.

Ciò vale naturalmente per le costituzioni rigide, ma deve in parte affermarsi anche per le costituzioni flessibili.

Se, infatti, per le prime, la particolare forza discende dallo speciale procedimento di emanazione e revisione, nelle costituzioni flessibili analogo vigore può riscontrarsi nell’oggetto cui esse si dedicano, intendendo queste dettare le norme strutturali ed organizzative essenziali al funzionamento dell’ordinamento statale.

Anche nei sistemi a costituzione flessibile, dunque, è dato individuare alcune regole aventi, per comune sentire, un’importanza maggiore rispetto ad altre, e che, perciò, verranno innovate o derogate con particolare cautela⁷.

⁷ In proposito, osservava G. JELLINEK che anche nei paesi retti da costituzioni flessibili “v’è un certo numero di istituzioni fondamentali, alle quali, in forza di situazioni storiche, politiche e sociali, si attribuisce una stabilità maggiore che non ad altre”; in *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1905.

Nel medesimo senso, V. ZANGARA suggerisce di disconoscere valore assoluto alla distinzione tra costituzioni rigide e flessibili, dal momento che – aldilà di tale bipartizione - «ogni ordinamento ha un rapporto variabile tra stabilità e mutamento, tra statica e dinamica e la tendenza a irrigidire i testi costituzionali può essere vista o considerata soltanto rispetto ad una specifica garanzia determinata dalla gerarchia delle fonti». L’A. avverte, tuttavia, «che codesta garanzia non è assoluta ma semplicemente relativa», dovendo escludersi che essa porti con sé un’immodificabilità assoluta della costituzione, caratteristica che entrerebbe in contrasto «con l’esperienza storica che insegna che *il diritto ha in sé stesso – per il suo naturale adattamento alla realtà – la motivazione della sua modificabilità e della sua trasformazione*» (corsivo nostro), *op. cit.*, 1945.

Così, «la storia delle costituzioni è la storia delle loro variazioni ed integrazioni: questo vale sia per le costituzioni rigide che per quelle flessibili in quanto ogni costituzione tende a rimanere intangibile (fino a proclamare principi «immortali») e ammette solo modificazioni parziali o marginali» (1949).

Oggi la costituzione è quindi essenzialmente un testo normativo, più che un manifesto politico. “Anzi, è il *diritto* scritto per limitare la *politica*”⁸.

2. Costituzioni flessibili e costituzioni rigide. *Ratio* della distinzione.

Come noto, si è soliti individuare il principale tratto distintivo tra le costituzioni rigide e quelle flessibili nella previsione, in seno alle prime, della necessità di un procedimento particolare per la loro modificazione, più gravoso di quello dettato per l’emanazione delle leggi ordinarie, nonché nella istituzione di un *giudice delle leggi* preposto a verificare la conformità a costituzione della legge ordinaria, così da assicurare la preminenza della fonte costituzionale sulle altre di rango inferiore.

In altri termini: la Costituzione rigida è un documento doppiamente garantito, da una parte, per l’eventualità in cui si intenda procedere ad una revisione dei suoi contenuti e, dall’altra, in sede di controllo di legittimità delle leggi.

Tale sistema di doppia garanzia risulterebbe idoneo a garantire la piena effettività di una costituzione che intenda porsi quale fonte normativa preminente e condizione di validità delle varie attività in cui si sviluppa lo Stato.

L’opzione per la rigidità fissa idealmente il punto di equilibrio tra due esigenze: da una parte, ammettere l’eventualità di modificare all’occorrenza il tessuto costituzionale, così da evitare che in un certo momento storico si arrivi a *spazzare via* l’intera costituzione perché non più rispondente ai sopraggiunti bisogni del momento, o perché inattuale;

Ad avviso dell’A., peraltro, la previsione di una procedura aggravata per la modificazione del testo costituzionale può, sì, rendere meno agevole, più complicato l’iter per la revisione, ma non è, in ogni caso, idonea a paralizzare le varie azioni costituzionali condotte dalle forze politiche prevalenti e tali da eludere, in sostanza, la garanzia della rigidità (si veda *op.cit.*, p. 1946).

⁸ R.BIN, *Capire la Costituzione*, Laterza, 1998, cit., 20.

dall'altra, limitare l'eventualità in parola perché si giunga alla revisione con la dovuta cautela e solo quando si sia ritenuto effettivamente opportuno alterare l'assetto istituzionale costituito.

A rigore, dunque, per un testo costituzionale che si definisca "rigido", non vi sarebbe la possibilità di discorrere di *mutamenti costituzionali informali*, conoscendo, la categoria di testi in parola, una sola via per intervenire in senso modificativo, ossia quella formale.

La distinzione sin qui tracciata, tuttavia, merita di essere in alcune sue parti approfondita.

3. Costituzioni "flessibili" e costituzioni "rigide" secondo Bryce.

La prima individuazione del *discrimen* tra costituzioni rigide e flessibili si riscontra, nel XIX secolo, negli studi di J. Bryce⁹.

Il giurista britannico osserva come, mentre nelle costituzioni flessibili ("*Common law Constitutions*"¹⁰) non è sempre agevole comprendere se

⁹ BRYCE trattò della distinzione in parola nel 1884, in occasione di alcune conferenze i cui lavori furono poi pubblicati nel 1901. Così, nel vol. I degli "*Studies in History and Jurisprudence*" (Clarendon Press, Oxford) trovava spazio il saggio dal titolo *Flexible and Rigid Constitutions* (145 ss.).

I riferimenti bibliografici, tuttavia, sono in questa sede tratti dalla raccolta di saggi, più tardi pubblicata, *Constitutions*, Oxford University Press, 1905.

Per quanto concerne le traduzioni in italiano dei lavori di Bryce, le riflessioni svolte in occasione delle suddette conferenze furono riassunte e inserite in *The American Commonwealth* (Macmillan, London 1889), del quale solo la terza edizione, risalente al 1910, fu tradotta e pubblicata in lingua italiana nel 1913 (*La repubblica americana*, trad. A. Brunialti, in *Biblioteca di Scienze politiche e amministrative*, dir. da A. Brunialti, III serie, vol. I, Utet, Torino 1913).

Sicché, le critiche da alcuni sollevate contro le riflessioni di Bryce (più avanti, ad esempio, le censure mosse da Luigi Rossi) sono in parte da ricondurre all'aver inizialmente conosciuto le tesi in parola soltanto in una forma riassunta.

¹⁰ In particolare, così l'A. descrive le *Common Law Constitutions*: «natural growths, unsymmetrical both in their form and in their contents. They consist of a variety of specific enactments or agreements of different dates, possibly proceeding from different sources, intermixed with customary rules which rest only on tradition or precedent, but are deemed of practically equal authority», *Op. cit.*, 6.

una determinata legge faccia o meno parte della Costituzione politica ¹¹; le *Statutory Constitutions* si presentino, invece, come atti costituzionali scritti, tendenzialmente unidocumentali e che si affermano come superiori rispetto alle leggi ordinarie.

Questa ultima tipologia di costituzione, ad avviso di Bryce, rappresenta il prodotto dello sforzo di uno Stato di inquadrare, una volta e per tutte, in un documento dotato della propria unitarietà, le regole fondamentali nel rispetto delle quali il paese verrà governato¹².

È la preminenza della Costituzione sulle leggi ordinarie a rendere la stessa “rigida”.

In specie, la stessa non proviene dall'autorità legislativa ordinaria ma da un potere ad essa superiore. Ne discende sia che ad un'eventuale revisione non potrà provvedere il legislatore ordinario, dovendo piuttosto attivarsi un diverso e specifico *iter*, sia che le leggi in contrasto con il testo costituzionale non potranno che cedere di fronte ad esso¹³.

Ed allora, la rigidità di cui qui si discorre va precisamente ricondotta alla supremazia giuridica e politica della Costituzione, e non alla previsione di una procedura rafforzata per la sua revisione, la quale si presenta invero come la conseguenza, piuttosto che come il fondamento, della rigidità¹⁴.

¹¹ «It is often difficult to say of any particular law whether it is or is not a part of the political Constitution», *Op. cit.* 8.

¹² Così BRYCE definisce le *Statutory Constitutions*, che più tardi nell'opera citata qualificherà come *rigide*: «works of conscious art (...), they are the result of a deliberate effort on the part of the State to lay down once for all a body of coherent provisions under which its government shall be established and conducted. Such Constitutions are usually comprised in one instrument, an instrument solemnly enacted whose form and title distinguish it from ordinary laws». *Op. cit.*, 7

¹³ *Op. cit.*, 8

¹⁴ In altri termini, come efficacemente riassunto da F. MODERNE, «une Constitution ne peut être modifiée par le Parlement ordinaire parce qu'elle est rigide – et non l'inverse», in “*Réviser*” *la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 19.

In virtù di tali considerazioni, Bryce individua nell'unitarietà legislativo-documentale, nell'incidenza sulla forma di Stato e di governo e nella superiorità gerarchica rispetto alle leggi ordinarie, che ai primi due fattori enunciati consegue, gli elementi distintivi di ogni costituzione rigida.

Dunque, un atto formalmente costituzionale, volto a disciplinare unitariamente la struttura statale, e che affermi la propria preminenza gerarchica sulle fonti ordinarie è da qualificare in termini di “costituzione rigida”.

Al contrario, saranno ritenute flessibili le costituzioni che si presentino nella forma di un complesso di fatti normativi e leggi di per sé privo di unitarietà documentale e che, non esercitando una pretesa di superiorità rispetto alle leggi ordinarie, tollerino di essere modificato dalle medesime.

L'Autore è, peraltro, consapevole di come la linea di demarcazione tra le due tipologie di costituzione non si presenti mai netta nella realtà degli ordinamenti. E ciò in quanto, da una parte, nei sistemi retti da costituzioni “flessibili” (*Common Law Type*), si interviene spesso in via legislativa per dichiarare, specificare o abolire usi e consuetudini preesistenti, sicché, nel tempo, la gran parte delle regole vigenti finisce per confluire in un testo scritto; e, dall'altra parte, le costituzioni c.d. “rigide” (*Statutory Constitutions*) subiscono alterazioni per via interpretativa e sono destinate ad essere integrate dalle consuetudini gradualmente sviluppatesi attorno ad esse, di modo che si rivelino diverse nella loro sostanza rispetto al momento in cui entrarono in vigore¹⁵.

¹⁵ «Yet the line of demarcation is not always a plain one. In countries with constitutions of the Common Law type, statutes are frequently passed, declaring or modifying or abolishing antecedent usage, which supersede and replace parts, possibly large parts, of the common law maxims, so that at last most of the leading rules can be found in a few great statutes. On the other hand, the Statutory Constitutions become developed by interpretation and fringes with decisions and enlarges or warped by custom, so that after a time the letter of their text no longer conveys their full effect», BRYCE, *Op. cit.*, 6.

Seguendo la tesi di Bryce, si conclude per l'identificazione tra costituzione rigida e costituzione scritta (purché, deve precisarsi, si tratti di un testo scritto oggettivamente dedicato alla disciplina della struttura fondamentale dello Stato).

Pare opportuno, per il tema che qui ci impegna, approfondire adesso l'analisi condotta da Bryce in ordine alle caratteristiche riconoscibili nell'uno e nell'altro tipo di costituzione.

Tale analisi, invero, mette in luce alcuni rilevanti aspetti sul come l'equilibrio costituzionale sia destinato a realizzarsi e mantenersi nel tempo negli ordinamenti a costituzione flessibile e negli ordinamenti a costituzione rigida.

3.1. Le costituzioni flessibili secondo Bryce: il paradosso dell'instabilità portatrice di forza.

Come emerso dall'analisi che precede, secondo Bryce andrebbero qualificate come flessibili le costituzioni che, non esercitando alcuna pretesa di superiorità nei confronti della legge ordinaria, siano da questa modificabili; o, ancora, quelle prive di unitarietà documentale che, dunque, si identificano sostanzialmente in una congerie di fatti normativi e leggi.

Orbene, già l'utilizzazione del termine "flessibile" per indicare tale tipologia di costituzione può suscitare il dubbio che questa sia eccessivamente instabile e che, con essa, sia a rischio la tenuta dell'intero sistema dei rapporti tra i poteri dello Stato (e di quelli tra essi e i consociati)¹⁶.

¹⁶ Ed infatti, anche BRYCE ritiene lecito tale dubbio, riconoscendo come l'evoluzione delle costituzioni flessibili appaia *prima facie* indomabile ed imprevedibile. «They are in a state of perpetual flux, like the river of Heraclitus, into which a man cannot step twice», *Op. cit.* 18.

Tuttavia, dal solo fatto che questa manchi di unitarietà documentale, sarebbe semplicistico trarre che una costituzione flessibile non sia capace di dotare il sistema socio-politico della occorrente stabilità.

Ciò in quanto può ritenersi che il tasso di forza e solidità che una costituzione riesce ad apportare all'ordinamento non dipenda unicamente dalle sue caratteristiche formali ma, innanzitutto, da come perdura nel tempo la sua capacità di riflettere le forze politiche, economiche e sociali che trovano espressione in un dato momento storico.

Se, infatti, tali forze rinvengono ancora nella costituzione l'autorevolezza di un complesso di norme idoneo a fornire una risposta risolutiva ai quesiti posti dalla realtà concreta, allora non troveranno opportuno disconoscerla, a prescindere dal suo carattere flessibile, e non procederanno a stravolgimenti dell'impianto costituzionale (nonostante tali stravolgimenti siano teoricamente realizzabili perché ammessi in regime di costituzione flessibile)¹⁷.

Orbene, come approfondiremo ulteriormente nel prosieguo, proprio sul punto della diversa attitudine - riscontrabile nelle costituzioni rigide e in quelle flessibili - a rispecchiare un contesto sociale e politico in continuo mutamento risiede in concreto il principale *discrimen* tra di esse, con le conseguenze che questo comporta quando si osservano le strade che l'ordinamento è naturalmente portato a prediligere per soddisfare il suo bisogno di evolversi.

Collocandosi in tale punto di osservazione, ci si avvede, come anticipavamo, non solo del fatto che la flessibilità di una costituzione non porti sempre con sé un inopportuno grado di instabilità, ma anche di come proprio dal suo non essere *crystallizzata* in un documento scritto, unitario e superiore essa tragga la propria forza.

¹⁷ Con le parole di BRYCE «The stability of any constitution depends not so much on its form as on the social and economic forces that stand behind and support it; and if the form of the constitution corresponds to the balance of these forces, their support maintains it unchanged», *Op. cit.*, 20.

In ciò, invero, sta la nota di merito delle costituzioni flessibili: nel prestarsi con *elasticità* alle evenienze concrete, tuttavia, senza mai rompersi irrimediabilmente¹⁸.

Per dirla con Bryce, si osserva il paradosso per il quale la costituzione flessibile si rivela in grado di prevenire lo stravolgimento, il mutamento radicale – o quantomeno a contenere i suoi effetti – semplicemente *andando incontro* a questo, vale a dire assecondandolo nei limiti consentiti dall'esigenza di tenuta del sistema nel suo complesso¹⁹.

Dunque, le costituzioni flessibili non necessariamente sono instabili o, per meglio dire, non sono geneticamente più instabili delle costituzioni che si dicono rigide. Esse sono, piuttosto, *elastiche*, nella misura in cui riescono ad essere agevolmente modificate per far fronte ad un nuovo problema, ad una situazione inedita alla quale l'ordinamento è chiamato a fornire una risposta²⁰.

Una costituzione flessibile può, in definitiva, piegarsi senza uscirne spezzata²¹.

È evidente, e non può sfuggire a Bryce, che l'elasticità di cui si è trattato, sia suscettibile di trasformarsi in pericolo per l'equilibrio costituzionale, il

¹⁸ Proseguendo la trattazione, vedremo, però, come la caratteristica dell'elasticità possa, pur con i corretti accorgimenti, essere riferita anche alle costituzioni che si dicono rigide.

¹⁹ «The merit of this elastic quality (...) is that it affords a means of preventing or minimizing revolutions by meeting them halfway», BRYCE, *Op. cit.* 26.

²⁰ «They can be stretched or bent so as to meet emergencies, without breaking their framework; and when the emergency has passed, they slip back into their old form, like a tree whose outer branches have been pulled on one side to let a vehicle pass. Just because their form is not rigidly fixed, a temporary change is not felt to be a serious change. The sentiment of respect for the established order is not shaken. The old habits are maintained, and the machine, modified perhaps in some detail which the mass of the people scarcely notice, seems to go on working as before», *Op. cit.*, 22.

²¹ *Op. cit.*, 27.

che accade quando si *abusi* di tale caratteristica, ricorrendo troppo spesso al cambiamento e senza la dovuta cautela²².

3.2. Le costituzioni rigide secondo Bryce. La necessità di un temperamento tra le due esigenze di stabilità e di evoluzione.

Come già detto, per l'impostazione sin qui ricostruita, il tratto peculiare delle costituzioni rigide consiste nella loro provenienza da un'autorità di livello superiore a quello del legislatore ordinario, dal che discende – solo in via consequenziale – il particolare iter seguendo il quale è prescritto di procedere alla revisione, differente rispetto a quello tratteggiato per l'emanazione e per la modificazione delle leggi²³.

Il tratto distintivo in parola conferisce, infatti, alla costituzione rigida il carattere della superiorità rispetto alla legge ordinaria, la quale resta priva della capacità di incidere sulla prima in senso modificativo.

Si ritiene, peraltro, che le costituzioni rigide trovino un efficace elemento di forza nel loro essere racchiuse in un unico documento. L'unitarietà documentale dovrebbe infatti, in linea teorica, facilitare l'accertamento in ordine al se una determinata materia, una data questione, sia da ricondurre alle disposizioni costituzionali ed, eventualmente, a quale di esse.

Tuttavia, non può sfuggire come anche il testo costituzionale più minuziosamente redatto sia destinato a disvelare, presto o tardi, il proprio

²² Bryce individua, in particolare, tre elementi la cui coesistenza garantisce il buon funzionamento del *meccanismo* costituzionale in un contesto del tipo qui esaminato: «Three things seem needful: one is legal mindedness, a liking and a talent for law. Another is a conservative temper, by which I mean the caution which declines to make changes save when a proved need for change arises, so that changes are made not suddenly, but slowly and bit by bit. The third is that intellectual freshness and activity which refuses to be petrified by respect for law or by aversion to change. It is only where these three qualities are fitly mixed or evenly balanced that either a great system of law or a finely tempered and durable constitution can grow up», *Op. cit.*, 38.

²³ «(their specific character) resides in the fact that every constitution belonging to it enjoys an authority superior to the authority of the other laws of the State, and can be changed only by a method different from that whereby those other laws are enacted or repealed», BRYCE, *Op. cit.*, 46.

silenzio di fronte agli imprevedibili e, talvolta, inediti, interrogativi che sorgono nella realtà quotidiana di ogni ordinamento.

Nessun documento costituzionale, rimanendo un'elaborazione intrinsecamente limitata perché *umana*, potrà apparire sempre pronto a fronteggiare tutte le situazioni che il caso gli ponga all'attenzione. Si giungerà inevitabilmente ad una circostanza almeno nella quale non è dato trarre, se non altro in via esplicita, dal testo la soluzione al problema posto²⁴.

Nella stessa *limitatezza* ora rilevata può, per certi versi, rintracciarsi un temperamento alla rigidità della costituzione. Come avremo modo di approfondire, infatti, alcune "omissioni" rinvenibili nel tessuto costituzionale possono rappresentare il portato di una precisa scelta del costituente di lasciare un certo margine di azione per il momento dell'applicazione delle disposizioni costituzionali²⁵.

I vuoti che la costituzione presenta, e le parti di essa dal significato non perfettamente chiaro, troveranno gradualmente la propria specificazione mediante l'operato del legislatore, o attraverso la sedimentazione dei risultati dell'attività interpretativa o, ancora, in elementi di matrice consuetudinaria.

²⁴ In tal senso, BRYCE (*Op. cit.*, 64) efficacemente riporta: «*Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur* », Giuliano, in *Digesto* 1, 3, 10.

²⁵ Guardando alle costituzioni c.d. "rigide", in particolare BRYCE (*Op. cit.*, 65) rinviene tre tipologie di questioni nella trattazione delle quali il testo presenta delle omissioni o riporta espressioni dal significato non chiaramente comprensibile (*obscurities*): 1) le questioni di fronte alle quali la costituzione non si pronuncia, e che, in ragione della loro ampiezza, si riservano ad una successiva opera di normazione per mano del legislatore o di altri organi; 2) i vuoti o le omissioni relativi a questioni di competenza del legislatore, per la cui regolazione quest'ultimo procederà in un secondo momento, per la via normativa oppure lasciando che tali vuoti siano colmati in concreto dall'azione degli organi governativi mediante l'elaborazione di un apparato di usi e consuetudini; 3) le parti in cui il testo costituzionale non presenta vere e proprie 'omissioni', ma utilizza espressioni e termini dal significato non univoco, la portata dei quali, di conseguenza, dovrà specificarsi in sede interpretativa.

I fattori appena citati, invero, interagiscono di continuo con il testo della costituzione rigida, trovando spazio laddove la costituzione tace; specificandone e sviluppandone i dettami quando tale sforzo è richiesto dalle espressioni in essa utilizzate.

A tale continuo dialogo tra il testo costituzionale ed il complesso di fattori *esogeni* di cui sopra ci si riferisce quando ci si trova ad osservare che la costituzione appare diversa, a distanza di tempo, da come si presentava alle sue origini²⁶.

Sebbene, infatti, la componente propriamente testuale della costituzione rimanga immutata (nel senso che non si è provveduto secondo l'iter formale specificamente previsto per la sua revisione), a mutare sarà il materiale legislativo che le sta attorno, ad evolversi troveremo il complesso di prassi e consuetudini degli organi costituzionali nell'azione in concreto e, parimenti, gli esiti dell'interpretazione costituzionale ben potranno variare nel tempo.

È l'interazione tra tutti questi fattori in evoluzione ed il testo costituzionale a conferire a quest'ultimo quel *quantum* di flessibilità necessario a preservarne la capacità normativa effettiva senza dover rinunciare alla garanzia della rigidità.

Così la costituzione del tipo in esame è in uno rigida ed elastica. È *stabile*, ma al passo coi tempi.

Naturalmente, si sta qui discorrendo di un modello ideale. Si vuole solo osservare che se è vero che la forza di una costituzione rigida dipende dall'ingranaggio di *chiusura* di cui è dotata, che le conferisce stabilità e pone un argine ai mutamenti non debitamente ponderati; al contempo, è

²⁶ «The statutes, usages, and explanations aforesaid will in fact come to form a sort of fringe to the constitution, cohering with it, and possessing practically the same legal authority as its express words have», BRYCE, *Op. cit.*, 66.

vero anche che la sua forza si misura dalla capacità di tollerare²⁷ alcune necessarie (o anche solo convenienti) evoluzioni.

D'altra parte, se concepita in termini assoluti, la rigidità potrebbe condurre ad esiti paradossalmente destabilizzanti.

Se, infatti, la costituzione rigida si oppone con eccessiva resistenza ai cambiamenti che spontaneamente spingono sulle classi sociali e sulla sfera politica, essa finirà per essere travolta e cadrà nella sua interezza²⁸.

In conclusione, in un sistema a costituzione rigida, si avverte sempre la tensione tra due contrapposte esigenze:

- l'esigenza di porre la costituzione al riparo da progetti di modifica che ne comprometterebbero l'equilibrio, esigenza alla quale si fa fronte mediante la previsione di uno specifico *iter* formale per la revisione del testo;
- l'esigenza di *adeguare* il dettato della costituzione ad una realtà concreta in costante evoluzione, eventualmente ammettendo l'accesso nel quadro costituzionale di elementi esterni che ad esso si integrano, sicché potranno darsi *mutamenti informali* del tessuto costituzionale a costituzione formalmente invariata.

²⁷ Di *oscillazioni della effettività della Costituzione* «entro un margine di tolleranza», registrabili in ragione della dialettica tra norma e fatto che rappresenta il *quid proprium* del diritto costituzionale, scrive DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli Editore, Milano 1982, 12 ss.

²⁸ «The fact that it is very strong and all knit tightly into one fabric, while enabling it to stand firm under small oscillations or disturbances, may aggravate great ones (...) Rigid Constitutions, which has arrested various proposed changes, may be overthrown by a popular tempest which has gathered strength from the very fact that such changes were not be made and under the actual conditions of politics could not be made by way of amendment», BRYCE, *Op. cit.*, 68.

4. La naturale rigidità di ogni costituzione nella tesi di A. Pace.

Come sopra osservato, secondo le riflessioni condotte da Bryce, la previsione di un *iter* speciale e aggravato come unica via per la revisione della costituzione risulta essere la conseguenza, piuttosto che il fondamento, della sua rigidità.

In una posizione, sul punto, analoga a quella di Bryce si attesta A. Pace, non trovando soddisfacente la soluzione tradizionale secondo la quale la causa della rigidità costituzionale si identificherebbe semplicemente nella presenza dell'esplicita previsione di un procedimento speciale per la revisione costituzionale.

L'Autore parte, infatti, dall'attribuzione del carattere della “*incommensurabilità*²⁹” del documento costituzionale rispetto agli atti legislativi dell'ordinamento, in ragione del quale il legislatore ordinario non può provvedere a modificare le disposizioni costituzionali se non a ciò espressamente abilitato dalla Costituzione medesima.

È in ciò che risiede la rigidità, quale carattere non *essenziale*, bensì *naturale*, di ogni costituzione scritta³⁰.

La qualificazione in termini di rigidità/flessibilità di una costituzione, allora, non deriva tanto dalla presenza o meno di una disposizione che disciplini la revisione di quest'ultima, quanto, piuttosto, dal carattere di superiorità che il documento costituzionale *geneticamente* presenta³¹.

²⁹ Nell'analisi dell'Autore, il carattere in parola sembra farsi discendere dal peculiare oggetto cui il documento si dedica, ed infatti, «Il documento denominato Costituzione...nel quale sono contenute, ancorché non esclusivamente e non esaustivamente, le norme identificanti la forma di Stato e di governo prescelta, costituisce giuridicamente un “*unicum*”», cit. p. 9, A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Cedam, Padova 1995.

³⁰ *Op. cit.*, 9

³¹ Sul carattere di rigidità o flessibilità dei testi costituzionali si veda anche M. DOGLIANI, il quale osserva come la flessibilità sia un concetto successivo rispetto a quello di rigidità. Ad avviso dell'Autore, «tale successività risulta storicamente evidente dal fatto che l'assenza di procedure volte a modificare la costituzione è stata originariamente intesa come caratteristica non di

Così, per un verso, la semplice circostanza che una costituzione sia silente in ordine alle procedure per la revisione (e che, dunque, venga comunemente etichettata come *flessibile*) non è sufficiente a riconoscerne la piena modificabilità ed a consegnarla alla mercé del legislatore ordinario³².

Per un altro verso, nelle costituzioni cosiddette *rigide*, la disposizione costituzionale che espressamente sancisca l'immutabilità del testo secondo l'*iter* legislativo ordinario avrebbe un'efficacia meramente dichiarativa.

Si giunge, quindi, anche qui alla conclusione che la circostanza della presenza di norme poste a delineare uno speciale procedimento per la revisione costituzionale rappresenta, non il fondamento primo della rigidità costituzionale, ma la semplice conferma di quest'ultima³³.

flessibilità, ma, al contrario, di assoluta rigidità, di impossibilità di modificazioni legali», cit. p. 14, nota 8, *Interpretazioni della Costituzione*, Angeli, Milano, 1982.

³² PACE, *Op. cit.*, 9.

³³ Non sfugge, peraltro, all'Autore come la previsione di una procedura rafforzata per la revisione delle disposizioni costituzionali rappresenti, nel tempo, un'ulteriore garanzia per la tenuta dell'intero sistema costituzionale. Se è vero, infatti, che tale previsione, piuttosto che escluderne del tutto l'ammissibilità, apre una breccia ad alterazioni dell'equilibrio costituzionale rispetto a quanto originariamente statuito, è vero al contempo anche che per tali ipotesi viene all'uopo formalizzato un procedimento idoneo a creare un contesto di solennità quanto più possibile simile a quello nel quale il testo costituzionale fu emanato. In tal senso, «le norme costituzionali che prevedono uno speciale procedimento di revisione – se raffrontate alle costituzioni esplicitamente o implicitamente immodificabili – provocano, a ben vedere, un “indebolimento” della rigidità costituzionale; ciò non di meno, nel lungo periodo, esse si risolvono in una “garanzia” per la costituzione stessa. Ed infatti, mentre una costituzione assolutamente immodificabile o sta o cade di fronte alle tensioni sociali e ai mutati equilibri politici, una costituzione rigida che sia modificabile in forza di una speciale procedura (...) ben può recepire, nelle dovute forme, le nuove domande politiche e superare così, senza soverchi traumi, le tensioni sociali da esse determinate», *Op. cit.*, 10-11.

Nel medesimo senso, la costituzione che non preveda la possibilità di modifiche può risultare in concreto fragile politicamente, pretendendo dal legislatore ordinario «una prestazione politicamente impossibile: l'eterna conformità a costituzione che – per quanto “elastiche” possano essere le disposizioni costituzionali – non potrà non incontrare un momento e un punto di rottura», *Op. cit.* 76.

In altra occasione, l'A. osserva che le costituzioni intese in senso moderno nascono tutte in linea di principio *inalterabili* in ragione del loro ruolo di “legge fondamentale”. Se si ammette la possibilità di sottoporre a revisione una costituzione, lo si fa nel perseguimento di tre obiettivi: evitare la

Perché di essa possa predicarsi la rigidità, è dunque necessario e, al contempo, sufficiente che una costituzione presenti il carattere di superiorità rispetto agli altri atti dell'ordinamento giuridico³⁴.

È tale superiorità del documento costituzionale a dotare quest'ultimo della rigidità³⁵.

Circa i caratteri determinanti la superiorità, l'Autore ora in commento individua indubbiamente nella scrittura «la causa efficiente della rigidità, in via di prima approssimazione», ma avverte, tuttavia, che «il problema della superiorità sostanziale della costituzione non può essere affrontato con criteri o con argomentazioni di ordine formale, bensì con impostazioni giusnaturalistiche, social-funzionali, sociologiche, storico-politiche ecc.»³⁶.

fragilità politica delle norme costituzionali che gli deriverebbe dall'essere assolutamente immodificabili; garantire una relativa stabilità nel tempo delle regole della costituzione; rispettare, infine, il diritto di ogni generazione di «decidere i propri destini», PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova 1997, II ed. 2002, 203.

³⁴ In termini ancor più chiari: «superiorità giuridica della costituzione e rigidità della stessa sono le due facce della stessa medaglia. (...) la causa della superiorità della costituzione sugli atti giuridici e normativi che compongono un certo ordinamento è, nel contempo, anche la causa della sua rigidità nei confronti del legislatore», PACE, *Potere costituente* citato, 77.

³⁵ «Non è che una costituzione sia rigida perché non può essere modificata dal Parlamento: è che non può essere modificata dal Parlamento perché è rigida», L. ROSSI, *La elasticità dello Statuto albertino* (1939), in *Scritti vari di diritto pubblico*, vol. VI, Giuffrè, Milano 1941, cit. 11

³⁶ *Op. cit.*, 70-71. Lo stesso A. ribadisce poi, in *Potere costituente* citato che «La legittimazione della costituzione – in quanto “atto normativo superiore”, come tale immodificabile dalle leggi ordinarie (e perciò rigido) – si fonda , da un lato, sulla *intrinseca giuridicità* dei suoi contenuti, dall'altro – superata la fase iniziale – sulla *effettiva vigenza* del complessivo ordinamento normativo che la stessa costituzione entra a comporre» (corsivo nostro), cit. 66. Pare dunque che, nel lungo periodo, la costituzione, per mantenere la propria legittimazione, non possa prescindere dall'elemento della media osservanza dell'ordinamento costituzionale da parte dei soggetti che lo compongono.

In conclusione, ogni costituzione è *naturalmente* rigida nella misura in cui presenti la forma scritta e, quale atto di fondazione del nuovo sistema, si proclami come superiore rispetto alle leggi ordinarie³⁷.

Quanto sin qui detto assume rilievo ai fini del presente studio per la ragione che si viene a chiarire:

- se l'esplicita previsione di una procedura rafforzata per la modifica delle disposizioni costituzionali rappresenta la conseguenza, o la mera conferma, della loro rigidità;
- se il fondamento della rigidità è solo da individuare nel carattere fondamentale e supremo di una costituzione che si autoproclami in tali termini;
- allora, per quanto qui interessa, possiamo ritenere ammissibile, pur in regime di costituzione rigida, che una costituzione si sviluppi anche per le vie informali, al di fuori della procedura all'uopo dettata, senza che con ciò si contravvenga al carattere della rigidità. Tutto ciò entro i dovuti limiti, a pena di veder compromessa la supremazia stessa della fonte costituzionale.

5. Le naturali caratteristiche delle disposizioni costituzionali. L'elasticità.

Analizzata la *ratio* della distinzione tra costituzioni flessibili e rigide, preme adesso osservare come il carattere della rigidità di una costituzione si trovi molto spesso a convivere con un altro connotato delle disposizioni costituzionali, il quale, invero, nulla sottrae al primo ma, al contrario, può contribuire a consolidare l'impianto costituzionale complessivo e porre lo stesso al riparo da crisi irreversibili.

³⁷ Per S. ROMANO, la superiorità dalla quale la costituzione trae la propria rigidità deriva «non per la sua origine, o perché emani da una autorità superiore, ma per la sua natura, che si manifesta nella sua medesima intenzione di valere come tale», in *Il diritto pubblico italiano*, 234.

A ben guardare, infatti, il carattere della rigidità di una costituzione non impedisce a quest'ultima di evolversi al di fuori della formale procedura di revisione.

Ciò per l'evidente elasticità che connota alcune delle disposizioni costituzionali.

In virtù della caratteristica in parola, pur guardando sempre al medesimo testo costituzionale, può, nel tempo, accadere che questo venga interpretato in maniera da far risultare legittimo quanto prima non era ritenuto tale, come può accadere l'esatto contrario, o ancora che materie ed istituti prima non contemplati o non ricompresi nell'ambito costituzionale acquisiscano, invece, un nuovo riconoscimento e rilievo costituzionale.

Tutto ciò senza che si sia intervenuti, pur in regime di costituzione rigida, ad apportare modifiche formali al testo della nostra Costituzione.

Pare opportuno soffermarsi sul carattere di elasticità in parola e sulle ragioni che si può immaginare abbiano indotto il legislatore costituente a privilegiarlo nel *drafting* del tessuto costituzionale.

Di *elasticità* parlava già Luigi Rossi guardando allo Statuto Albertino³⁸, descrivendo la stessa come «la *caratteristica conformazione* di una Carta costituzionale, la quale agevolmente *si adatti alle variabili necessità dei tempi e della circostanza*, perché le sue formule, sintetiche e generiche, lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione, mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini e interpretazioni varie»³⁹.

³⁸ L. ROSSI, *La elasticità dello Statuto italiano*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, volume VI, Giuffrè, Milano 1941. Sulla qualificazione data dalla dottrina del tempo allo Statuto Albertino, e sul transito di quest'ultimo a costituzione rigida durante il regime fascista si rinvia a BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna 2004, p. 17 e ss.

³⁹ *Op. cit.*, 2 (corsivo nostro)

L'Autore riconduceva l'elasticità in parola a due canoni fondamentali cui attenersi nella redazione del testo costituzionale: la *sobrietà*, che suggerisce di limitarsi a disciplinare in costituzione solo le materie essenziali, e la *generalità*, che si traduce nella indeterminatezza di alcune disposizioni, di modo che queste ultime possano trovare una compiuta specificazione in un secondo momento.

Svolte tali premesse, Rossi riconosceva nello Statuto Albertino questo carattere dell'elasticità, che aveva consentito al testo di interagire negli anni con leggi speciali finalizzate a modellarne gli istituti "*usu exigente et humanis necessitatibus*", senza però che con questo si desse luogo ad un contrasto con il documento costituzionale⁴⁰.

Accadeva allora che l'assetto costituzionale gradualmente si evolvesse, rimanendo però sempre entro il quadro di un testo, lo Statuto Albertino, che rimaneva quasi sempre identico a sé stesso.

Nel corso degli svolgimenti storici successivi all'entrata in vigore della Costituzione sabauda, infatti, il Parlamento era intervenuto più volte a modificarne le norme in sede applicativa, senza tuttavia con ciò comprometterne la considerazione in termini di legge fondamentale. Tale opera di costante attualizzazione del testo era appunto agevolata, per l'Autore, dai caratteri di sobrietà e generalità delle disposizioni ivi contenute⁴¹.

Così, nell'elasticità dello Statuto, si componevano stabilità e sviluppo.

⁴⁰ *Op. cit.*, 3-4

⁴¹ Dal punto di vista storico, tuttavia, osserva CHIARELLI G. come «a mantenere in vita, come legge fondamentale, lo Statuto Albertino concorse, con l'elasticità di esso, l'elasticità dello spirito con cui fu considerato; elasticità derivante dalla scarsa profondità di radici che avevano alcuni istituti nella coscienza politica», *Elasticità della costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano 1952, p. 46

Orbene, una volta rintracciato il carattere dell'elasticità, la questione della natura rigida o flessibile di una costituzione assume rilievo secondario⁴².

Una costituzione rigida, e tuttavia recante disposizioni elastiche potrà essere integrata e di essa potranno darsi interpretazioni anche diverse l'una dall'altra, nel caso particolare, senza che ciò richieda l'esercizio del potere costituente⁴³.

A ben guardare, l'elasticità così descritta non è né un carattere esclusivamente connaturato alle costituzioni flessibili, né antitetico rispetto al concetto di rigidità di una costituzione.

Esso è, invero «il più efficace modo di attuazione delle due specie di costituzione», avendo il merito di «far constatare, nei margini in cui può svolgersi, una suscettibilità di adattamenti a mutate condizioni e situazioni

⁴² Invero, Rossi critica, giudicandola manchevole, la distinzione che Bryce traccia tra costituzioni rigide e flessibili. Ritene, in particolare, (cfr. *Op. cit.* p. 11 e ss.) che la teoria del giurista inglese finisca per porre l'accento su un effetto (la modificabilità o immutabilità tramite legge ordinaria) rispettivamente della rigidità e della flessibilità piuttosto che indagare sulla vera essenza di queste ultime caratteristiche.

L'A. riconosce invece (si legga *Op. cit.*, p. 13 e ss.) il carattere della rigidità in quelle costituzioni le cui disposizioni, contenute in formule scritte e solenni, siano riconosciute come fondamentali *non solo legislativamente, ma anche dalla coscienza pubblica*, e dunque diverse e superiori rispetto alle leggi ordinarie. Tale superiorità fa sì che la funzione legislativa costituzionale sia distinta da quella legislativa ordinaria, e *solo per conseguenza*, che l'organo costituente possa essere distinto dall'organo legislativo ordinario.

In tal senso, come già riportato (nota 33), per Rossi «non è che una costituzione sia rigida, perché non può essere modificata dal Parlamento; è che non può essere modificata dal Parlamento, perché è rigida», *op. cit.*, 11.

Diversamente, il carattere precipuo degli ordinamenti a costituzione flessibile consisterebbe nella *variabilità, e soprattutto incertezza, di fonti*, palesandosi il sistema costituzionale quale *insieme di norme di varia specie, che si intersecano, si compongono, o si eliminano secondo le circostanze*.

Tuttavia, deve - per completezza - rammentarsi con A. PACE (*La causa della rigidità costituzionale*, p. 18 ss.) come la lettura in senso critico data da Rossi alle elaborazioni di Bryce sia presumibilmente da ricondurre alla parzialità dell'opera (diffusa in lingua italiana inizialmente in forma riassunta) dalla cui lettura gli studiosi italiani dell'epoca ebbero modo di vagliare il pensiero del giurista. Le perplessità sollevate da Rossi, infatti, sarebbero state superate dalla lettura completa della più ampia opera dedicata al punto, nella quale l'autore inglese, oltre ad approfondire i caratteri distintivi dell'uno e dell'altro tipo di costituzione nel senso sopra ricostruito, anticipa peraltro lo stesso Rossi attribuendo alle disposizioni delle costituzioni flessibili il connotato dell'*elasticità*.

⁴³ Si veda *Op. cit.*, 16.

storiche, diverse, nell'evolversi dei tempi, da quelle che furono i presupposti – anche occasionali – delle statuizioni di un ordinamento»⁴⁴.

Con considerazioni di analogo tenore, Treves esaminava la nostra Costituzione a vent'anni dalla sua entrata in vigore, osservando come essa non fosse più del tutto quella che era allora⁴⁵.

Fino al momento in cui l'Autore scriveva, infatti, il testo costituzionale era stato oggetto di revisione formale soltanto per alcuni aspetti di dettaglio e secondari, trovando invece una via per la trasformazione nella «realità della sua applicazione politica e giudiziaria».

⁴⁴ Cfr. V. ZANGARA, *La rigidità delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano 1974, per il quale «l'elasticità rappresenta una modalità storica e *pragmatista di attuazione*» (corsivo nostro), riferibile tanto alle costituzioni flessibili quanto a quelle rigide, 1958-1960.

Per Zangara, la distinzione tra costituzioni rigide e flessibili si arresta al livello meramente formale e attiene, non al grado di variabilità sostanziale di una costituzione, ma esclusivamente ai limiti procedurali previsti per la revisione, peraltro superabili e superati dalla *giuridicità del reale* (cfr. anche CHIARELLI, *Elasticità della costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in onore di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano 1952, p. 47).

La distinzione, inoltre, risulterebbe del tutto vanificata nell'ipotesi di revisione del nucleo fondamentale intorno al quale si muovono e si ordinano le forze politiche e i comportamenti dei consociati. In tale evenienza, infatti, essendo intervenuti sul nucleo intangibile dell'ordinamento, non potrebbe che registrarsi una rottura costituzionale, è ciò a prescindere da qualsivoglia qualificazione in termini di rigidità/flessibilità.

Ritenendo, dunque, Zangara che il *discrimen* tra le due tipologie di costituzione abbia riguardo solo al piano formale, questi perviene alla conclusione che la supremazia formale di una costituzione rigida sia finalizzata a fare da supporto alla sua supremazia *materiale* (la quale ultima, seguendo il pensiero dell'A., va riconosciuta sia alle costituzioni rigide che a quelle flessibili), 1973.

⁴⁵ TREVES G., *Duttilità della Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. IV, Vallecchi Editore, Firenze 1969.

Giova osservarsi, peraltro, come anche l'A. citato tenda a disconoscere una portata assoluta alla distinzione tra costituzioni rigide e flessibili. Flessibilità e rigidità vanno, piuttosto, trattate come qualifiche relative e determinate solo parzialmente dall'insieme delle clausole che governano l'ipotesi di modifica. «In misura ben maggiore esse sono in relazione con altri fattori, di natura diversa, non tutti immediatamente rilevabili dal testo, i quali consentono di rivestire di tessuti un'ossatura, cioè di fare della Costituzione un organismo vivente e agente nella società» (cfr. *Op. cit.*, 623).

Sul tema dell'elasticità si rinvia anche a L. PATRUNO; *L'elasticità della Costituzione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012; M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *Accademia dei Lincei*, Roma, 2008, vol. *La Costituzione ieri e oggi*, pp. 21-51.

Treves non ravvisava, tuttavia, quale effetto di tale processo evolutivo un'eccessiva e pericolosa distanza tra testo scritto e disposizioni applicate nella realtà: nonostante, infatti, la Costituzione fosse «stata tirata un po' da ogni parte, la sua duttilità» aveva «contribuito a rafforzarla e a impedire qualsiasi rottura⁴⁶».

5.1 I fattori determinanti l'elasticità e i suoi spazi d'azione.

Ravvisata una certa *elasticità* (o *duttilità*, che dir si voglia) nelle disposizioni costituzionali, possono adesso individuarsi almeno tre direzioni verso le quali il connotato in parola si manifesta, conducendo la Costituzione verso degli esiti evolutivi senza però che questa si ritrovi a subire un processo di revisione nel senso formale del termine.

Giova precisarsi, peraltro, che nelle osservazioni che seguono si tratterà solo rapidamente dei modi in cui l'elasticità delle disposizioni costituzionali si esplica, al fine di evidenziare come i mutamenti per la via informale ai quali la medesima può condurre rappresentino, invero, un fenomeno *tangibile* nell'ordinamento.

Dei fattori idonei ad esitare in un mutamento costituzionale informale (così come del concetto in sé) si tratterà più approfonditamente nella Parte II del presente studio.

1) L'intervento *ad integrandum*, da parte di elementi esogeni, negli spazi lasciati vuoti dalle disposizioni costituzionali:

Accade, in primo luogo, che le disposizioni costituzionali non dicano tutto, o, se non altro, che non lo facciano ovunque in via esplicita⁴⁷ e –

⁴⁶ La Costituzione, compiuto il primo ventennio, si era così rivelata capace di rispondere alle sopraggiunte domande provenienti dalla società italiana in evoluzione, ed essa avrebbe per l'A. resistito «fino al giorno in cui il suo mito non sarà più un argine sufficiente per le forze rivoluzionarie», TREVES, *Op. cit.* 623.

⁴⁷ «...è davvero una visione ingenua quella secondo cui ciò che un testo vuole dire è tutto nelle sue parole», BIN R., *Capire la Costituzione*, 25. Peraltro, l'A., nella stessa opera (21), osserva come la

conseguentemente – non è sempre possibile trarre da esse, quando si guarda ad un organo costituzionale o ad un istituto particolare, un quadro disciplinante completo ed autosufficiente.

All'operato degli organi supremi, ad esempio, la Costituzione pare aver lasciato alcuni margini di discrezionalità. Essa inquadra, invero, nelle linee principali i poteri ed i rapporti tra gli organi in parola, e tra di essi e i consociati, ma scegliendo – piuttosto che imbrigliarli in un assetto dettagliato e *irrigidito* in ogni suo aspetto – di dettare disposizioni (per l'appunto) *elastiche*, così da consentire che tali rapporti trovino poi pieno svolgimento sul terreno della politica in concreto⁴⁸.

Orbene, negli spazi in cui la Costituzione nulla dice, in quelli interstiziali tra una disposizione e l'altra, e nei quali essa rinvia fiduciosamente all'operato degli organi costituzionali, pare che possano essere proprio questi ultimi a sacrificare parte della discrezionalità che gli si accorda, sviluppando un apparato di consuetudini, convenzioni costituzionali e prassi, al fine di risolvere i problemi politici che di volta in volta si presentano.

Come noto, e soltanto anticipando quanto si avrà modo di approfondire nel prosieguo, non pochi esponenti della dottrina si sono profusamente impegnati sulla questione della legittimità degli elementi consuetudinari e

particolarità della Costituzione quale testo normativo si evinca già dal semplice calcolo numerico della proporzione tra le 139 disposizioni costituzionali e gli oltre due milioni e mezzo di articoli di legge applicabili, sicché la Costituzione sta al resto dell'ordinamento giuridico in un rapporto di 1:20.000.

⁴⁸ Sul punto, anche BIN osserva che «quando si parla dell'organizzazione dello Stato (...) le norme della costituzione sono estremamente laconiche e non bastano a tracciare un disegno completo della nostra forma di governo. Se vogliamo capirci qualcosa, allora, dobbiamo guardare a come *di fatto* sono state applicate le norme costituzionali nella prassi », *Op. cit.*, 28.

Nello stesso senso, VERDE G. osserva che «La prassi ci consegna, tra le altre, una certa interpretazione della Costituzione» e pare avanzare perplessità nei confronti di un'interpretazione della forma di governo italiana che voglia prescindere dalla considerazione della prassi in parola, *Quali materiali giuridici dobbiamo utilizzare per lo studio della forma di governo?*, in *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verde, duepunti Edizioni, Palermo 2012, 155 ss.

convenzionali in parola, la quale è stata spesso riferita alla distinzione tra Costituzione in senso formale e Costituzione in senso materiale⁴⁹.

Tali elementi, infatti, proprio perché non direttamente riconducibili al testo della prima, sarebbero allora da considerare quali espressioni della seconda e da qualificare come fenomeni giuridicamente rilevanti in virtù del principio di effettività.

Così, alcuni vuoti rintracciabili nel tessuto costituzionale finiscono per essere colmati in un senso che non entri in contraddizione con le regole che in Costituzione sono state espressamente statuite.

La Costituzione ne esce integrata e, con ciò, *mutata*.

Si premette sin d'ora, tuttavia, che l'immissione a scopo integrativo di elementi *esogeni* nel tessuto costituzionale non può mai prescindere né da un'indagine sulla legittimità di ciascuno di essi rispetto a quanto previsto in Costituzione, né da una valutazione attorno al *quantum* di certezza che possa ritenersi sacrificabile⁵⁰.

In altre parole, la possibilità per tali fatti normativi di intervenire negli spazi in cui la Costituzione nulla dice non è scontata, ma va, al contrario, talvolta accordata e talvolta negata, alla stregua di quanto – invece – la Costituzione chiaramente dice⁵¹.

⁴⁹ Di un, quanto più possibile, dettagliato *excursus* sulla dottrina della 'costituzione materiale' nelle sue svariate declinazioni ci si occuperà più avanti.

⁵⁰ Per una chiara analisi del rapporto tra 'fatti normativi' e certezza del diritto si veda, per tutti CAMERLENGO Q., *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, nel quale le riflessioni dell'A. si lasciano guidare dal «principio del movimento virtuale, inteso quale spostamento, anche minimo, degli elementi inclusi in un sistema, compatibile con i vincoli che, in quella struttura, si assumono costanti nel tempo», *Prologo*, XIII.

⁵¹ A sostenere diversamente avremmo commesso l'errore del quale BIN ci avverte. Avremmo cioè «confuso la regolarità con le regole, ciò che normalmente accade con ciò che deve o non deve verificarsi, l'oggetto del giudizio con il suo metro. Avremmo smarrito, in fondo, il significato normativo della costituzione, la possibilità di usarne le previsioni per qualificare i comportamenti come legittimi o illegittimi», *Op. cit.*, 29.

2) La presenza, nel testo costituzionale, di espressioni vaghe e, come tali, prestabili a molteplici interpretazioni.

In alcune disposizioni, il legislatore costituente sceglie di esprimersi utilizzando termini non univoci e suscettibili di più interpretazioni, mutevoli con il trascorrere del tempo.

Nelle disposizioni in parola può, con Barile, rintracciarsi quel carattere «anfibologico» che gli consente di «assumere diverse colorazioni», cosicché la norma «verrà interpretata secondo il fine politico del regime, pur restando formalmente e sostanzialmente efficace in ogni caso. Ma l'efficacia sarà in un senso oppure in un altro, a seconda del predominio delle forze politiche che ne determineranno l'interpretazione».⁵²

Valgano adesso solo alcuni esempi.

Sin dagli esordi, al suo art. 2, la Costituzione statuisce il riconoscimento e la garanzia dei (non meglio specificati) “*diritti inviolabili* dell'uomo; all'art. 4 fa carico ad ogni cittadino di svolgere un'attività o funzione che contribuisca “al *progresso* materiale o *spirituale* della società”; ed all'art. 11 acconsente alle limitazioni di sovranità necessarie a concorrere al mantenimento della “pace e giustizia tra le Nazioni”.

Ancora all'art. 27 vieta le pene consistenti in “trattamenti contrari al *senso di umanità*”; all'art. 29 vengono costituzionalmente riconosciuti i diritti della famiglia, identificata in una “*società naturale* fondata sul matrimonio”.⁵³

⁵² BARILE P., *La costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze 1951, 59.

⁵³ Invero, da una anche solo rapida lettura delle disposizioni costituzionali, si rinvencono con costanza espressioni che attendono di essere specificate nel loro significato, in via ermeneutica o con il successivo intervento del legislatore. Per proseguire con gli esempi:

L'art. 14 sancisce l'invulnerabilità del “*domicilio*”, del quale, come noto, la Consulta ha dato un'interpretazione estensiva rispetto alla nozione codicistica.

Per l'art. 32, nessun intervento legislativo può superare i limiti imposti “*dal rispetto della persona umana*”.

L'art. 36 vincola la retribuzione alla misura minima della sufficienza ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia “*un'esistenza libera e dignitosa*”.

I pochi esempi sin qui elencati, dovrebbero fornire la prova del fatto che dal linguaggio costituzionale non è sempre dato trarre tutto ciò che serve ad applicare con immediatezza la disposizione di volta in volta venuta in considerazione.

Ora, in alcuni casi, per espressa volontà del costituente, l'attività di specificazione è demandata al legislatore ordinario, come accade, ad esempio, per l'art. 29 nella parte in cui riserva alla legge la disciplina dell'ordinamento familiare a garanzia dell'unità familiare.

Altre volte, invece, è in sede interpretativa che la disposizione costituzionale trova il proprio senso compiuto per la risoluzione della questione concreta.

Per tale via la Costituzione, poiché *interpretata*, risulta ancora una volta modificata⁵⁴, mediante l'esplicitazione di un significato ulteriore, ed utile

L'art. 41 riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata, purché, tuttavia, essa non si svolga in contrasto con “*l'utilità sociale*” e non sia tale da cagionare danno (oltre che a sicurezza e libertà), ancora una volta alla “*dignità umana*”.

In virtù dell'art. 42 Cost., la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge e, nei casi dalla medesima previsti, può essere espropriata “*per motivi di interesse generale*”.

Passando ai “Rapporti politici”, l'art. 54 onera i cittadini ai quali siano conferite funzioni pubbliche “*del dovere di adempierle con disciplina ed onore*”.

Ed ancora, l'art. 77 consente al Governo l'adozione di decreti legge – in ordine ai quali la giurisprudenza costituzionale è giunta ad approdi di cui si dirà in seguito – solo “*in casi straordinari di necessità e di urgenza*”.

L'art. 97 conforma l'organizzazione dei pubblici uffici al criterio del “*buon andamento e dell'imparzialità*” dell'amministrazione.

Ai sensi dell'art. 111, si assegna al legislatore il compito di delineare una disciplina processuale idonea ad assicurare “*la ragionevole durata del processo*”.

L'art. 120 impegna il Governo ad esercitare il potere sostitutivo nei confronti degli enti locali nel rispetto del “*principio di leale collaborazione*”.

Di alcune di queste espressioni, TREVES, *op. cit.*, 639, tiene a sottolineare il carattere retorico. Esse, infatti «tendono ad esercitare una pressione di carattere emotivo, che si aggiunge, o si sostituisce, a quella propria della norma giuridica».

⁵⁴ Per BOGNETTI G. «I segni normativi, di per sé, in quanto “cose” – espressioni scritte o verbali – non hanno un loro significato intrinseco; hanno solo quello che gli attribuiscono i loro autori nel momento che li emettono e successivamente quello – più o meno inevitabilmente distinto – che vi leggono che li adoperano a fini pratici», *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole, pubblicato nel sito A.I.C., cit. 14.*

al caso concreto, tra quelli potenzialmente ricavabili dalle sue poliedriche espressioni.

3) L'enunciazione di principi generali destinati, per convivere, a combinarsi tra loro con esiti talvolta diversi.

La Costituzione si palesa, in terzo luogo, elastica nella parte in cui enuncia principi generali i quali, pur dotati tutti in astratto della medesima forza giuridica, assumono, nelle fattispecie concrete, un peso sempre diverso perché destinati a convivere, misurarsi tra loro e a condizionarsi a vicenda.

Ciò avviene comprensibilmente perché ogni principio si fa portatore di un determinato valore meritevole di essere riconosciuto in Costituzione, ma non si può evitare che, nel singolo caso concreto, si dia un conflitto tra questo ed un altro valore parimenti riconosciuto al livello costituzionale.

In tali casi, non essendo comunque consentita una piena violazione dei medesimi, accade, tuttavia, che un determinato principio costituzionale subisca una compressione a vantaggio di un altro, al fine di pervenire alla più ponderata composizione degli interessi in gioco.

Così l'art. 1 Cost., che enuncia il principio della sovranità nazionale, è destinato a convivere con l'art. 11 che ne ammette le limitazioni necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni.

Il successivo art. 2 riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, conferendo al contempo in capo allo stesso i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

La proprietà privata trova il proprio riconoscimento all'art. 42 Cost., il quale però prevede anche la possibilità che questa sia oggetto di espropriazione per motivi di interesse generale.

Ora, è evidente che in tutti i casi in cui si registri un conflitto di tal tipo, l'interpretazione dei principi costituzionali non potrà ridursi ad una mera operazione logica e che, invece, essa si svilupperà attraverso un bilanciamento tra tutti gli interessi venuti in considerazione.

Il bilanciamento in parola avrà esiti talvolta diversi l'uno dall'altro perché le ipotesi di conflitto sono infinite (in quanto infinite ed imprevedibili sono le situazioni che in concreto possono venirsi a creare) e perché la Costituzione non ha inteso delineare una struttura gerarchica volta a regolare i rapporti tra principi assoluti i quali, come detto, sembrano tutti assumere una forza di pari intensità, perché tutti enunciati tra le disposizioni del nostro testo costituzionale.

Ciò conduce ad osservare come una disposizione costituzionale recante principi, guardata con le altre in chiave sistematica, possa ogni volta essere letta in modo diverso.

6. Le conseguenze dell'elasticità delle disposizioni costituzionali sul piano interpretativo.

Quanto sin qui detto mette in rilievo la doverosità di alcuni *accorgimenti* da adottare quando ci si impegni nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali.

Nulla di strano, invero, ma la semplice conseguenza della constatazione per la quale le regole giuridiche vanno interpretate diversamente «secondo la loro diversa natura».

Ed in particolare, se le regole di diritto privato mirano a disciplinare i rapporti tra i consociati, quelle di diritto pubblico sono «destinate a governare la positiva azione dello Stato» e, come tali, «vanno intese ed applicate tenendo specialmente conto dello scopo, al quale ciascuna norma è diretta e dal quale è dominata»

Le norme interpretative nell'ambito in cui qui ci muoviamo sono determinate dalla struttura e dai rapporti del corpo politico. E tali rapporti sono disciplinati solo parzialmente dal diritto scritto: «essi sono determinati più direttamente da quella *necessità degli uomini e delle cose*, che è la fonte prima del diritto, appartengono a quel *diritto tacito*, fondamentale, immediata emanazione delle *forze sociali* ordinate, che con parola oramai tradizionale si può chiamare diritto consuetudinario, purché a quest'espressione non si connetta la idea di una *lunga* consuetudine».

Per tale ragione, le regole dell'interpretazione rimangono il più delle volte *incoscienti* e mal si adattano ad essere formulate in articoli di legge, ed anche ove fossero così formalizzate, ciò non gli garantirebbe comunque di mantenere il proprio valore in via permanente perché la consuetudine rivendica sempre il suo imperio in questa parte del diritto»⁵⁵.

Il rilievo assunto dallo scopo nell'interpretazione delle norme di diritto pubblico deriva dal fatto che queste riconoscono in più occasioni agli organi statali dei poteri discrezionali, la legittimità del cui esercizio va appunto valutata guardando allo scopo che tramite il corretto esercizio dei suddetti poteri si intende perseguire⁵⁶.

La diversa natura dell'attività interpretativa con riguardo alle norme di diritto pubblico e di diritto privato fa sì che, nei confronti delle prime e, segnatamente, delle norme costituzionali, l'interprete debba approcciarsi con “morbidezza di sfumature”, “delicatezza di tocco”, “finezza e sensibilità di percezione”, tenendo a mente che «nel diritto costituzionale, più ancora che nelle altre parti del diritto pubblico, e molto più che nel

⁵⁵ Queste le riflessioni di SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, in *Studi giuridici*, Vol. III, Diritto privato, Prima parte, Anonima romana editoriale, 1932, p. 46 e ss.

⁵⁶ Sul punto ROMANO S., *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 93 ss.

diritto privato, se da un lato l'elemento politico è distinto, e deve essere tenuto distinto, dall'elemento giuridico, ugualmente si riflette su esso portando inevitabili e notevoli ripercussioni anche sull'interpretazione del diritto stesso»⁵⁷.

Lo stesso riferimento al criterio della *mens legis* va guardato diversamente quando ci si muove nell'ambito del diritto costituzionale⁵⁸.

L'intenzione del legislatore presenta, infatti, nelle disposizioni costituzionali da interpretare, il carattere peculiare della "dinamicità", proprio in ragione dell'elemento politico che interagisce costantemente con il contenuto della disposizione, fino a ripercuotersi anche nell'intenzione che aveva guidato il legislatore nel dettare la medesima.

Conseguenza tangibile di ciò è che, in diritto pubblico, la concezione che si ha di un istituto «a poco a poco, insensibilmente, cambia», iniziando gradualmente a prendere le distanze dalla considerazione rigorosa ed esclusiva dell'intenzione del legislatore⁵⁹.

⁵⁷ ROSSI, *La elasticità dello Statuto italiano*, cit. 19.

⁵⁸ Peraltro, sulla reale efficienza del criterio che rimanda all'intenzione del legislatore, nell'ambito dell'interpretazione costituzionale, ci sarebbe da interrogarsi. E ciò in base ad un duplice rilievo: in primo luogo è noto a tutti che i lavori della Costituente sfociarono in un evidente compromesso tra forze politiche diverse, ciascuna portatrice di propri valori e promotrice di una peculiare visione della società, sicché sarebbe una *fiction* ridurre coloro che vi presero parte ad unico soggetto legiferante. In secondo luogo, il criterio dell'intenzione del legislatore non avrebbe comunque alcuna utilità per quei casi sopravvenuti e prima imprevedibili ai quali non può logicamente riferirsi alcuna volontà dei costituenti.

Perplexità di analogo tenore sono sollevate da PINO G., *Di interpretazione e interpreti della Costituzione*, in *Diritto e società*, 2, 2013, in particolare da p. 370 in poi.

Sembra concordare RUGGERI, quando individua nel criterio dell'intenzione storica solo un «"sussidio" dell'interpretazione, specificamente laddove particolarmente opaco ed incerto appare il dato letterale e parimenti non risolutivi si dimostrano essere altri canoni dell'interpretazione stessa», *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica 2012, cit. p. 94 nota 46.

⁵⁹ In tal senso, vanno ancora una volta tenute a mente le autorevoli osservazioni di L. ROSSI, per il quale «a distanza di tempo, le parole della legge si scoloriscono, si deformano e mutano di significato (...). E inoltre l'intenzione del legislatore, specialmente in diritto costituzionale, col lento andar del tempo, viene sorpassata e, per dir così, accantonata e posta in sordina. Scompare

Così l'interpretazione si affranca gradualmente (seppur non totalmente) dal suo spirito originario e si orienta verso il senso più adeguato a che la norma espliciti i propri effetti e riesca però, al contempo, a rispondere alle necessità (talvolta inedite) venute in considerazione nella situazione concreta.

Non deve, infatti, neppure trascurarsi la dimensione “strumentale” delle norme, le quali sono dettate ed applicate innanzitutto per soddisfare delle esigenze concrete della vita collettiva⁶⁰.

Esse, dunque, pur non perdendo mai il carattere di imperativi giuridici, vanno anche considerate per la *ratio* oggettiva che esse incorporano, e per la loro capacità di fornire una risposta dirimente alla questione di volta in volta posta, isolatamente o, quando occorre, facendo sistema con tutte le altre norme le quali, a loro volta, si evolvono anch'esse⁶¹.

sempre più il lato subiettivo della intenzione del legislatore, e resta la nuda formula della legge. Per tal modo il dettato di questa si stacca dalla matrice di quello, e vive per conto proprio, con un senso nuovo e mutato ambiente(...). Avviene anche spesso che necessità vecchie scompaiono, si sbiadiscono o anche sfumano; ma sottentrano necessità nuove, che sostanziano l'involucro tradizionale, e che determinano a mantenere formalmente l'istituto, con una certa continuità di inquadramento, anche se il contenuto è variato, o anche se prima l'istituto serviva ad un dato scopo, mentre poi serve ad uno scopo diverso», *La elasticità dello Statuto italiano*, in *Scritti vari di diritto pubblico, volume VI, Giuffrè*, Milano 1941, 19 ss.

Nella stessa opera, l'A. giunge alla conclusione per la quale «Mettersi nell'animo del legislatore, significa che, quando vi sia la certezza che, partendo dallo stesso criterio col quale il legislatore ha formulato la disposizione di legge, egli stesso, mutati i tempi e le circostanze, l'avrebbe interpretata con animo diverso da quello col quale egli la pose, si dovrebbe assumere questa nuova interpretazione, e non l'interpretazione sorpassata, mediante una legge, che sarebbe così non derogatrice, ma largamente interpretativa dello Statuto», 21.

⁶⁰ Sulla natura strumentale dell'apparato normativo si rammentino le tesi della corrente istituzionalistica, per la quale le norme vanno viste quali elementi strutturali dell'ente, ordinamento giuridico, il quale rappresenta comunque un *prius* rispetto ad esse. Per tutti, ci si soffermerà nel prosieguo sull'esame della teoria dell'ordinamento giuridico elaborata da S.Romano.

⁶¹ Osservava BOBBIO come le norme non possano ridursi a “imperativi storicamente dati, puntualizzati e irripetibili”, poiché il diritto è “pensiero che si svolge, non volontà che si arresta”, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.

Utili anche le indicazioni del BARILE, il quale individua nella *convinzione collettiva* l'unica base dell'esistenza del diritto nonché, per conseguenza, l'unico elemento necessario per la sua validità. Non è dunque, per l'A., la circostanza che il legislatore abbia fornito la legge di forza coattiva a determinarne la validità. Può sì dirsi, dunque, che il diritto è *imperativo*, ma nella stessa misura in

In definitiva, la Costituzione, rispecchiando - come deve - la società in cui vige, con le sue esigenze in un dato momento storico, «è regola ed ordine in continuo svolgimento», come conseguenza del fatto che «è in continuo svolgimento la stessa esistenza dello Stato nella sua totalità, sotto l'impulso delle diverse forze politiche che sorgono ed operano nella sfera sociale»⁶².

cui lo si dica di ogni norma sociale o giuridica riconosciuta come vincolante dalla collettività, se pure in grado diverso.

La “convinzione collettiva” di cui trattasi è in ultima analisi identificata da Barile nel «giudizio prevalente della *generalità dei membri*, della “massa”, giudizio che in ultima analisi si risolve anch'esso in un *giudizio di convenienza* che è la risultante del giudizio dato dalle forze sociali dominanti e tendenti al proprio fine, temperato dalle opinioni e dai fini divergenti delle forze non dominanti ma presenti, che inducono appunto le prime a limitare il loro scopo in rapporto alla pressione esercitata dalle seconde sulla società».

Sulla base di tali premesse, la norma giuridica viene definita come «*norma agendi*, cui non sempre corrisponde una *facultas agendi*, avente per carattere fondamentale la *positività*; dove per positività deve intendersi *l'effettiva osservanza di essa come diritto* da parte dei soggetti, osservanza che è il prodotto di una convinzione, a sua volta frutto di un giudizio di convenienza operato dalle forze presenti nella società in cui essa vige, in vista dei fini che le stesse forze perseguono; e che è garantita da *reazioni* dell'ordinamento giuridico in caso di violazione di essa». In definitiva, «più che un elemento del diritto, la positività è il suo intrinseco *modo di essere*: la norma è, esiste, solo in quanto è positiva, in quanto risponde cioè alla convinzione collettiva che ne garantisce l'osservanza».

Tutte le citazioni sono tratte da BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze 1951, p. 28 e ss.

⁶² PIERANDREI F., *L'interpretazione della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano 1952, cit. 484.

Ancor prima, in *Op. ult. cit.*, p. 466 l'A. avverte che «mentre l'interpretazione storica ha il compito di considerare il significato e il valore originario di un fenomeno, l'interpretazione giuridica non deve limitarsi a ricercare quella che fu l'intenzione specifica del legislatore; essa intende piuttosto determinare la portata “attuale” della norma, tenendo conto della sua posizione nel sistema generale».

Per una lettura della posizione di Pierandrei nell'*op. cit.* quale “riflessione capostipite” a sostegno di una teoria dell'interpretazione della Costituzione di carattere “*prudenziale*” - piuttosto che di una teoria “*normativa*” - e che “*ha prescritto saggezza ed equilibrio più che sostenuto la compiuta sottoposizione al diritto dei procedimenti di attribuzione di significato alle disposizioni costituzionali, stante la loro particolare natura*” si legga DOGLIANI, *Il posto del diritto costituzionale* (p. 533, nota 16, corsivo nostro).

Quale corollario, in sede interpretativa, occorre «attenersi agli stessi criteri adottati dal legislatore nella sua funzione regolatrice; ma occorre anche seguire essenzialmente un indirizzo storico, in quanto gli interessi valutati in passato dal legislatore, devono essere riferiti al momento nel quale la norma viene presa in esame: così che l'interpretazione presenta necessariamente carattere evolutivo», *op. cit.*, 487.

Nel medesimo senso, in adesione alla posizione “storico-evolutiva” rappresentata in Francia da GÉNY (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, Paris, 1919, 205 ss.) e sostenuta

Con ciò, inevitabilmente, l'attività interpretativa assume carattere evolutivo, non potendo sempre esaurirsi nella meccanica applicazione del precetto alla fattispecie concreta e, invece, richiedendo talvolta che la norma venga specificata, limitata, estesa nel proprio ambito applicativo per essere *adattata* all'uso nell'evenienza concreta. Non sempre e solo di accertamento-applicazione si tratta ma, ove occorra ed entro certi limiti di ammissibilità, anche di *modificazione* della norma⁶³.

In altri termini, allorquando si tratti dell'applicazione di norme costituzionali, in ragione della stessa natura di queste ed al fine di ottenere

anche in Italia (ad es. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 31 ss., 159 ss.), l'Autore attribuisce all'interpretazione delle disposizioni costituzionali carattere *evolutivo* «sia perché deve riferire la norma al sistema che (...) è in continuo svolgimento, sia perché, traendola dalla sua astrattezza, deve dispiegarla in tutto il suo significato e in tutta la sua portata in modo da renderla idonea a disciplinare la complessa e multiforme varietà della vita concreta», *Op. cit.*, 501.

«...ogni prodotto storico dell'uomo, una volta stabilito e creato nella storia, possiede una sua autonomia che è indipendente sia dall'autore dell'opera che dal suo interprete, autonomia che dev'essere rispettata dall'interprete e non violentata. È l'autonomia quindi che costituisce l'oggettività ermeneutica», I. W. KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti*, 2010, p. 41, e più avanti a p. 49 *Op. cit.*, «la comprensione del passato è sempre condizionata e predeterminata dal nostro interesse presente».

⁶³ Si rinvengono utili riflessioni in merito in BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, da p. 132 in poi, ove, lungi dal limitare l'interpretazione ad una mera operazione meccanica, si qualifica la stessa come *ricreazione*, quale processo sì di chiarificazione ma anche di adattamento dell'apparato normativo alle esigenze concrete.

Probabilmente, non concorderebbe con le considerazioni sin qui svolte MEROLA CHIERCHIA, il quale, in senso nettamente critico nei confronti dei sostenitori della natura evolutiva dell'interpretazione costituzionale, rimprovera che «Quando si sostiene la necessità di accedere a forme di interpretazione che adeguino le leggi esistenti alle esigenze storiche e si afferma che negandosi tale possibilità si nega la storicità del diritto e con essa la sua possibilità di attuare la giustizia, e così quando si afferma (...) che il sistema giuridico nelle sue singole norme va interpretato “nello spirito di quella costituzione materiale che ne costituisce la norma fondamentale” (...) si finisce col voler ricondurre nell'ambito dell'interpretazione giuridica l'apprezzamento di valori che sono in realtà al di fuori del sistema formale; così come avviene quando si vuol dare all'interprete la facoltà di piegare i precetti costituzionali alle contingenze della vita politica (...) che se possono avere rilevanza dal punto di vista politico, non ne hanno invece alcuna sotto il profilo giuridico; proprio questo significa, come è stato detto, confondere politica e diritto», *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Cedam, Padova 1978, cit. 137. I rilievi di Merola Chierchia si rivolgono adesso, in particolare, a PARESCHE, *Interpretazione (filosofia)*, in Enc. Del dir., XXII, Milano 1972, del quale il primo richiama alcuni passi tra virgolette.

Merola Chierchia conclude avanzando il sospetto che la sedicente interpretazione evolutiva dei precetti costituzionali dissimuli in realtà delle finalità politiche, in quanto mira a subordinare (“*asservire*”), la costituzione alla realtà storica il diritto alla politica, cfr. *Op. cit.*, 138 ss.

un risultato ermeneutico utile, il più delle volte non si potrà che sviluppare l'interpretazione in senso evolutivo.

Le disposizioni costituzionali non sono, invero, «formule matematiche che trovano la loro essenza nella loro forma», ma piuttosto «organiche istituzioni viventi» da considerare in uno con l'esperienza concreta, e in continuo divenire, della società⁶⁴.

Interessanti in proposito i rilievi di Ruggeri, racchiusi nell'osservazione per la quale «la disposizione genera, sì, la norma ma non da sola o per intero». Il rapporto tra disposizione (significante) e norma (significato) è più complesso di quanto appaia *prima facie*: la norma viene sì dopo la disposizione ed è tratta da essa, ma già la ricerca della disposizione da applicare è *preorientata* dal caso nel ragionamento dell'interprete, il quale talvolta sa cosa cercare e dove trovarlo.

Sicché il rapporto disposizione-norma è di «mutuo sostegno semantico, *la disposizione generando la norma e quest'ultima, a sua volta, confermando la prima*»⁶⁵.

Dal legame tra il significato delle disposizioni costituzionali e la costante evoluzione del contesto sociale, tanto stretto da condurre – come visto – ad una *ricreazione* del primo di pari passo con la seconda, deriva che una costituzione necessita di essere guardata nella sua effettività e che essa

⁶⁴ Così il giudice americano HOLMES, *Natural Law*, 32 *Harvard Law Review*, il quale con pregnanza osserva che “il presente ha il diritto di governare sé stesso così ampiamente quanto può, e dovrebbe sempre essere ricordato che la continuità storica con il passato non è un dovere, ma soltanto una necessità”.

⁶⁵ Le riflessioni in parola sono svolte da RUGGERI in *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica 2012, p. 50 ss., ove l'A. osserva anche che «il linguaggio costituzionale ha, dunque, da fare la propria parte e invero la fa; ma l'esito dei fatti interpretativi non dipende in modo esclusivo (e, forse, neppure assorbente) dalla trama strutturale degli enunciati bensì da ragioni complessive di contesto, dal luogo e dal momento in cui i fatti stessi prendono forma, da chi li pone in essere e dalle relazioni che l'operatore stesso intrattiene con altri operatori».

valga «per quel tanto che venga applicata e osservata, per quel tanto che sia riuscita a tradursi effettivamente nel fatto»⁶⁶.

In tal senso, ben può accadere che, nel corso del processo evolutivo in parola, il tessuto costituzionale muti insensibilmente in ragione delle esigenze storico-politiche sopravvenute, e senza che dal punto di vista testuale la costituzione subisca alcuna alterazione.

Una costituzione, ancorché rigida, non si sottrae dal doversi identificare con quello che è nella sua effettiva vigenza, per quanto si evince dalla sua interpretazione.

Riteniamo che proprio su questo aspetto Treves voglia richiamare la nostra attenzione quando avverte che «la Costituzione italiana è quello che la Corte costituzionale dice che sia, in un dato momento. *La sua immobilità cela un movimento interiore*»⁶⁷.

Sembrano adesso doverose alcune precisazioni.

Dare spazio ad un'interpretazione *creativa* del testo costituzionale non vuol dire, si badi, esporre a pericolo l'autorità di quest'ultimo.

Ed al contrario, in primo luogo, anche quando si pervenga ad un risultato per così dire *creativo*, ci si è comunque mossi partendo dall'alveo delle disposizioni costituzionali e sempre tenendo queste a mente, dal che risulta rispettata e confermata la loro piena normatività⁶⁸.

In secondo luogo, proprio l'interpretazione può rivelarsi utile a circoscrivere gradualmente i casi in cui una determinata situazione rimarrebbe fuori dall'area del diritto o, ancora, nei quali si dia ad essa una soluzione mediante l'azione “discrezionale” del legislatore.

⁶⁶ F. PIERANDREI, *L'interpretazione della costituzione*, in *Studi in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano 1952, 516.

⁶⁷ TREVES, *op. cit.* 637. Per considerazioni di analogo tenore si legga anche p. 623.

⁶⁸ «Esiste un *quid* nell'oggetto interpretando che pone dei limiti all'interpretazione stessa, *le toglie la tentazione di credersi onnipotente*», F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 119.

La via dell'interpretazione, insomma, può essere percorsa proprio per condurre a Costituzione ciò che prima in essa non rientrava⁶⁹. Con ciò, nel tempo, si infittiscono le maglie di un tessuto costituzionale sempre più consolidato e del quale può continuare a professarsi la *totalità*, da intendere come obiettivo al quale sempre si tende, anche se mai pienamente perseguibile.

I due piani, normativo e fattuale, interagiscono fra loro ed interferiscono l'uno con l'altro, in un rapporto di compenetrazione potenzialmente idoneo ad assumere la forma di un circolo virtuoso: la Costituzione disciplina le strutture statali e gode del contributo integratore fornito da queste mediante il loro operato in concreto. Le strutture, per parte loro troveranno sempre un limite invalicabile nella Costituzione, dovendo comunque sottoporsi, nel loro operato, ad un test di conformità ad essa⁷⁰.

7. L'elasticità quale scelta forse inevitabile ma opportuna.

Come sopra già osservato, l'elaborazione di un documento scritto e solenne contenente la disciplina fondamentale dell'ordinamento porta con sé una pretesa di stabilità nel lungo periodo.

⁶⁹ L'effetto positivo dell'interpretazione creativa nel senso di un rafforzamento, al di là dell'apparente *indebolimento*, del testo costituzionale non sembra sfuggire ad ANGIOLINI quando questi osserva che «la “creatività” dell'interpretazione (e dell'applicazione) costituzionale diventa il canale con cui si assicura il perdurare della totalità della costituzione, della sua attitudine a coprire qualunque lembo del diritto e della società: il testo della carta del 1948, fattosi “debole” e malleabile, può diventare la porta con cui i suoi interpreti, tra cui spiccano la corte ed i (gli altri) giudici, possono fare ingresso, per trasferire *dentro* la costituzione, in una gamma progressivamente più vasta, e virtualmente imprevedibile, di rapporti sociali, i quali, altrimenti, o potrebbero essere disciplinati dalla legge o da altre manifestazioni giuridiche non di rango costituzionale – per scelta “politica”, “discrezionale” o comunque costituzionalmente “libera” del parlamento o di altri – ovvero addirittura potrebbero essere rapporti di fatto (“liberi” dal diritto stesso)», *Costituente e costituito nell'Italia Repubblicana*, Cedam, Padova 1995, 207.

⁷⁰ In tal senso, ZAGREBELSKY assegna alla scienza costituzionale il compito di lavorare affinché i due «sensi» (formale e materiale) si orientino verso la stessa meta: gli sviluppi *materiali* a rafforzamento di quelli *formali* e viceversa, in un processo circolare tra due poli, *Premessa a La costituzione in senso materiale*, 1998, XXXVI.

Non può, d'altro canto, sfuggire come a tale opzione sia connesso anche il rischio di obsolescenza del dato normativo costituzionale il quale, con il trascorrere del tempo, potrebbe non essere più in grado di stare al passo con le inarrestabili trasformazioni che toccano qualsiasi contesto socio-politico.

In tal senso, c'è chi ha messo in guardia sul rischio che «la formalizzazione di principi mediante una Carta costituzionale» finisca per condurre ad «una sclerotizzazione di quegli stessi principi. Ciò tanto più quando all'inevitabile decorso del tempo si accompagna l'altrettanto inevitabile moto di accelerazione delle trasformazioni sociali»⁷¹.

In altri termini, l'elaborazione di una costituzione scritta e garantita rappresenta sì, storicamente una conquista in termini di certezza del diritto, sia per le parti in cui riconosce determinati diritti e libertà ai consociati, che nelle parti in cui il testo in parola si dedica ad arginare l'arbitrarietà dell'azione politica.

Ciò che si guadagna in certezza, tuttavia, si ripaga nel tempo quando una costituzione si riveli incapace di assecondare le trasformazioni sociali con i loro imprevedibili esiti.

È qui, allora, che l'elasticità delle disposizioni costituzionali emerge quale scelta di normazione opportunamente adottata in prospettiva dell'avvenire.

Essa si palesa, infatti, come la miglior via per fissare un punto di equilibrio tra le due esigenze che, come sopra detto, si confrontano tra loro in un sistema a costituzione rigida: quella di preservare la supremazia della Costituzione e l'altra di adeguare quest'ultima ai cambiamenti necessari.

⁷¹ F. BENVENUTI, *La Costituzione fra attuazione e revisione: lo Stato in una società pluralistica*, in *Dir. soc.* 1983, 10.

L'elasticità dà un po' all'una ed un po' all'altra, consentendo che le regole costituzionali cedano quanto basta al cambiamento, senza però privarle della forza che le caratterizza in via esclusiva di opporsi a quelli, tra i cambiamenti, che si palesino in netto contrasto con esse.

Ci sembra che la Costituzione sia stata lungimirante nell'abbandonare la vana pretesa di disciplinare il tutto, e lasci allora un certo spazio ad «una forza diffusa di autocostruzione sociale e settoriale»⁷².

Aldilà delle superiori considerazioni circa l'opportunità del carattere dell'elasticità che si è inteso imprimere alle disposizioni costituzionali, non deve nemmeno tralasciarsi come tale scelta rappresentasse anche una via per così dire obbligata nel contesto in cui si svolsero i lavori della Costituente⁷³.

La Costituzione repubblicana, come v'è spesso modo di sottolineare, ha rappresentato l'esito di un compromesso tra le forze politiche allora predominanti, ed è per tale ragione che alcune sue disposizioni presentano

⁷² L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, 10.

⁷³ Per un puntuale *excursus* delle vicende storiche che portarono alla Costituente, nonché sulle forze politiche che quest'ultima raccoglieva, si vedano per tutti BARILE P., voce *Costituzione italiana*, in *Novissimo digesto italiano*, IV, p. 1054 e ss.; BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna 2004, p. 19 ss.

Sul punto si veda anche D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 1981, 101 ss. L'A. richiama in tema il contributo di F. PIERANDREI - N. BOBBIO, *Introduzione alla Costituzione*, Bari 1959, 30, ove si individua nella nostra Costituzione «il risultato della confluenza dell'ideologia socialista e di quella cristiano-liberale che ha ricevuto apporti vari, e non sempre coerenti, dalla dottrina sociale dei socialisti e dei cattolici: insomma è una costituzione ispirata a ideali liberali, integrati da ideali socialisti, corretti da ideali cristiano-sociali». Più avanti in *op. cit.* viene altresì riportata la posizione critica assunta da P. VIRGA, ad avviso del quale «le dichiarazioni della costituzione italiana risentono troppo del compromesso politico dal quale sono scaturite e il contrasto fra le opposte ideologie si rivela spesso in stridenti contraddizioni o, peggio ancora, in formule vacue ed inconcludenti (P. VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1948, III, 243-280, spec. 250). Considerazioni di diverso tenore sono formulate in merito da C. MORTATI, il quale è propenso a ravvisare nelle disposizioni costituzionali un'equilibrata sintesi tra i fondamenti dottrinali di ciascuna delle ideologie coinvolte in Costituente (cristiani, liberali e socialisti) nonché tra i valori principalmente presupposti da ognuna di esse, le quali comunque per l'A. convergerebbero tutte verso l'idea centrale di tutela e potenziamento della persona, riconducibile al messaggio evangelico (cfr. C. MORTATI, voce *Costituzione* in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1962, XI, 222).

carattere *anfibologico* e sono *interpretabili in vario senso*⁷⁴ a seconda dell'orientamento del lettore⁷⁵.

Barile vede in tale caratteristica la volontà, da parte del legislatore, di «procrastinare certe decisioni politiche»⁷⁶.

Considerazioni di analogo tenore sono sviluppate da Treves, quando questi osserva come i costituenti abbiano «rinviato alle generazioni successive la risoluzione dei loro nodi e le riforme concrete, evitando di legarle e dando loro modo di adattarsi ai mutamenti della società italiana»⁷⁷.

Amato segue l'insegnamento di Fulco Lanchester, per il quale la spiegazione dell'elasticità sarebbe da ricercare in quella «zona grigia», al confine tra diritto e politica, nella quale si colloca il Diritto costituzionale⁷⁸.

⁷⁴ Espressioni tratte da BARILE, *op. ult. cit.*, 1058.

⁷⁵ Sul punto, si legga anche M. DOGLIANI, *La costituzione italiana del 1947 nella sua fase contemporanea*, in www.costituzionalismi.it, il quale osserva che «le costituzioni del Novecento non sono altro che equilibri convenzionali – armistizi strategici – tra forze contrapposte».

La natura compromissoria della costituzione italiana è stata negata da G. BOGNETTI, *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole*, pubblicato nel sito A.I.C., da p. 13 in poi.

Dal punto di vista storiografico, Bognetti contesta la natura compromissoria del testo costituzionale. Per l'A., l'Assemblea costituente non fu, come si suole affermare, lo scenario di un «incontro amichevole compromissorio di tre distinte, grandi tradizioni ideologiche», ma piuttosto essa vide realizzarsi una «radicale frattura ideale che divideva le forze politiche». Per tale ragione fin dagli esordi «la Costituzione portò nel suo seno in certo senso una grave ferita: la ferita di non poter essere pensata e sentita dall'intera, indivisa collettività come portatrice di un progetto o modello complessivo avente un valore definitivo e una aspettativa di ferma stabilità», 20-23.

L'A. ora richiamato disconosce la tesi secondo la quale le formule costituzionali avrebbero carattere ambivalente o anfibologico perché volutamente aperte a svariate attuazioni, osservando, al contrario che «nel significato che ad esse attribuiva la maggioranza democratica...esse possedevano invece un significato univoco e relativamente preciso», *Op. e loc. ult. cit.*

⁷⁶ BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze 1951, 60.

⁷⁷ G. TREVES, *Duttilità della Costituzione cit.*, 641.

⁷⁸ Il riferimento di Amato è a F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato. I giuristi nello Stato unitario*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 152.

In virtù della sua propria natura, il Diritto costituzionale «ha a che fare con il potere politico e non c'è dubbio che neppure la rigidità della Costituzione può evitare che il potere stesso sia una sorta di anguilla, che si muove nella vasca disegnata dalle disposizioni costituzionali»⁷⁹.

8. I confini del diritto costituzionale. La ricerca di un concetto più vasto di *costituzione*.

Le considerazioni sin qui svolte attraverso l'esame delle tesi elaborate da alcuni autorevoli esponenti della dottrina ci hanno indotto a concludere che, aldilà delle disposizioni cristallizzate nel documento scritto, una costituzione, seppur rigida, va sempre osservata nella sua effettiva vigenza, determinata dalla sua interpretazione ed applicazione in concreto⁸⁰.

Abbiamo, inoltre, avuto modo di osservare come il tessuto costituzionale non si presenti, talvolta, pienamente autosufficiente, e come questo, non di rado, si trovi ad interagire con elementi esogeni e fattuali, con le annesse alterazioni che ciò comporta, elementi i quali – proprio per il loro potenziale innovativo – non meritano minor attenzione, da parte dello studioso, di quelli *formali*.

⁷⁹ AMATO G., *L'elasticità delle costituzioni rigide*, Relazione al Convegno “Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale”, Roma 14 dicembre 2015, rinvenibile in *Nomos* 1-2016, cit. p. 3. Nel contributo appena citato, Amato, riprendendo sul punto l'insegnamento di D. Grimm (voce *Diritto e politica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1993, pp. 113-119), riconduce il connotato dell'elasticità del quadro costituzionale alle rivoluzioni di fine Settecento, animate dallo scopo di porre un vincolo al potere politico. Superate le stesse, infatti, proprio i loro promotori, impadronitisi del potere, vollero anche conservargli una sfera di libertà. Così ci si è ritrovati innanzi a una Costituzione che si prevede dei vincoli, ma è al contempo costretta ad ammettere «che il potere politico anche con la Costituzione rigida è libero nel fine».

⁸⁰ Efficacemente BOGNETTI, *Op. ult. cit.*, 6, «La storia autentica di un Costituzione muove dalla premessa metodologica per cui la sua vera realtà è soltanto quella che risulta dal concreto significato che via via attribuiscono alle sue disposizioni i suoi utilizzatori: è la storia di un sistema normativo la cui concreta realtà è in continuo divenire, anche se la lettera del testo originario non subisca in ipotesi revisioni ufficiali e rimanga nel tempo imm modificata».

Ed allora, a ben guardare, le tematiche sin qui trattate sembrano involgere l'annosa questione circa i confini del diritto costituzionale.

Come atto normativo primario, la Costituzione dovrebbe contenere in sé tutte le linee base dell'ordine politico e statale, e disciplinare tutte e ciascuna delle materie ritenute fondamentali e, in quanto tali, considerate meritevoli di un riconoscimento costituzionale.

D'altra parte, può darsi che la Costituzione dia spazio a determinate materie perlopiù per motivi o vicende storico-culturali contingenti, o per l'interesse delle forze politiche costituenti del momento.

Al contrario, può altresì accadere che non trovino la propria fonte costituzionale materie alle quali va tuttavia riconosciuto valore sostanzialmente costituzionale⁸¹.

La constatazione di quanto appena detto ha orientato alcuni studi verso la ricerca di un ulteriore concetto di costituzione, e verso la individuazione di determinate materie suscettibili di essere definite “*costituzionali*”, pur non essendo riconducibili alla fonte costituzionale scritta in sé.

«Di qui l'esigenza, spesso avvertita, di ricercare un altro e più vasto concetto di costituzione, generalmente valido perché indipendente da elementi e vicende formali. L'esigenza cioè di determinare in che cosa

⁸¹ «Che non tutta la materia costituzionale stia nella costituzione, è ovvio; che non tutta la materia contenuta nella costituzione sia costituzionale allo stesso modo, è possibile: ma la scelta del contenuto della costituzione è (e può essere) frutto non di canoni tecnici, canoni suggeriti da una scienza delle costituzioni, ma di una valutazione e di una decisione politica – a loro volta, ovviamente, frutto di un certo assetto politico e sociale – le quali conferiscono valore costituzionale a qualsiasi contenuto», NIGRO M., *Costituzione ed effettività costituzionale cit.*, 1706.

Nel medesimo senso ANGIOLINI, per il quale «(...)non può mai essere scontato che il diritto costituzionale, e con esso la costituzione, siano davvero racchiusi in un qualche testo di una carta costituzionale, e non si espandano, potenzialmente all'infinito, nell'azione delle autorità abilitate ad interpretare, applicare o attuare quel medesimo testo», *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana cit.*, 24.

Così «ci si accorge che il diritto non consiste soltanto in ciò che è detto, ma anche in ciò che è presupposto da esso o implicito in esso, cioè nel “non detto”. L'enunciato si chiarisce facendo ricorso a ciò che non è esplicitamente formulato, ma che è in qualche modo richiesto dalla comprensione. Di conseguenza il problema cruciale diventa proprio il modo di concepire il “non detto” [...] Tra il detto e il non detto s'instaura un circolo ermeneutico», F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 1999, 89.

intrinsecamente consista una costituzione: quale sia, in altre parole, il peculiare oggetto di quella parte del diritto statale suscettibile di essere definito costituzionale»⁸².

Questo più vasto concetto viene generalmente indicato, e specificato poi in svariate elaborazioni dottrinali, con l'espressione "costituzione materiale".

Essa descriverebbe l'organizzazione di fatto dello Stato, la quale talvolta si discosta da quanto statuito dall'apparato normativo costituzionale, e riuscirebbe con ciò a mettere in luce la continua evoluzione di un sistema costituzionale che *vive*.

Non potrà, in questa sede, prescindersi dall'esame di alcune delle tesi elaborate nel senso sopra esposto, poiché riteniamo che l'attenzione riservata sul tema da alcuni tra i più autorevoli studiosi, del panorama italiano e non, sia l'evidente riprova di come non possa ormai revocarsi in dubbio che l'assetto costituzionale non trova il proprio sviluppo unicamente sul terreno meramente prescrittivo della Costituzione intesa in senso strettamente documentale, ma si evolve anche, e forse più incisivamente, sul piano fattuale e per vie diverse rispetto alle procedure formalmente previste.

L'indagine partirà qui dall'esposizione della teoria dell'ordinamento giuridico di Santi Romano, per poi esaminare la dottrina mortatiana della costituzione materiale.

Entrambe le teorie dovranno essere vagliate tenendo in considerazione la loro anteriorità rispetto all'entrata in vigore della Costituzione del 1948.

⁸² V. CRISAFULLI, *Costituzione* (voce) in *Enciclopedia del '900*, 1033. L'Autore avverte, peraltro, circa l'interesse pratico della ricerca, specie negli ordinamenti a costituzione rigida, ove «tutto ciò che si trova in questa regolato è – per ciò solo – assistito dalla 'forza' differenziata alla medesima attribuita, sottraendosi in conseguenza alla competenza della legge ordinaria».

Vedremo quindi, in un secondo momento, se di “costituzione materiale” possa oggi parlarsi pur in presenza di una costituzione formale lunga, rigida e garantita come la nostra.

9. Santi Romano e la teoria dell’ordinamento giuridico.

Tutte le dottrine in favore di una costituzione materiale, pur sviluppandosi diversamente, hanno in comune tra loro la volontà di ricercare le basi del diritto in una prospettiva ulteriore rispetto al dato della formale vigenza della legge dello Stato.

Tale elemento comune ci offre il destro per inserire nella nostra trattazione anche alcuni cenni alla teoria c.d. *istituzionalistica* del diritto, elaborata da S. Romano e principalmente esposta nell’opera intitolata “*L’ordinamento giuridico*” del 1918.

Premettiamo che l’approccio utilizzato da Romano nell’analisi dell’ordinamento giuridico, nell’opera succitata come in altre dell’Autore, non pone al centro un concetto di costituzione intesa in senso stretto.

Il giurista concentra, piuttosto, l’attenzione su «*la vasta e irriducibile materia del diritto costituzionale di uno Stato*»⁸³, paragonata ad un tronco dal quale si dipartono i vari rami del diritto pubblico.

Adottata tale prospettiva, la teoria disconosce tutte quelle definizioni del diritto che esauriscono quest’ultimo nelle sole norme positive vigenti⁸⁴.

⁸³ S. ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche* (1903), in *Scritti minori*, I, cit., 252.

⁸⁴ La teoria di Santi Romano prende spunto da quella di Maurice HAURIOU, il quale per primo parlò di “istituzionalismo” (si vedano, per tutte, *Principes de droit public* e *La Theorie de l’institution et de la fondation*), contrapponendosi invece alla *dottrina pura del diritto* sostenuta da Hans Kelsen come dottrina del diritto positivo. La radicalità del pensiero di Kelsen, esposto in *Teoria pura del diritto*, si ravvisa sin dagli esordi, quando l’A. afferma che «Ciò che non può trovarsi nel contenuto delle norme giuridiche positive non può far parte di concetto giuridico», *Prefazione a Reine Rechtslehre* (1933), trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino: Einaudi, 1952 (dal 1967 col titolo «*Lineamenti di dottrina pura del diritto*»).

Tali definizioni incorrono, infatti, nell'errore di trascurare ciò che c'è di più vivo e dinamico nell'ordinamento: «i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse»⁸⁵.

Quando Romano parla di *ordinamento giuridico* intende far riferimento al diritto nella sua interezza, non come somma di ogni sua componente, ma come unità a sé stante.

Il carattere che Romano chiama della *obiettività* non è conferito all'ordinamento dalle sole norme giuridiche, ma trae origine da un momento anteriore ad esse, e talvolta trova delle vie di sviluppo che si identificano al di fuori delle norme stesse.

Il che vuol dire che il complesso normativo non esaurisce il campo dell'ordinamento giuridico, e che il concetto di diritto va costruito tenendo in debita considerazione ulteriori componenti.

L'ordinamento giuridico senza dubbio progredisce e si raffina costantemente attraverso le norme, ma, a sua volta, esso è l'entità che «muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime»⁸⁶.

Più che ridursi ad elemento portante della struttura ordinamentale, le norme sono un mezzo, uno strumento di cui l'ordinamento si avvale.

La teoria istituzionalista si fonda su una definizione del diritto in termini di "organizzazione".

Si deve partire, per Romano, dalla società, intesa come unità concreta e distinta dai singoli individui che la compongono.

Il concetto di diritto deve, in seconda battuta, riposare su una qualche idea di ordine sociale: tale ordine si trova per alcuni suoi aspetti a rispettare le norme, e per altri a superarle.

⁸⁵ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, riedito con aggiunte da Sansoni, 1946, cit.15.

⁸⁶ *Ibidem*.

Ciò è corollario del fatto che «il diritto, prima di essere norma (...) è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante»⁸⁷.

Ancor prima che vi sia un sistema normativo, è dato identificare un apparato, una “organizzazione”, che S. Romano identifica nel concetto fondamentale dell'*istituzione*: il primigenio dato organizzativo dal quale sorge l'intero ordinamento.

È l'organizzazione in forma di istituzione, piuttosto che le norme, a far diventare “Stato” un'associazione che prima tale non era.

Tra istituzione ed ordinamento giuridico ricorre una necessaria equazione: ogni istituzione è un ordinamento giuridico, ogni ordinamento giuridico è un'istituzione.

Ora, il diritto, per la teoria ora in esame, va concepito come riflesso nell'istituzione complessivamente intesa, e non semplicemente nelle norme, le quali rappresentano invece un derivato della istituzione stessa.

Per chiarire tale punto, l'Autore pone l'attenzione al momento in cui una certa istituzione sorge: tale momento iniziale non può logicamente essere governato da una norma preesistente. Sarebbe quindi logicamente impossibile, almeno in questo caso, descrivere il diritto come semplice complesso di norme.

Ciò vale, innanzitutto, per lo Stato, che si origina attraverso un fatto puro e semplice, e non secondo un procedimento regolato da norme giuridiche⁸⁸.

⁸⁷ S. ROMANO, *Op. ult. cit.*, 27.

⁸⁸ L'A. riprende tale punto osservando come «Ogni nuova formazione di Stato implicherebbe, necessariamente e come regola sformata di eccezioni, un puro procedimento di fatto, che, solo in seguito, consolidandosi, diverrebbe diritto. Sarebbe questo un principio vero non solo per la cosiddetta formazione originaria, che fa sorgere un'associazione statale dove prima esisteva un'associazione di natura diversa o anche nessuna associazione, ma anche per le formazioni derivate o secondarie, che dir si voglia, quelle cioè che procedono da mutazioni di altri Stati già esistenti. Ciò sarebbe una conseguenza necessaria della mancanza di un punto di riferimento da cui possa desumersi il diritto regolatore di tale processo», *L'instaurazione di fatto di un ordinamento*

Una volta che lo Stato possa dirsi effettivamente formato, allora verranno poste le norme, le quali rappresentano solo una delle successive manifestazioni dell'organizzazione sociale⁸⁹.

Ma, si badi, prima che delle norme siano dettate, v'è l'organizzazione a descrivere l'ordinamento giuridico.

«Ora l'organizzazione, così concepita, non è certo una norma o un complesso di norme: sia perché, come si è visto, può essere a questa anteriore, sia perché, quando è posteriore e vi si ricollega, è evidentemente un fenomeno che si sarà verificato per effetto della loro esecuzione, e quindi non è norma»⁹⁰.

Le norme che compongono un dato diritto positivo rappresentano uno dei molteplici elementi dell'ordinamento nel suo complesso, tra i quali ad esempio tutti quei precetti, che Romano dice "istituzionali", relativi alla vita concreta dell'istituzione e quindi dotati anch'essi di dignità giuridica.

Avverte l'Autore che proprio nel diritto costituzionale, ancor più che negli altri rami dell'ordinamento, trova ampio spazio questa idea di diritto come "istituzione" piuttosto che come "norma".

Tale consapevolezza indurrà il giurista, ne *Lo Stato moderno e la sua crisi*, a concentrare la propria attenzione su tutta una serie di istituti che sorgono indipendentemente, ed a volte anche in contrasto, con il diritto positivo, e che poi ricevono gradualmente da questo la loro sanzione.

Nell'opera si indicano con l'espressione di «instaurazione di un ordinamento costituzionale» tutte le formazioni e mutamenti che ineriscono allo Stato o al Governo.

costituzionale, in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, 1969, cit. 55-56.

⁸⁹ *supra*, nota 60.

⁹⁰ S. ROMANO, *op.cit.*, 52.

Secondo l'analisi di Romano, tali mutamenti possono aver luogo nel rispetto di alcune norme o principi generali, ma possono anche svilupparsi all'infuori di queste, secondo un procedimento che non è né giuridico né antiggiuridico. Si tratterà, in questo caso, di una «instaurazione di fatto» dell'ordinamento costituzionale.

Tale punto può comprendersi con ancor più chiarezza ove si consideri che, nell'impostazione romaniana, un determinato comportamento può essere considerato come giuridicamente legittimo anche senza una norma che lo disciplini, quando il riconoscimento di tale comportamento appaia conforme alle necessità dell'ordinamento.

L'idea di *necessità* appare qui come fonte del diritto a tutti gli effetti.

«La trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali. Il segno [...] che questa corrispondenza effettivamente esista, che non sia un'illusione o qualche cosa di artificialmente provocato, si rinviene nella suscettibilità del nuovo regime ad acquistare la stabilità, a perpetuarsi per un tempo indefinito»⁹¹.

9.1. I tre significati di “costituzione” per S. Romano.

Sintetizzata a grandi linee la teoria dell'ordinamento giuridico secondo Romano, è opportuno adesso precisare il significato che l'Autore, in coerenza con quanto prima esposto, attribuisce ad una costituzione.

Romano distingue tre significati di costituzione:

- un primo significato “materiale” sta ad indicare l'apparato, la struttura, l'assetto reale dell'ente organizzato;
- il secondo significato di costituzione coincide con la “costituzione formale”, la quale, per quanto ciò sia possibile, rispecchia la costituzione materiale;

⁹¹ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale* cit., 97.

- in un terzo senso si utilizza il termine “costituzione” per riferirsi a quel complesso di attività strumentali dirette a fondare uno Stato ed imprimere ad esso una qualche forma di organizzazione, optando per un determinato regime politico ed instaurando un governo.

«Vero è che anche la costituzione spesso è dichiarata e risulta da norme, ma, ravvisata in sé e per sé, non si esaurisce in queste: essa è invece la complessa e reale organizzazione in cui lo Stato effettivamente si concreta (...), le norme che ne conseguono o l’accompagnano non sono che i suoi segni esteriori, la sua documentazione, una forma della sua affermazione, ma essa sarà data effettivamente dalle sue istituzioni in cui prenderà corpo. In altri termini, *la costituzione è un edificio e questo non è la pianta che potrà disegnarne l’architetto, per guida di chi dovrà continuare a costruirlo o di chi in esso dovrà muoversi*”⁹².

Quest’ultima citazione disvela la ragione per cui, nella presente trattazione, volgiamo lo sguardo anche alla dottrina di Santi Romano: l’intuizione secondo la quale la costituzione di un ordinamento, in sé e per sé, non si esaurisca nelle norme positivizzate in essa, ma venga data anche dall’operato in concreto delle istituzioni chiamate ad applicarla.

Il principio organizzativo sul quale si sviluppano le istituzioni dello Stato, e le varie regole che di esso sono esplicazione hanno, nel pensiero qui studiato, natura materialmente costituzionale.

10. Il concetto di “*costituzione materiale*” secondo C. Mortati.

⁹² S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1947, cit., 57 (corsivo nostro).

Nel 1862, F. Lassalle provocatoriamente osservava come la costituzione, isolatamente considerata, non fosse nient'altro che «un pezzo di carta»⁹³.

Concentrando l'attenzione sulla costituzione effettivamente dettata dai rapporti di forza esistenti nel paese, quale unica *reale* costituzione, il politico e studioso tedesco ci offriva una prima formulazione della costituzione materiale come *fonte* attorno alla quale far gravitare l'intera organizzazione giuridica.

La costituzione in senso giuridico, infatti, avrebbe potuto mantenere la propria forza normativa solo se fosse stata capace di rispecchiare questa costituzione reale, e avrebbe acquisito un senso compiuto solo se letta in concomitanza con la seconda.

Qui nacque l'idea di “costituzione materiale”⁹⁴ che Costantino Mortati eredita e che acquisì nuova fortuna in Italia con la pubblicazione, nel 1941, del volume ad essa intitolato.

Ne “*La costituzione in senso materiale*”, Mortati contrappone alla costituzione formale allora vigente, lo Statuto Albertino del 1848, una costituzione materiale sostanzialmente data dalle forze politiche prevalenti e dagli orientamenti del corpo sociale, secondo una teoria per più versi innovativa.

⁹³ L'espressione risale alla conferenza tenuta dall'A. nel 1862, dal titolo *Über Verfassungswesen*. Le riflessioni sviluppate in tal sede da Lassalle sono state tradotte in lingua italiana in *Sulla natura delle costituzioni*, Milano, Casa editrice Ambrosiana, 1945.

⁹⁴ Si legga RICCOBONO F., il quale rintraccia l'atto di nascita convenzionale della “costituzione in senso materiale” in un passo di Jellinek in cui questi, distinto un concetto materiale ed uno formale di legge costituzionale, precisa che «Sono leggi costituzionali materiali quelle che regolano l'organizzazione fondamentale dello Stato e la delimitazione delle competenze degli organi statali diretti. In questo senso ogni Stato ha leggi costituzionali o meglio norme costituzionali, potendo esse essere comprese interamente o in parte in un documento costituzionale o non esservi comprese affatto». Il passo citato è tratto da *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, 1887, p. 262; il richiamo ad esso effettuato è svolto da Riccobono in *Appunti per una storia di «costituzione in senso materiale»*, in *La costituzione in senso materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Giuffrè, Milano 2001.

Il punto di partenza della ricerca mortatiana consiste nel guardare alla “organizzazione sociale” come imprescindibile oggetto di studio per comprendere i processi costituzionali reali.

Per un verso, Mortati esclude che il sistema del diritto possa dirsi esaurito guardando al complesso delle sole norme vigenti; per l’altro, non identifica la forza generatrice della costituzione in astrazioni quali la società, la nazione, l’istituzione, in ciò discostandosi anche da S. Romano⁹⁵.

Compiendo un passo nel nome del realismo, l’impostazione mortatiana pone al centro le forze dominanti, individuate in base a quei rapporti di sovra- e sotto-ordinazione che si stabiliscono fattualmente nella società.

Sono questi rapporti a conferire, a loro volta, un ordine alla società, orientato verso certi fini di cui sono portatrici le forze politiche risultate prevalenti.

La forza politica dominante è identificata dall’Autore nel *partito*, come strumento di coinvolgimento nella vita politica e di aggregazione dei «grandi numeri»⁹⁶.

⁹⁵ A p. 46 e ss. de *La costituzione in senso materiale*, Mortati riconosce a Romano il merito di aver posto in rilievo la necessità di considerare al di sotto delle norme un’entità non meramente sociale, bensì di natura giuridica, che costituirebbe l’essenza primaria del fenomeno giuridico. L’errore di Romano sta, tuttavia, per Mortati nella risposta che il primo dà al quesito su quale tipo di struttura debba sussistere per ritenere configurato un ordinamento. Tale interrogativo, infatti, si risolve solo ove si sia a priori determinato il significato da attribuire alla categoria del giuridico, categoria che invece Romano sembra dedurre a posteriori dal concetto di istituzione.

Può però riconoscersi un’analogia tra i due autori nella misura in cui entrambi si scagliarono contro il formalismo normativistico, in quegli anni rappresentato da Hans Kelsen e dalla sua dottrina “pura” del diritto.

Per le obiezioni sollevate da Mortati alle tesi di Kelsen, si legga *La costituzione in senso materiale*, (1941), ristampa inalterata con una premessa di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 1998, in particolare da p. 20 in poi. Tra le altre, Mortati rimprovera a Kelsen una contraddizione tra l’esigenza di escludere dal concetto di diritto ogni riferimento con la realtà dei rapporti sociali, da questi teorizzata, e l’implicita deduzione della Grundnorm presupposta proprio da questa realtà.

⁹⁶ La tesi in esame è stata da alcuni criticata essendosi ritenuto che fosse indirizzata alla costruzione teorica dei due pilastri costituzionali dello Stato fascista, il governo ed il partito. Che in tali due entità debba rintracciarsi il fulcro della tesi mortatiana non può negarsi; tuttavia questa ultima non

«I partiti sono costretti ad assumere un'organizzazione che (...) ponga come elemento predominante un'idea politica generale, capace non solo di tenere unito il gruppo che l'assume e di *differenziarlo* dagli altri, ma soprattutto di costituire il centro di attrazione per l'acquisto di nuovi aderenti e per la conquista del potere dello Stato»⁹⁷.

L'*idea politica generale* di cui si discorre non è altro che il fine politico supremo, il fulcro della costituzione in senso materiale.

Ciò non toglie che la tesi possa riproporsi anche in contesti diversi, riadattata alle forme sempre in evoluzione del dominio politico, pure quando la centralità della figura del partito entri in crisi⁹⁸.

Il fattore costituzionale imprescindibile sta, infatti, nella *differenziazione* tra una forza "vincente" ed un'altra parte "perdente".

È la differenziazione a permettere che si realizzi una qualche forma di ordine ed organizzazione.

«Se la comunità come tale, anche se omogenea, per determinati aspetti, nella sua composizione, non può offrire quello stabile assetto complessivo capace di formare il contenuto della costituzione

assurse mai a teoria costituzionale del fascismo. Si è in tal senso osservato come l'influenza maggiore che essa ha esercitato non si registri nell'epoca in cui fu elaborata, ma durante l'opera di fondazione dello Stato repubblicano. Insomma: "*quella che sta nelle pagine de 'La costituzione in senso materiale' non è una concezione fascista dello Stato, ma una concezione dello Stato applicabile a quello fascista*", così G. ZAGREBELSKY nella *Premessa* alla ristampa del 1998 dell'opera di Mortati.

Sulle critiche sollevate alla dottrina mortatiana adesso in esame ci si soffermerà ancora in seguito.

⁹⁷ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1941), ristampa inalterata con una premessa di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 1998, cit., 71.

⁹⁸ Così, superata l'esperienza fascista, nel saggio su *La costituente* del 1945, al partito unico si sostituiscono "i partiti" autori dell'accordo costituente; e nella voce dedicata a *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, del 1962, l'Autore non discorre più delle forze politiche dominanti, bensì della nozione più ampia di "classe governante". Infine, in *Istituzioni di diritto pubblico* (p. 26) si parla genericamente di «un insieme di forze, di rapporti, di situazioni», con espressione che, come osserva ZAGREBELSKY in *Premessa* all'opera di Mortati (XXX), se concede al pluralismo lo spazio che questo reclama, non rinuncia comunque a identificare i rapporti politico-sociali in termini di tensione tra governanti e governati.

materiale (...), non sembra rimanga altra via se non fare riferimento, a tale uopo, alla comunità sociale stessa, ma considerandola non più indifferenziata, bensì ordinata secondo un minimo di elementi organizzativi necessari per poterla pensare capace di attività»⁹⁹.

Le forze politiche dominanti si riuniscono attorno ad un fine supremo, tramite il quale si determina una sorta di assestamento ed ordine materiale della società.

Espressione di tale ordine è appunto la costituzione in senso materiale, quella che l'Autore denomina *costituzione originaria*.

Tale costituzione, così come concepita da Mortati, ruota attorno a due elementi fondamentali: il c.d. *fine supremo* perseguito dalle forze politiche prevalenti, ed il partito, espressione di tali forze.

Posto ciò, la scienza costituzionale dovrà occuparsi di armonizzare i due "sensi" della costituzione, formale e materiale, affinché si rafforzino a vicenda nei loro svolgimenti.

I due sensi non hanno però la medesima forza: la costituzione formale è *strumento* della costituzione materiale, ha portata secondaria ed è quindi cedevole innanzi al fine costituzionale materiale.

«Questa costituzione originaria è da ritenere non presupposto o sostrato di quella giuridica, ma essa stessa tale, anzi giuridica per eccellenza, in quanto è quella dalla quale è da trarre il criterio per potere imprimere il carattere della giuridicità a tutto il sistema degli atti successivi, attraverso i quali si svolge»¹⁰⁰.

⁹⁹ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., 61.

¹⁰⁰ C. MORTATI, *Op.cit.*, 74.

Quale ruolo assume nell'impostazione mortatiana la costituzione materiale, una volta che venga emanata una costituzione formale?

L'Autore è consapevole del carattere inevitabilmente incompiuto ed elastico di ogni costituzione formale.

Pur capace di formulare principi generici e direttive di massima, la costituzione formale dovrà essere in seconda battuta concretizzata ed adattata alle esigenze dello Stato, sempre imprevedibili nella loro mutevolezza.

Bisogna quindi verificare che questa costante attività di riempimento di significato della costituzione formale avvenga in conformità a quel fine politico supremo postulato dalla costituzione materiale.

«Deve ritenersi che la costituzione originaria permanga, come una costituzione che si potrebbe chiamare *alla seconda potenza*, accanto a quella formale, dalla prima derivata, mai interamente assorbita in questa, ma tuttavia della stessa sua natura; con la medesima più o meno intimamente connessa ed armonizzata, e anzi tendente a *compenetrarsi* con essa secondo un processo [...] che può chiamarsi di 'razionalizzazione del potere'». ¹⁰¹

La costituzione originaria è quindi fonte suprema ed al contempo autonoma, nel senso di non dover essere necessariamente ricondotta a fonti positivizzate ¹⁰².

L'attività delle forze politiche, parti integranti dello Stato ed organi attivi della costituzione materiale, può essere più o meno disciplinata

¹⁰¹ C. MORTATI, *Op.cit.*, 120, corsivo nostro.

¹⁰² Tale forza la costituzione materiale trae dal suo «incarnarsi nel fatto». Il criterio dell'effettività gioca qui il ruolo «non solo e non tanto» di «*condicio sine qua non*, ma anche e specialmente di *condicio per quam* della validità dell'ordinamento e quindi, *in primis*, della costituzione», FOIS S., *Costituzione legale e costituzione materiale*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Giuffrè, Milano 2001, 27.

da fonti normative, ma non sarà mai costretta in ogni suo aspetto entro gli angusti limiti della disciplina positiva.

Infatti, ed è questo il punto chiave e anche maggiormente critico della tesi di Mortati, l'esigenza primaria di conseguimento del fine supremo di cui si è detto potrà sempre giustificare l'assunzione di mezzi ulteriori e diversi da quelli previsti dalla costituzione formale, quando quest'ultima non sembri fornire strumenti sufficientemente idonei.

L'attività delle forze politiche prevalenti troverà in sé stessa la propria validità, e sarà quindi capace di produrre effetti giuridici anche al di fuori, ed in contrarietà alla disciplina positiva.

In conclusione, nella dottrina elaborata dal Mortati individuiamo una costituzione c.d. *originaria* che precede logicamente e che sta al di sopra della costituzione formale.

Tra le due costituzioni, entrambe giuridiche, si innesca un meccanismo di compenetrazione, per cui l'una si trasferisce gradualmente nell'altra, secondo un processo ininterrotto di viva comunicazione che solo eccezionalmente le vede in contrasto¹⁰³.

Una volta letta nel senso della compenetrazione la tesi adesso oggetto di studio, riconoscere l'esistenza di una costituzione materiale non vorrebbe dire minare pericolosamente le fondamenta della costituzione formale, bensì rafforzarle.

10.1 Critiche, difese, esaltazioni della teoria di Mortati.

L'utilità pratica del ricorso al concetto di "costituzione materiale" è ben sintetizzata in un contributo di Barbera che è qui opportuno riportare quasi integralmente (seppur non letteralmente).

La costituzione materiale aiuta:

¹⁰³ Cfr. ZAGREBELSKY, *Premessa* citata, XXXV e ss.

- a comprendere le origini e il fondamento dell'ordinamento costituzionale e a qualificarne la forma di stato;
- ad individuare, in un determinato contesto storico-sociale, quale sia la costituzione effettivamente vigente;
- a orientare l'interpretazione e/o l'integrazione dei testi costituzionali, specie nelle parti in cui questi si presentano *elastici*;
- a consentire il completamento delle lacune quando ciò non sia possibile mediante gli strumenti della logica formale;
- a mettere in luce il corpo di consuetudini vigenti nell'ordinamento;
- ad individuare il nucleo di principi insuscettibili di revisione costituzionale;
- a corroborare i principi e/o valori che, pur non essendo formalmente enunciati/riconosciuti nei testi costituzionali, possono essere utili a selezionare le premesse dell'attività interpretativa¹⁰⁴.

Esaltata l'importanza del concetto di "costituzione materiale", è tuttavia lo stesso Barbera ad ammettere che l'utilizzo di tale terminologia potrebbe indurre, come è in effetti accaduto, ad un equivoco semantico per via del quale la dottrina mortatiana si ridurrebbe in sostanza alla teorizzazione di una contrapposizione

¹⁰⁴ Si riporta, quasi testualmente, BARBERA A., *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, Introduzione al volume *"Una e indivisibile"*, Milano 2007, anche in www.forumcostituzionale.it, cit. p. 2. Dello stesso autore, si rinvia a *Costituzione materiale e diritto vivente*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Giuffrè, Milano 2001, p. 43 ss., nel quale Barbera individua tre obiettivi perseguibili con il ricorso al concetto adesso in esame: 1) verificare se una Costituzione sia effettivamente in vigore oppure no (dovendo darsi risposta negativa al quesito quando la sfasatura tra costituzione formale e costituzione materiale acquisti una certa rilevanza); 2) fissare i limiti al potere di revisione costituzionale, non essendo questo un potere costituente e non essendo, quindi, abilitato ad erodere le basi stesse della propria legittimazione, rinvenibili nella costituzione materiale; 3) giungere a risultati ermeneutici più soddisfacenti potendo far riferimento al progetto che sottende le disposizioni costituzionali. Cfr. *Op. cit.*, 49-50.

Sul piano interpretativo, in particolare «Il richiamo alla costituzione materiale orienta perciò la risposta dell'interprete, la sua scelta tra le diverse soluzioni ermeneutiche, suggerendo di privilegiare "quella alternativa di significato normativo che garantisca la possibilità di un più elevato rispetto dei valori che si esprimono nella costituzione materiale», BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, 609.

incolmabile tra dimensione descrittiva della realtà di un ordinamento (costituzione “materiale”) e dimensione prescrittiva delle disposizioni costituzionali (costituzione “formale”), contrapposizione nella quale la prima delle due sarebbe sempre e comunque destinata a prevalere¹⁰⁵.

Da ciò le numerose critiche secondo le quali l’affermazione della teoria della “costituzione materiale” dissimulerebbe una *glorificazione dell’effettività*¹⁰⁶, a grave scapito delle disposizioni costituzionali e della loro normatività¹⁰⁷.

In particolare, nella sua celebre e qui già citata voce «Costituzione», Crisafulli, pur consapevole che la positività della costituzione e dello Stato si regga anche su rapporti di forza, su fattori storici e via dicendo, ritiene comunque erroneo teorizzare l’esistenza di «una costituzione sociologica o socio-politica» in contrapposizione a quella giuridica, ed ancor più erroneo attribuire alla prima «una diretta normatività giuridica»¹⁰⁸.

Tra i critici, Bin disconosce l’apporto contributivo sul piano interpretativo del concetto in parola, perché non idoneo, questo, a porre

¹⁰⁵ Su tale equivoco semantico, BARBERA, *op. e loc. ult. cit.*, dove si precisa come a, ben guardare, l’impostazione di Mortati intenda distinguere fra Costituzione e “ordinamento costituzionale materiale”, ricomprendendo in ques’ultimo le norme identificatrici dell’ordinamento, legate ad un “progetto ordinante”, non tutte riconducibili al documento costituzionale formale. Sarebbe, in sostanza, la medesima distinzione che Schmitt traccia tra *Verfassung* (“costituzione”) e *Verfassungsgesetz* (“legge costituzionale”): la prima riferita all’assetto costituzionale in concreto e la seconda alla costituzione quale atto-fonte.

¹⁰⁶ L’espressione è di G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema tecnico-giuridico*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano 1999, 1619, nel quale l’A. risponde alle critiche di cui si è detto prendendo le difese della tesi di Mortati e precisandone utilmente alcuni aspetti.

¹⁰⁷ Per una “critica ai critici” di Mortati, ZAGREBELSKY G., Premessa a *La costituzione in senso materiale*, VIII e ss., XXXII.

¹⁰⁸ CRISAFULLI V., voce «Costituzione», in *Enciclopedia del ‘900*, 1030-1039, qui in particolare 1037.

il risultato ermeneutico al riparo da pericolosi “soggettivismi”, ed anzi tale da condurre ad esiti inauspicabili, tra cui una sorta di il “giustificazionismo pratico” in virtù del quale ogni condotta dei protagonisti politici riceverebbe legittimazione seppur si discosti dalla regola formalmente posta.

Con ciò, per Bin, un’intollerabile confusione tra *regole* e *regolarità*, tra oggetto e parametro del giudizio di costituzionalità¹⁰⁹.

L’A., pur riconoscendo che per interpretare la Costituzione non si possa prescindere da un costante e puntuale riferimento al modo con cui essa è resa effettiva nella prassi, ritiene che «l’impiego odierno della costituzione materiale nell’interpretazione del testo costituzionale prelude ad un transito indebito dal piano descrittivo a quello prescrittivo»¹¹⁰.

Il che dovrebbe preoccupare almeno sotto due profili: il fatto che dietro l’aggancio *oggettivo* al fattuale si dissimuli un illimitato soggettivismo interpretativo; ed il fatto che si produca una «sclerosi delle norme costituzionali» raccogliendo su queste ultime le «incrostazioni prodotte dai fatti».

¹⁰⁹ Così si esprime BIN R., *Che cos’è la Costituzione?*, p. 21 e ss. L’espressione “giustificazionismo pratico” utilizzata dall’A. è presa in prestito da Zagrebelsky (vedi nota 107), al quale si rinvia per una più autorevole ed efficace difesa dell’impostazione di Mortati.

¹¹⁰ BIN, *Op. e loc. ult. cit.*; ma in senso analogo, ID., *Capire la Costituzione* già citata, p. 29 e ss. Ulteriori critiche giungono da BARILE, *La costituzione come norma giuridica* citata, per il quale un punto debole della tesi mortatiana consisterebbe nell’aver identificato il fine politico con lo scopo del partito politico dominante. Per l’A., infatti, «mai, il fine perseguito da tale partito può coincidere con il fine politico della costituzione, perché mai accade che il fine possa essere attuato integralmente, senza interferenze da parte di altre forze politiche, o per lo meno senza che il partito dominante ritenga di dover moderare, tatticamente o strategicamente, le sue pretese, appunto per evitare le interferenze che sarebbero provocate dalle contropunte in quella parte della pubblica opinione che segue un altro fine», cit. 39. Se quanto osservato dal Barile può ritenersi condivisibile, d’altro canto, la critica dal medesimo sollevata alla tesi di Mortati potrebbe forse ritenersi superata dalle opere di quest’ultimo successive a *La costituzione in senso materiale*, nelle quali il pensiero dell’Autore in punto di individuazione della «forza politica dominante» si evolve visibilmente. Si rimanda sul punto alla nota 95.

Rispetto a tali critiche, tuttavia, vanno svolte alcune precisazioni sulla teoria della costituzione materiale e sulle sue implicazioni.

Innanzitutto, le tesi di Mortati non conducono univocamente a quella sorta di “giustificazionismo pratico” di cui si è detto.

Non è che con la costituzione materiale si voglia sancire definitivamente la superiorità del fatto sulla norma. Al contrario: il riconoscimento di tale costituzione implica il rifiuto di accettare qualunque esito delle procedure formali di produzione normativa.

E ciò perché, in quest’ottica, anche l’attività di produzione normativa formalmente intesa dovrà mantenersi rispettosa di quel nucleo essenziale di valori e principi di cui la costituzione materiale è espressione.

Anzi, riferendo tale nucleo essenziale alla costituzione materiale, non si fa altro che rafforzarne la protezione, trascendendo il livello della giuridicità formale per attingere ad un livello idealmente superiore¹¹¹.

Ed ancora, non è che la costituzione materiale lasci campo libero ai soggettivismi, politico ed interpretativo, più spregiudicati.

Anzi, individuare il fine politico supremo, cristallizzandolo nella costituzione materiale, vuol dire al contempo vincolare l’operato degli organi dello Stato: in senso negativo, rappresentando tale fine un limite da non sorpassare; ed in senso positivo, dovendo tali organi agire per la promozione ed il conseguimento del risultato corrispondente al fine stesso.

È allora la stessa costituzione materiale a far da vincolo ultimo per l’operato delle forze governanti¹¹².

¹¹¹ Cfr. SILVESTRI, *Il problema costituente come problema tecnico-giuridico* citato, 1632, il quale, a p. 1619, riferisce ad esempio alla costituzione materiale le pronunce storiche della Corte costituzionale sull’intangibilità dei principi supremi o fondamentali anche da parte di fonti formalmente abilitate a derogare o modificare la Costituzione.

¹¹² Mortati non teorizza, infatti, l’esistenza di un «potere costituente permanente», ZAGREBELSKY, *Premessa* citata, XXXIII.

Non è quindi vero che, a seguire la tesi mortatiana, si finisce per considerare lecito tutto quanto si sia fatto nel perseguimento del fine politico supremo, sol perché si invochi la costituzione materiale.

In conclusione, la teoria della costituzione materiale elaborata da Mortati postula l'esistenza di «una volontà politica che sempre sottende, nella sua attualità e consapevolezza, il permanente processo di determinazione dell'assetto fondamentale della comunità»¹¹³.

La ragione per la quale, ai fini del presente studio, ci siamo tanto soffermati sulla teoria della costituzione materiale è racchiusa tutta nell'indicazione di metodo che Zagrebelsky ci esorta a trarre dall'opera di Mortati sin qui esaminata¹¹⁴: la scienza costituzionale deve assumere ad oggetto di studio anche gli svolgimenti concreti, i contenuti della legislazione, le formazioni partitiche, i risultati interpretativi, le prassi ecc., tutti elementi eterogenei riconducibili ad un disegno unitario sul solco tracciato da Mortati.

Sul punto, «*Il potere originario, che ha svolto la funzione costituente, si è oggettivizzato nella costituzione materiale (...)*. Per questo motivo va respinta una soggettivizzazione politica estrema della stessa costituzione materiale, che sopravvive all'estinzione delle forze politiche che l'hanno determinata», SILVESTRI, *Il potere costituente* citato, 1620 (corsivo del testo).

AZZARITI G. osserva come i soggetti politici non rimangano immuni dai vincoli che essi stessi si sono dati nel momento in cui si sono uniti attorno ai fini supremi oggettivizzati in costituzione, ed è per tale via che «si riafferma la supremazia della costituzione sulle categorie del "politico"», *La costituzione materiale e le forze politiche «dominanti»*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Giuffrè, Milano 2001, 294-295.

¹¹³ Prosegue NIGRO M., *Costituzione ed effettività costituzionale* citata, 1710 ss. «una proposta che la dottrina italiana ha sostanzialmente lasciato cadere perdendosi nella sterile e male orientata disputa se si trattasse di costituzione giuridica o di costituzione politica».

¹¹⁴ Ci riferiamo alle preziose considerazioni con le quali Zagrebelsky conclude la Premessa a *La costituzione in senso materiale*, in particolare da p. XXXVI

11. Schmitt e la sua «Dottrina della costituzione». La “costituzione materiale” secondo Schmitt e il giudizio di Mortati sulla sua teoria.

Le elaborazioni di Mortati per alcuni versi si avvicinano, per altri si discostano, dalle tesi esposte da Carl Schmitt in «*Dottrina della costituzione*» (1928)¹¹⁵, in ordine alle quali sembra doveroso svolgere in questa sede alcuni brevi cenni.

Le indagini di Schmitt partono dalla constatazione per la quale ogni unità politica esistente trae il suo valore (diremmo la sua legittimazione) non dall'apparato normativo ma dal fatto in sé della sua propria esistenza.

«Ciò che esiste come entità politica è – giuridicamente considerato - meritevole di esistere»¹¹⁶.

L'impostazione di Schmitt distingue nettamente tra *Verfassung*, ossia costituzione, assetto costituzionale in concreto, e *Verfassungsgesetz*, ossia legge costituzionale intesa esclusivamente come fonte-atto, dall'Autore indicata come “costituzione in senso relativo”¹¹⁷ e che consisterebbe sostanzialmente nella costituzione formale.

Partendo da tale distinzione, Schmitt osserva come la costituzione non abbia vigenza in forza della sua giustezza normativa o della sua compiutezza sistematica: piuttosto essa vige in forza della volontà politica di chi la pone¹¹⁸.

¹¹⁵ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, trad. it. *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, edita da Giuffrè 1984.

¹¹⁶ *Ibid.*, 22 ss.

¹¹⁷ *Ibid.*, 26

¹¹⁸ *Ibid.*, 39

Secondo la lettura in chiave positivista data dall'A., «prima di ogni normazione c'è una *decisione politica fondamentale* del titolare del potere costituente» che sia il popolo o il monarca¹¹⁹.

Il fondamento primo della costituzione positiva risiede per Schmitt nella decisione politica fondamentale di cui si è detto¹²⁰. È nel contenuto di tale decisione che si racchiude la dimensione positiva della costituzione¹²¹.

Schmitt definisce il potere costituente come «la volontà politica il cui potere o autorità è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l'esistenza dell'unità politica». È da tale decisione che poi si fa discendere ogni ulteriore disciplina costituzionale¹²², ossia ogni altra legge costituzionale, la cui validità presuppone e si fonda su una costituzione.

Il potere costituente che ha adottato la decisione politica fondamentale, peraltro, non si esaurisce secondo Schmitt una volta esercitato, ma risiede in via permanente al di sopra della costituzione. All'esercizio di tale potere si riconduce ogni caso non previsto dalla costituzione, quale

¹¹⁹ *Ibid.*, 41 (corsivo nostro). È per tale ragione che “dazione della costituzione” (*Verfassung*) e “modificazione” della stessa (*Verfassungsegesetz*) non possono che essere qualitativamente diverse in quanto solo dietro alla prima v'è una decisione politica fondamentale. Per il medesimo ordine di ragioni, un'assemblea costituente è sempre qualitativamente diversa da un corpo legislativo normale. Cfr. *Op. cit.*, 45.

¹²⁰ «Una costituzione non si basa su una norma, la cui giustezza sarebbe il motivo della sua validità. Essa si basa su una decisione politica, derivante dal suo essere politico, sulla specie e la forma del suo proprio essere» *Op. cit.*, 110.

¹²¹ Guardando alla Costituzione di Weimar, l'A. svolge alcuni esempi di manifestazione della decisione politica fondamentale quali, fra gli altri, il principio di democrazia, la struttura federale dello Stato, la forma rappresentativa del potere e via dicendo.

¹²² *Ibid.*, 109

corollario del suo essere «il fondamento comprensivo di tutti gli altri poteri e divisioni di poteri»¹²³.

Orbene, nella decisione politica fondamentale promanante dal titolare del potere costituente potremmo individuare la “costituzione in senso materiale” secondo Schmitt, per tale intendendo il fondamento primo dal quale anche la costituzione in senso formale discende.

Gli sforzi di Schmitt e Mortati sono allora entrambi rivolti verso la definizione di una costituzione primigenia nella quale rintracciare il principio ordinativo e fondamentale di organizzazione dello Stato.

Se è, invero, lo stesso Mortati a riconoscere al primo tale merito, al contempo questi rimprovera al concetto schmittiano di “decisione politica fondamentale” una eccessiva indeterminatezza.

Circa l'autore della decisione fondamentale in parola, Mortati ritiene in ultima analisi che Schmitt individui questo in determinate forze, variabili nel tempo, mancando però di indagare circa la loro composizione e funzione.

Parimenti vago e impreciso si manterrebbe Schmitt (ad avviso di Mortati) in punto di specificazione del contenuto tipico della costituzione e dei suoi elementi distintivi rispetto alle leggi costituzionali e non¹²⁴.

12. Successivi contributi sul concetto di “costituzione materiale” e sui “confini” del diritto costituzionale. Le divergenti posizioni della dottrina in ordine ad una possibilità di convivenza tra costituzione materiale e costituzione formale.

¹²³ *Ibid.*, 111

¹²⁴ Per tali critiche, si legga *La costituzione materiale* citata, p. 42 ss.

Il concetto di costituzione materiale nella lettura di Mortati può apprezzarsi come valido in ogni sua implicazione per il tempo in cui fu elaborato.

Come già detto, l'Autore aveva di fronte a sé lo Statuto Albertino, testo costituzionale breve e flessibile.

La premessa di fondo consistente nella instaurazione di rapporti di forza tra le componenti politiche trovava pieno riscontro nella coeva esperienza dell'ascesa al potere del partito unico fascista.

Il modo di operare di tale partito aveva comportato l'affermarsi di fatto di una costituzione materiale nettamente individuabile, in contrasto con le disposizioni statutarie non più al passo con i tempi.

La visione mortatiana poteva con ciò dirsi rispecchiare *in toto* la realtà costituzionale del tempo.

Tuttavia, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel 1948, la situazione muta radicalmente, ed anche la tesi di Mortati va rivalutata.

Di fronte ad una costituzione formale, adesso lunga, rigida e garantita, sembra *prima facie* impossibile continuare a sostenere l'esistenza di una costituzione originaria "alla seconda potenza", destinata addirittura a prevalere, in caso di tensione, sui precetti della costituzione scritta.

La "rigidità" del nuovo testo costituzionale intende infatti operare con decisione su due fronti: per un verso, vincola la futura attività legislativa al rispetto della Costituzione, e per l'altro individua l'assetto costituzionale dei poteri pubblici, delineando forma di stato e forma di governo.

L'interrogativo deve quindi nuovamente porsi: le disposizioni contenute nella nostra Carta costituzionale esauriscono la disciplina dei rapporti tra gli organi costituzionali? Racchiudono esse per l'intero l'ambito del "diritto costituzionale"?

O, al contrario, è ancora oggi lecito e doveroso, per pervenire a una ricostruzione completa di tale branca del diritto, andare alla ricerca di ulteriori componenti di peculiare natura e ricavabili *aliunde*?

In altre parole: può sostenersi l'esistenza di una costituzione materiale?

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, diversi costituzionalisti meritavano una posizione di spicco per l'impegno profuso nell'interpretare le nuove norme e nel sistematizzare un diritto pubblico, per così dire, "restaurato".

Analizzeremo adesso le opinioni dottrinarie tra loro contrastanti circa l'opportunità di considerare ancor oggi un senso "materiale" della costituzione, quale veicolo per consentire l'accesso nel tessuto costituzionale di elementi *aliunde* rinvenuti.

I contributi che di seguito verranno esaminati non si sviluppano tutti in termini di netta adesione/rigetto della tesi di Mortati.

Vogliamo adesso soltanto porre in evidenza come, anche distinguendosi l'uno dall'altro i contributi dottrinali relativi ad una precisa *actio finium regundorum* del diritto costituzionale, concordino sostanzialmente tutti nell'affermare che in esso sia sempre presente e viva una dialettica tra norma e fatto, tra prescrittività e descrittività, e, per corollario, che tale ramo del diritto si declini nella duplice forma scritta (via formale) e non scritta (via informale).

12.1. Crisafulli e l'unicità della costituzione giuridica.

In *Enciclopedia del '900*, V. Crisafulli dedica un'accurata disamina ai molteplici significati della parola "costituzione", distinguendo tra un senso politico-ideologico del termine, un senso formale ed uno materiale.

Osserva il giurista come il nuovo secolo abbia portato con sé una maggiore attenzione per la “realtà” del diritto, come lo studio si sia gradualmente spostato dalle norme positive al concreto assetto sociale. «In genere, e beninteso in grado diverso, si tende a superare e, in qualche caso, ad abbandonare il piano dei dati normativi, per andare alla ricerca di principi, ideologie, forze politiche ed economiche, e cioè di ‘fatti’, anteriori alle norme e dotati – come si assume – di un valore assolutamente determinante»¹²⁵.

Ritiene però Crisafulli che nel porre norme e “forze” politiche e sociali sullo stesso piano, come componenti della costituzione, sia insito il rischio di confondere la dimensione del diritto con quella della politica¹²⁶.

Deve certamente ammettersi che la “positività” del diritto riposi anche sull’equilibrio sociale, i convincimenti collettivi, i fattori storici e psicologici correnti¹²⁷, ma tale riconoscimento non può tradursi nella teorizzazione di una costituzione materiale, sociologica o politica che dir si voglia, contrapposta alla costituzione scritta “giuridica”.

La presunta “costituzione originaria”, inoltre, per via del suo carattere estremamente generico, si ridurrebbe ad essere un duttile strumento alla mercé dei più diversi fini politici, fino a compromettere il concetto stesso di diritto e determinare l’irreversibile crisi della costituzione, la quale verrebbe meno alla funzione ordinatrice e unificante che le è connaturata.

¹²⁵ V. CRISAFULLI, *Costituzione* (voce), in *Enciclopedia del '900*, 1036.

¹²⁶ Crisafulli rivolge la propria critica, oltre che alla dottrina mortatiana, alla teoria – per più versi analoga – di Schmitt. Si veda *supra* nota 108.

¹²⁷ Riconosce Crisafulli che già agli inizi del secolo JELLINEK, nell’opera *Allgemeine Staatslehre*, riconosceva la c.d. “forza normativa del fatto”.

In conclusione, secondo l'opinione di Crisafulli, non può che sostenersi che vi sia una sola costituzione, quella positivizzata e quindi giuridica.

12.2 Elia e le norme costituzionali «a fattispecie aperta».

In *Enciclopedia del diritto*, nel trattare delle “Forme di governo”¹²⁸, L. Elia assume una posizione divergente da quella appena esposta, ed in un certo senso favorevole al riconoscimento di convenzioni e regole sviluppatasi *extra ordinem* e tali da *animare* un diritto costituzionale vivente.

Il giurista e politico osserva ad esempio il complesso ambito relativo alla forma di governo, notando come in esso l'operato delle forze politiche, ed in specie dei partiti, vada incessantemente ad integrare e specificare l'apparato normativo vigente.

A classificare la forma di governo concorrerebbero quindi, insieme con i dati normativi, tutta una serie di altri dati, non rinvenibili direttamente tra le norme costituzionali, ma comunque giuridicamente rilevanti.

Tali dati non sono, per l'Autore, riconducibili ai principi costituzionali, non sono tradotti in norme scritte, né possono essere impiegati dalla Corte Costituzionale come criterio di giudizio o essere invocati innanzi ad un giudice¹²⁹.

Insomma, non apparirebbero in senso stretto al diritto posto *secundum ordinem*, tuttavia sarebbero suscettibili di considerazione da parte degli studiosi della materia costituzionale, dovendo ammettersi che talvolta il diritto trovi anche delle vie di sviluppo *extra ordinem*.

Le convenzioni così sviluppatasi, le quali trovano terreno fertile per Elia soprattutto nel contesto partitico, vanno naturalmente a qualificare

¹²⁸ L. ELIA, *Governo (Forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, 634-675.

¹²⁹ *Ibidem*, 639, nota 20.

una forma di governo, come la nostra, definita dalla Costituzione solo nei suoi aspetti essenziali e minimi.

Ne deriva che per una compiuta qualificazione della forma di governo non si possa prescindere dall'analisi, *accanto ai* dati normativi, di un insieme di altri dati insuscettibili di essere direttamente disciplinati con norme della Costituzione, ma cionondimeno giuridicamente rilevanti¹³⁰.

La Costituzione, con le sue disposizioni elastiche di cui sopra si è ampiamente detto, non può far di più che fornire una *cornice* di riferimento, un ambito più o meno limitato nel quale i soggetti politici e gli organi costituzionali possano operare in concreto, dando luogo a molteplici dinamiche e relazioni.

In tal senso, Elia descrive le norme costituzionali relative alla forma di governo come «norme a fattispecie aperta»¹³¹, suscettibili di essere integrate e qualificate dalle dinamiche proprie del sistema dei partiti e, in specie, da convenzioni, consuetudini e tradizioni costituzionali che in questo si consolidano¹³².

¹³⁰ *Ibidem*, 640. Esempi di scuola sono le regole di prassi che, sin dagli esordi dell'esperienza repubblicana, reggono la fase prodromica alla formazione del Governo: le *consultazioni* – non previste nel testo costituzionale – alle quali procede il Presidente della Repubblica incontrando i presidenti dei gruppi parlamentari ed i Presidenti delle due Camere; il *conferimento dell'incarico*, anch'esso non formalmente previsto, per le proposte di nomina dei ministri e per l'individuazione del programma di governo.

¹³¹ *Op. e loc. ult. cit.*

¹³² La forma di governo italiana, così come delineata nella Costituzione, è spesso qualificata come *forma di governo parlamentare a debole razionalizzazione*. Con tale espressione si intende indicare un assetto caratterizzato da limitati interventi del diritto costituzionale, perlopiù dedicati alla disciplina del rapporto di fiducia e della funzione di direzione politica del Governo. Come noto, v'era, in seno all'Assemblea Costituente un certo orientamento favorevole ad una disciplina costituzionale più decisa, nell'intento di rafforzare l'autorità ed i poteri del Governo. Tali proposte incontravano però la resistenza delle sinistre, che auspicavano un sistema parlamentare il più flessibile possibile. Il compromesso si realizzò con il noto *ordine del giorno Perassi*, del 5 settembre 1946. La strada scelta sarebbe stata quella di una forma di governo parlamentare, disciplinata “*con dispositivi costituzionali idonei a tutelare le esigenze di stabilità dell'azione di governo e ad evitare le degenerazioni del parlamentarismo*”. Peraltro, i lavori successivi confermarono un'interpretazione restrittiva degli obiettivi posti: si concentrarono sul rafforzamento

L'“integrazione” che Elia osserva consiste in «un procedimento con il quale le norme della Costituzione vengono non specificate e concretizzate da norme particolari in esse implicite, o comunque deducibili da principi costituzionali, ma vengono invece *affiancate* da norme che rispondono ad ipotesi ed esigenze diverse, ma non contrarie, da quelle poste ad oggetto della disciplina costituzionale»¹³³.

Non si tratta tanto, in altri termini, di un'attività consistente nel tirar fuori dalla Costituzione qualcosa che in essa è implicito, quanto piuttosto dell'intervento *ad integrandum* ad opera di elementi esogeni.

Di tutto ciò, come acutamente osserva ancora una volta Dogliani, l'effetto finale non è un indebolimento irreversibile, una *sterilizzazione* delle previsioni costituzionali.

La Costituzione, invero, perde il ruolo di vincolo in senso positivo, ma conserva anche qui la capacità di vietare il proprio contrario¹³⁴.

Il rapporto che l'insieme di consuetudini, convenzioni, prassi e via dicendo intrattengono con le disposizioni costituzionali deve solo sottostare al requisito della “non incompatibilità”.

Il pregio di questa *teoria dell'accanto*¹³⁵ risiede nella realizzazione di un duplice risultato: la Costituzione rimane il limite ultimo invalicabile; ma si dà asilo sul terreno costituzionale ad elementi esterni che rappresentano il portato del naturale sviluppo delle

della figura del Presidente della Repubblica, con poteri di garanzia ed intermediazione politica, ma produssero una disciplina piuttosto scarna ed essenziale circa il ruolo del Governo.

¹³³ Così DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione* citata, 81.

¹³⁴ *Op. e loc. ult. cit.*

¹³⁵ L'efficace espressione è ancora una volta presa in prestito da Dogliani, op. cit., 85, che la riferisce appunto all'impostazione suesposta di Elia, osservando inoltre come la posizione di quest'ultimo sia in qualche modo assimilabile alla concezione del diritto propria del liberalismo classico, propenso a individuare nel diritto più una guida che una limitazione.

istituzioni e dell'organizzazione sociale, rifuggendo dalla visione di una costituzione granitica che dica tutto e solo quello che serve sapere. In conclusione, è evidente come Elia individui nel diritto costituzionale una *materia* più ampia rispetto ai confini formalmente tracciati dalle disposizioni dettate in Costituzione.

12.3 La teoria dell'*accanto* e quella della Costituzione da interpretare *magis ut valeat*. Come conciliarle secondo Dogliani.

In *Interpretazioni della Costituzione*, Dogliani si fa carico di ricostruire la “parabola”¹³⁶ percorsa dalla concezione della Costituzione nella cultura giuridica italiana.

Il pregevole contributo dell'Autore si conclude con il confronto tra due concezioni di “costituzione”, tra loro apparentemente inconciliabili: quella che vede nella Costituzione un vincolo direttamente obbligante e da interpretare in ogni sua parte *magis ut valeat* (es. Crisafulli) da una parte; e quelle c.d. dell'*accanto*, o che rintracciano nelle disposizioni costituzionali la *duttilità* e la *pieghevolezza* di cui si è detto, tutte propense, al contrario, ad ammettere che il tessuto costituzionale, non del tutto autosufficiente in sé, si apra ad alcune integrazioni (tra gli altri, Elia).

Vogliamo adesso approfondire le osservazioni di Dogliani poiché riteniamo che gli esiti a cui questi perviene mettano in evidenza come i fenomeni integrativi delle disposizioni costituzionali siano appunto da guardare per quello che sono, ossia delle *integrazioni*, in quanto tali non di per sé e non sempre minacciose per la normatività delle stesse.

¹³⁶ DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione* citata, 29. Si rinvia al contributo appena citato anche per l'ampiezza dei riferimenti bibliografici in ordine alle diverse tesi elaborate dalla dottrina in punto di interpretazione della Costituzione.

Nel volume citato, l'Autore pare aver trovato un modo per far incontrare le due concezioni della Costituzione di cui si è detto, attraverso un percorso che, invero, ci pare convincente.

Secondo la soluzione ipotizzata da Dogliani, si potrebbero ammettere discipline diverse ed ulteriori da quelle formalmente previste, potrebbero cioè darsi fenomeni integrativi, ma a condizione che siano rispettati alcuni princìpi, limiti, criteri, desumibili in via tanto esplicita quanto implicita dalla costituzione formale.

Ai fenomeni integrativi dovrebbe cioè applicarsi il criterio della *norma generale inclusiva*¹³⁷.

Ed allora, l'elemento integrativo troverebbe riconoscimento solo previa valutazione della sua legittimità alla stregua dei principi espressi e inespressi della costituzione.

Ogni lacuna, ogni norma bisognosa di specificazione, andrebbe integrata da un'altra norma che non sia semplicemente *non contraria* a Costituzione, ma di più, che sia ad essa *conforme*.

Assunta tale prospettiva, si perviene alla conclusione secondo la quale «la teoria della norma costituzionale come vincolo direttamente obbligante, con tutta la capacità espansiva dei suoi significati logici, e quella della norma integrabile, a fattispecie aperta (avente come norma generale inespressa quella inclusiva) sono due aspetti di uno stesso orientamento volto a valorizzare le potenzialità normative della costituzione»¹³⁸.

¹³⁷ *Op. cit.*, 89 e ss. Sul punto si rinvia a BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960, e ID., «*Lacune del diritto*», *Nov. Dig. It.*, IX; nonché a A.G. CONTE, «*Norma generale esclusiva*» e «*Norma generale inclusiva*», in *Nov. Dig. It.*, XI, 1964, 329-330. In sintesi, mentre la norma generale esclusiva inespressa qualifica come indifferente ogni comportamento che non sia qualificato da norme imperative, cioè non sia sancito come obbligatorio o vietato; la norma generale inclusiva inespressa prescrive l'applicazione dell'*argumentum a simili* per giungere alla qualificazione, in termini positivi o negativi, del comportamento ancora non qualificato.

¹³⁸ *Op. cit.*, 90

La differenza risiederebbe solo nell'essere il primo costruito in positivo, ed il secondo in negativo¹³⁹.

Accolta la soluzione suesposta, il tessuto costituzionale apparirebbe ai nostri occhi sì *integrato*, ma comunque *coerente*, se, con Bobbio, attribuiamo la “coerenza” a quel sistema in cui non vi siano due norme opposte tra loro.

E l'ordinamento risulterebbe al contempo, se non del tutto *completo*, comunque meno *incompleto*, se per “incompleto” intendiamo, con Bobbio, quell'ordinamento in cui non esiste né la norma che regola una determinata fattispecie né quella incompatibile¹⁴⁰.

¹³⁹ Tali due orientamenti, e la distinzione intercorrente tra essi, ben si accordano con i due periodi fondamentali della *parabola* della Costituzione di cui si è detto. Così Dogliani (*op. e loc. ult. cit.*) osserva come la prima teoria, formulata in positivo, rifletta la preoccupazione, avvertita agli inizi dell'esperienza repubblicana, di affermare la piena normatività della Costituzione appena entrata in vigore, contrastandone gli inadempimenti o i tentativi di mitigarne la forza prescrittiva; mentre la seconda teoria, costruita in negativo, sia il portato di un'evoluzione nel modo di vedere la Costituzione, letta adesso come uno schema da riempire, specificare, definire, un complesso di limiti da non oltrepassare, poiché se, da una parte, se n'è ormai constatata l'insufficienza dinnanzi ai sopraggiunti interrogativi, dall'altra si mantiene ancora, e si intende mantenere *pro futuro* l'adesione ai suoi valori essenziali ed il pieno rispetto di essa.

¹⁴⁰ Cfr. BOBBIO N., «*Lacune del diritto*», *Nov. Dig. It.*, IX (1963), 419 ss. dove, richiamando Carnelutti, Bobbio conclude che l'*incoerenza* implica che vi sia una norma di troppo, e quindi una esuberanza normativa, la *incompletezza*, che vi sia una norma di meno, e quindi una deficienza normativa, onde il rimedio della prima è la *purgazione* del sistema, della seconda, la *integrazione*. Nel percorso lungo il quale cerchiamo di avanzare nel presente studio, quelli che abbiamo più volte chiamato “elementi esogeni” ben potrebbero intervenire sul tessuto costituzionale ad apportare integrazioni poiché, se ed in quanto compatibili, concorrerebbero al perseguimento dell'obiettivo di *completezza* dell'ordinamento. Diversamente, non considereremmo meritevoli di riconoscimento quei fenomeni i quali, con la fittizia pretesa di integrare, si traducano in una *incoerenza*, in quanto incompatibili con l'ordinamento, e, come tali, meritevoli di essere colpiti da “*purgazione*”.

12.4 Bartole e la costituzione materiale: strumento ermeneutico e concetto unificatore.

Un ulteriore approfondimento dottrinale sul concetto di “costituzione materiale” ci giunge da S. Bartole, in “*Costituzione materiale e ragionamento giuridico*”¹⁴¹.

Il percorso compiuto dall’Autore nel saggio che andiamo esaminando è particolarmente ammirevole per la capacità di mettere in luce un fondamentale mutamento di prospettiva registratosi nella dottrina in tema di costituzione materiale.

Oggi, infatti, non si discorre più di essa come fonte *contrapposta* ed alternativa alle fonti di diritto positivizzate, bensì come strumento imprescindibile nel processo di interpretazione giuridica¹⁴².

Due sono, per l’Autore, gli aspetti della costituzione materiale maggiormente carichi di potenzialità:

- l’ausilio ermeneutico apportato dal concetto di “costituzione materiale”;
- la portata unificatrice da riconoscere al concetto anzidetto.

Per quale via la costituzione materiale opererebbe come strumento ermeneutico?

La teoria della costituzione materiale, per un verso, rintraccia legami e vincoli istituzionali volti a contenere e guidare l’attività interpretativa, e, per l’altro, si spinge in questa ricerca al di là della dimensione giuridica meramente formalistica¹⁴³.

¹⁴¹ S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 605-626.

¹⁴² *Op. cit.*, 606

¹⁴³ *Op. cit.*, 608

Con le parole dell'Autore: «come strumento ermeneutico, il concetto di costituzione materiale deve servire ad agganciare l'interpretazione alla realtà della vita costituzionale e politica»¹⁴⁴.

Avvalersi della costituzione materiale nel ragionamento giuridico permette di pervenire ad un'interpretazione aderente alla realtà, ma al contempo anche di arginare l'arbitrio dell'interprete¹⁴⁵.

Mentre altre dottrine scelgono di razionalizzare l'attività interpretativa rinviando a valori astratti, la dottrina che vorrebbe far spazio alla costituzione materiale non riconosce come esauriente tale rinvio, e preferisce saldare l'operato del giurista all'esperienza storica concreta. Seguendo il percorso di Bartole, includeremmo nella "costituzione materiale" in discorso tutte quelle consuetudini e tradizioni costituzionali che non siano *contra constitutionem*, e che riescano a fornirci delle indicazioni in ordine al come interpretare le disposizioni costituzionali stesse.

Altra funzione della costituzione materiale esaltata dall'Autore riguarderebbe la portata unificatrice del concetto, capace di sintetizzare in unità un dato ordinamento giuridico e di riunire a sistema le molteplici fonti di produzione del diritto, in modo che appaiano come un *unicum*¹⁴⁶.

¹⁴⁴ *Op. e loc. ult. cit.*

¹⁴⁵ Così l'interpretazione non si arresta a «mera elucubrazione priva di rispondenza nel reale», ma nemmeno eccede aprendosi al soggettivismo, cfr. *op. e loc. ult. cit.*

Sul punto si legga anche CATELANI A., *La costituzione materiale e il diritto vivente*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di Catelani A. e Labriola S., Giuffrè, Milano 2001, in particolare da p. 54 in poi, dove si osserva che «tanto più il diritto raggiunge i propri scopi di garanzia di una civile convivenza, quanto più è aderente alla vita, alle esigenze vive della società, alle istanze che da quella promanano. Perché questo accada, occorre che la norma sia interpretata nel senso di soddisfare nel migliore dei modi quelle esigenze», cit., 58.

¹⁴⁶ In proposito, Bartole (op. cit. 622) richiama la tesi di ZANGARA (*Costituzione materiale e costituzione convenzionale (notazioni e spunti)*, 333 ss.), per il quale la costituzione materiale

L'Autore, d'altro canto, non manca di rilevare il difetto del concetto in esame derivante dal suo carattere olistico¹⁴⁷: la costituzione materiale porterebbe in sé la pretesa di riuscire a cogliere l'ordinamento nel suo complesso, come entità differente dai singoli elementi che lo compongono.

Questa aspirazione è irrealizzabile dal momento che, quando ci accingiamo a studiare qualcosa, siamo inevitabilmente portati a selezionare soltanto alcuni aspetti di quel qualcosa piuttosto che altri.

Tale difetto può, ad avviso di Bartole, essere superato "scomponendo" la costituzione materiale nelle due figure delle convenzioni della Costituzione e dei principi del diritto.

Le prime intese, in chiave più descrittiva che prescrittiva, come il complesso di comportamenti assunti dagli operatori politici e costituzionali.

I secondi riscontrabili nel senso che gli operatori medesimi vogliono dare ai suddetti comportamenti.

12.5 La "costituzione materiale" secondo Barile.

In *La costituzione come norma giuridica*, Barile, se da una parte rivolge alcune critiche, nel senso sopra visto, alla dottrina della costituzione materiale elaborata da Mortati, dall'altra non chiude alla

assolverebbe la funzione di definire «il disegno di un regime politico di un ordinamento», entro il quale «la successiva legislazione può avere uno svolgimento legittimo»; ed ancora l'impostazione di BOGNETTI (in *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, Iustitia, 1977, 24 ss.), propenso a rintracciare nella costituzione materiale delle «*guide-lines* obbligatorie per l'impostazione e lo sviluppo di tutto il sistema del diritto positivo». Nel medesimo senso, e parimenti richiamato da Bartole, anche MODUGNO (*Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano 1977, 197 ss.), il quale osserva che negando l'esistenza della costituzione materiale, «non avremmo un ordinamento, ma un coacervo di norme, non un gruppo sociale organizzato, ma una serie di soggetti, di enti, di istituti, di uffici, di attività, di funzione, e persino di norme che riceverebbero un parziale e sempre contestabile significato dall'emergere della loro considerazione puntuale ed occasionale».

¹⁴⁷ *Op. cit.*, 623 e ss.

teorizzazione di un concetto di costituzione che viene prima di quella formalmente intesa ed il cui contenuto non trova totale riconoscimento in quest'ultima, così ammettendo che nel tessuto costituzionale operino anche degli elementi ed istituti non necessariamente formalizzati, ma nondimeno positivamente validi ed operanti.

Abbiamo infatti visto come l'Autore riconosca nelle disposizioni costituzionali quel carattere *anfibologico* che consente alle stesse di assumere colorazioni diverse di volta di volta in conformità al fine delle forze politiche prevalenti¹⁴⁸, e, come questi individui il fondamento primo del diritto nella convinzione collettiva¹⁴⁹, risolvendosi in un giudizio di convenienza espresso dalle forze sociali dominanti, temperate però dalle opinioni e dai fini divergenti delle altre forze non dominanti.

In ordine a tale ultimo punto, abbiamo visto, infine, come Barile rimproveri alla tesi mortatiana, la quale pone al centro lo scopo del partito politico dominante, di non tenere in debito conto le interferenze che su quest'ultimo esercitano le altre forze politiche¹⁵⁰.

Così, nell'intento di concedere un più ampio spazio al pluralismo, l'A. elabora una propria definizione di "costituzione materiale", identificandola con «quel complesso di istituti giuridici, positivamente validi ed operanti, che realizzano un fine politico che è la *resultante dei diversi fini* perseguiti dalle varie forze politiche operanti in lotta fra loro, in un dato paese e in un dato momento storico. Sotto questo aspetto, può dunque dirsi che tutte le costituzioni sono frutto di un compromesso fra le forze politiche operanti: nel senso che il fine

¹⁴⁸ BARILE P., *La costituzione come norma giuridica* citata

¹⁴⁹ *Op. cit.*, 28 ss.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, 39 ss.

politico fondamentale viene ad essere tendenzialmente quello della forza dominante, ma non coincide con questo, dovendo sempre tale forza venire a patti con le altre e trasformare il suo scopo originario in uno *scopo di compromesso*¹⁵¹.

Applicati tali accorgimenti alla definizione di costituzione materiale, ci si trova poi d'accordo con la tesi mortatiana sul punto delle conseguenze del riconoscimento di essa: anche Barile condivide che la costituzione materiale sia fonte di quella formale e fonte della validità di quest'ultima¹⁵².

Ora, se la costituzione materiale è un complesso di istituti *positivamente validi ed operanti*, in uso alle varie forze politiche che si confrontano in un determinato contesto storico-politico, se ne deduce che la costituzione in parola (che sta dietro a quella formale e ne fonda la validità) sia, per natura, in costante evoluzione e che i principi che in essa trovano espressione subiscano continui processi di adattamenti ed alterazione¹⁵³.

12.6 Il contributo di Ruggeri al presente studio.

Le tesi dottrinali sopra ricostruite, e *a fortiori* il presente studio nel suo complesso, non sarebbero per nulla appoggiati da coloro che adottano

¹⁵¹ *Op. cit.*, 40 (corsivo nostro).

¹⁵² Individuato in tali termini il rapporto tra costituzione materiale e costituzione formale, l'A. avverte che non è detto, né è necessario, che tutte le norme formalmente costituzionali siano automaticamente da ricondurre alla costituzione materiale, così come non è necessario che tutte le norme facenti parte della costituzione materiale trovino espresso riscontro nella costituzione formale, ben potendo esservi delle leggi non scritte, come le consuetudini, che fanno parte della costituzione materiale pur non trovando riconoscimento al livello meramente formale (cfr. *Op. cit.*, 41 ss.)

¹⁵³ Cfr. *Op. cit.*, 43-44

una visione *totalizzante* della Costituzione e per i quali quest'ultima avrebbe, ed a buon diritto, la pretesa di dire *tutto su tutto*.¹⁵⁴

Per tale impostazione, infatti, guardando al testo della Costituzione potrebbero al più darsi attività di esplicitazione o di mera attuazione, giammai di integrazione.

Ruggeri contrappone a tale tesi della *Costituzione onnivora*¹⁵⁵ quell'altra che riconosce, senza troppa apprensione, che la Costituzione *non dica tutto su tutto*, e che vi siano delle parti di materia costituzionale non ancora coperte da disposizioni costituzionali, e perciò destinate ad essere nel tempo regolate, o da future leggi costituzionali, oppure anche dal diritto costituzionale non scritto, tramite consuetudini, risultati interpretativi e via dicendo.

Orbene, per lo sviluppo del presente studio, non possiamo che aderire alla seconda impostazione, ritenendo di poter ravvisare un arricchimento, un'integrazione - con ciò, un *mutamento*, e non una mera specificazione di qualcosa di già espresso in Costituzione, né un'esplicitazione di qualcosa in essa implicito - in quello che Ruggeri individua come processo di *rigenerazione semantica* di una struttura, quella della Costituzione appunto, «fatta a maglie larghe (e, in qualche punto, larghissime)»¹⁵⁶.

In virtù del processo in parola, peraltro, risulta corroborata la nostra premessa iniziale in ordine all'obiettivo di delimitazione dei confini del diritto costituzionale: non solo non possiamo prescindere, nel perseguimento di tale obiettivo, dalla considerazione dei profili nei

¹⁵⁴ Cfr. RUGGERI A., *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica 2012, p. 21 ss.

¹⁵⁵ *Op. e loc. ult. cit*

¹⁵⁶ *Op. cit.*, 23. Anche Ruggeri sembra disconoscere la prima impostazione, osservando come questa non renda un buon servizio alla Costituzione, svilendone talvolta il senso e forzatamente traendo da essa quanto questa invero non dice né ha inteso dire, cfr. 31.

quali il ramo del diritto in considerazione si declina secondo modalità non scritte, ma dobbiamo anche essere consapevoli del fatto che l'*actio finium regundorum* che ci impegna non raggiungerà mai un vero e proprio esito conclusivo.

E ciò perché riteniamo con Ruggeri che «la “materia costituzionale” è soggetta a continuo rifacimento ed alla sua tendenziale dilatazione¹⁵⁷. È in tali consuetudini, che hanno in sé natura non giuridica ma che manifestano la vocazione impellente per la loro traduzione giuridica, che dunque riposa il fondamento sia della ridefinizione incessante della materia costituzionale che della sua regolazione, nelle forme di volta in volta ritenute opportune e sotto la spinta dei più pressanti e radicati interessi»¹⁵⁸.

Circa i formanti del diritto costituzionale *non scritto* di cui s'è detto, riteniamo che questo trovi sviluppo lungo due vie principali, con i preziosi avvertimenti che su di essi ci consegna Ruggeri¹⁵⁹:

- 1) il diritto giurisprudenziale e, dunque, i risultati ai quali perviene l'interprete ai fini dell'applicazione delle disposizioni costituzionali, con due utili precisazioni:
 - che questo non è sempre nettamente contrapposto al diritto scritto, è anzi talvolta quest'ultimo che si fa *diritto vivente*;
 - che in sede interpretativa, comunque, un diritto scritto (seppur minimo) è sempre presente, non essendo il giudice abilitato a creare dal nulla la norma adatta al caso;
- 2) le consuetudini, convenzioni e regolarità della politica:

¹⁵⁷ Tale dilatazione è riscontrata da Ruggeri nella «graduale costituzionalizzazione culturale di porzioni consistenti di un'area materiale un tempo in sé non costituzionale» (cfr. *Op. cit.*, nota 45).

¹⁵⁸ *Op. cit.*, 30

¹⁵⁹ *Op. cit.*, p. 52 e ss.

- le quali sono talvolta messe in luce dalla giurisprudenza e in essa trovano messe a punto e specificazioni,
- e della cui vigenza non può essere predicato un riconoscimento immediato, ma soltanto *ex post*, una volta constatato il seguito da queste raccolto nel corpo politico-sociale.

12.7. Il diritto costituzionale nel tempo del pluralismo: la ‘*mitezza costituzionale*’.

Inseriamo in questa fase della nostra trattazione alcune riflessioni di G. Zagrebelsky, esposte ne “*Il diritto mite*”, che ben rendono l’idea di una certa evoluzione, oggi registrabile, nel modo di intendere lo Stato costituzionale e la stessa Costituzione.

Come spesso si osserva, la società attuale è una società pluralista, caratterizzata da una molteplicità di gruppi sociali, con interessi e progetti divergenti e contrastanti, nessuno dei quali può dirsi a priori prevalente.

Il diritto costituzionale nel tempo del pluralismo «è un insieme di materiali di costruzione, ma la costruzione in concreto non è l’opera della costituzione in quanto tale ma di una politica costituzionale che si applica alle possibili combinazioni di quei materiali¹⁶⁰».

La Costituzione, come documento recante il *discrimen* tra ciò che è permesso e ciò che non lo è, rappresenta la “piattaforma” dalla quale può partirsi verso un indirizzo o verso un altro, nell’attuazione di una certa politica costituzionale.

Il mutamento di prospettiva induce a pensare alla Costituzione, non come centro dal quale tutto deve derivare, ma come «centro verso cui tutto deve infine convergere¹⁶¹».

¹⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, cit., 9.

¹⁶¹ G. ZAGREBELSKY, *Op.cit.*, 10.

La Costituzione non si esegue, ma si inverte, si realizza, secondo una delle modalità contemplate in quel ventaglio di possibilità offerto dal complesso delle norme costituzionali, le quali – come già detto – ci permettono di scorgere il limite oltre il quale comunque non ci si potrà spingere.

Zagrebel'sky utilizza appunto l'immagine della *mitezza* per descrivere gli Stati costituzionali odierni.

La coesistenza di valori e principi, tra loro spesso anche molto distanti, ed ai quali oggi una costituzione deve adeguarsi, impone che tali valori siano intesi non più in senso assoluto, bensì nel modo adatto a farli convivere con tutti gli altri¹⁶².

«Ciascun grande tema del diritto costituzionale odierno è caratterizzato strutturalmente dalla presenza di elementi costitutivi che, per poter coesistere, devono cioè essere resi miti o moderati».

L'altra importante evoluzione che l'Autore ravvisa osservando lo Stato costituzionale contemporaneo sta nella tendenza del diritto costituzionale a svilupparsi per principi piuttosto che per regole¹⁶³.

La differenza è sostanziale: le regole sono accompagnate da una fattispecie ben delineata; il significato dei principi, invece, è determinabile soltanto in concreto, e la loro portata è naturalmente destinata a variare di volta in volta.

«Alle regole 'si ubbidisce', [...] ai principi invece 'si aderisce'¹⁶⁴».

¹⁶² «Nella Costituzione "carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto sostanziale) e del loro confronto leale (per quanto riguarda l'aspetto procedurale)», *Op. cit.*, 11.

¹⁶³ Includiamo tra i principi in senso ampio, non soltanto i principi e valori di cui il testo costituzionale si fa portatore, ma anche il vasto insieme di norme programmatiche poste dalla Costituzione, le quali non fissano – appunto – una regola, ma optano per il perseguimento di un fine.

¹⁶⁴ G. ZAGREBELSKY, *Op.cit.*, 149.

L'evoluzione in parola trasforma il ruolo della giurisprudenza nella determinazione del diritto e conseguentemente dell'interpretazione della Costituzione, che, non potendo più essere confinata nei talvolta angusti ranghi delle regole giuridiche, diventa sempre più dinamica ed aperta, assumendo gradualmente «l'aspetto di una filosofia del diritto»¹⁶⁵.

Un'attività interpretativa peraltro molto delicata perché – come l'Autore avrà da osservare in altra parte della stessa opera – i principi, per loro natura, sfuggono ad una composizione scientifica, potendo solo essere intelligentemente bilanciati¹⁶⁶.

Ed il bilanciamento, a sua volta, è una tecnica a sé non formalizzabile in un procedimento “preconfezionato”, ma che si sviluppa per vie sempre diverse, nel rispetto di un' unica regola di partenza: nessuna libertà, nessun diritto è illimitato¹⁶⁷.

Un diritto per principi contiene in sé un'imprescindibile dimensione ben ancorata alla realtà¹⁶⁸. Con ciò, non si intende ammettere che il

¹⁶⁵ J. HABERMAS, trad. it. *Morale, Diritto, Politica*, Torino, Einaudi, 1992.

¹⁶⁶ Si parla nella dottrina tedesca di «pesa dei beni giuridici indirizzata al principio di proporzionalità».

¹⁶⁷ Se ne trova conferma nella prima sentenza della Corte costituzionale, n. 1/1956 (in www.giurcost.org), ove si legge “il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e, nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile”. Nel caso di specie si trattava di bilanciare il diritto alla libera manifestazione del pensiero con la “tranquillità pubblica” e con la necessità di esercitare la funzione di prevenzione dei reati.

¹⁶⁸ Sulla necessità che l'astratta fattispecie normativa tenga conto della situazione concreta alla quale si riferisce, e sull'utilità della costituzione materiale come strumento per arginare formalismi interpretativi si veda CATELANI A., *La costituzione materiale e il diritto vivente*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di Catelani A. e Labriola S., Giuffrè, Milano 2001, in particolare da p. 54 in poi.

“fattuale” prevalga sul “normativo”, ma si promuove una concezione del diritto che voglia cogliere entrambi i momenti¹⁶⁹.

Così facendo, la nostra attenzione non sarà rivolta soltanto al diritto scritto, ma anche al diritto “in azione”.

«Quante volte il significato di una norma è uno in astratto ma un altro in concreto? Quante volte le condizioni reali di funzionamento di una norma ne stravolgono il senso, talora rovesciando l'intenzione del legislatore nel suo contrario?»¹⁷⁰.

Tali sono le manifestazioni di quella parte “vivente” del diritto che è scopo del presente studio analizzare.

La tendenza testé registrata ad aderire a principi piuttosto che fissare regole puntuali non rappresenta una scelta pressappochista né casuale.

Come già osservato, dietro tale opzione risiede la consapevolezza che il ricorso a formule e nozioni vaste ed elastiche aiuti a creare un sistema di tutela, al servizio dei più importanti interessi e valori, capace di resistere nel tempo e nello spazio.

Si pensi all'evoluzione del diritto alla *privacy*: in Assemblea Costituente non si sarebbe potuta di certo prevedere la violenza delle minacce alla riservatezza provenienti dalle innovazioni tecnologiche in una “società dell'informazione” come quella attuale.

Eppure il richiamo a valori costituzionali espressi in formule elastiche quali “libertà personale” e “dignità umana” vale ancora da saldo

¹⁶⁹ «La giurisprudenza deve essere posta al servizio di due padroni: la legge e la realtà», *Op. cit.*, 181. Così Zagrebelsky, nell'opera in disamina, esalta il diritto come disciplina pratica. Continua: «Secondo la concezione pratica del diritto, l'interpretazione del diritto è la ricerca della norma adeguata tanto al caso quanto all'ordinamento. In questa definizione si pone in luce il carattere ‘bipolare’ dell'interpretazione e se ne indica la direzione nell'obiettivo di congiungere l'uno all'altro, fino a farli combaciare in un risultato appagante per entrambi», 182.

¹⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *Op.cit.*, cit., 167.

“scudo” per il diritto alla *privacy*, sebbene si diano sempre modalità inedite della violazione di quest’ultimo.

Al contempo, la Costituzione «scrive solo una piccola parte delle cose che vuole comunicare: non solo perché non ci dice cosa significhino le parole che impiega [...], ma soprattutto perché non ci dice cose tanto importanti che possano esser date per scontate»¹⁷¹.

Ad esempio, tornando al diritto alla riservatezza, è ormai pacifico come il suo riconoscimento costituzionale non possa revocarsi in dubbio pur mancando una disposizione in Costituzione che lo sancisca espressamente¹⁷².

Come si possa trarre dalla Costituzione tutto ciò che essa intende dirci è chiaro: attraverso l’interpretazione.

Un’interpretazione che si muova tra il diritto da una parte e il buon senso dall’altra, lungo due *binari* non paralleli ma destinati a convergere.

Per il tramite di essa, la Costituzione del 1948 tenacemente resiste e sopravvive al cambiamento. Né sarebbe necessario, perché ciò accada, un continuo lavoro di aggiornamento delle norme scritte.

«Opera quel meccanismo di progressivo adattamento della legge ai casi della vita», che Bin denomina il «segreto dell’eterna giovinezza»¹⁷³.

¹⁷¹ R. BIN, *Capire la Costituzione*, Laterza, 1998, cit., 25.

¹⁷² Altro facile esempio la libertà di coscienza, non sancita esplicitamente in Costituzione. L’art.19 sancisce “il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma...”, senza stabilire alcun diritto in favore dei non credenti.

¹⁷³ Bin qui si riferisce in specie all’anacronismo, come argomento spesso invocato dalla Corte costituzionale per giustificare *revirements* giurisprudenziali, o per eliminare dall’ordinamento norme non più considerate collimanti con la coscienza sociale. Esempio celebre, riportato dall’opera in disamina come da tanti altri contributi sul punto, è stato l’intervento di rimozione operato dalla Corte della norma che configurava come reato l’adulterio della donna; intervento giustificato dal mutamento dei costumi sociali in conseguenza del quale non si considera più oggi la figura della donna come “angelo del focolare” (sent. 16/1978).

13. Considerazioni conclusive sul senso attuale di “costituzione materiale”. Un importante mutamento di prospettiva¹⁷⁴.

L'analisi di alcune delle posizioni dottrinali più influenti in merito ha aiutato, nella presente ricerca, a mettere in luce una radicale evoluzione nel modo di intendere oggi il concetto di “costituzione materiale”.

Non siamo più di fronte ad una fonte suprema ed “originaria”, che si contrappone alla costituzione formale e che sulla stessa è destinata a prevalere, con la forza di una “costituzione alla seconda potenza”, per dirla con Mortati.

Non siamo più di fronte ad una “costituzione materiale” intesa come quel primigenio dato organizzativo anteriore alle norme, ingrediente base per l'edificazione dell'intero ordinamento giuridico, secondo le funzioni che in essa rintracciava Santi Romano.

Sembra oggi farsi strada un' ulteriore prospettiva.

Vogliamo, in questa sede, sostenere la tesi per cui la verità starebbe nel mezzo tra Crisafulli da una parte, Elia e Bartole dall'altra.

Con Crisafulli rintracciamo una sola, vera costituzione *giuridica*, nel senso stretto del termine: la Costituzione repubblicana entrata in vigore il 1° gennaio 1948.

¹⁷⁴ Per ragioni di spazio non si possono qui approfondire a dovere tutti i preziosi contributi sul senso attuale della costituzione materiale contenuti in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Giuffrè, Milano 2001, al quale dunque si fa rinvio. In particolare, per le riflessioni che si cerca di sviluppare nel presente studio, si sono rintracciati utili spunti (alcuni dei quali verranno sviluppati nel prosieguo), oltre che nei saggi già citati, in PECORA G., *Mortati e Kelsen* (139-158); M. DOGLIANI, *Costituzione materiale e indirizzo politico* (171-192), ove l'A. conclude riconoscendo a Mortati di aver dato «una configurazione specifica, tramite il concetto di costituzione in senso materiale, al segmento iniziale dell'attività di indirizzo: quella che fissa i fini di lungo periodo» (cit. 189); ed ancora in S. LABRIOLA, *Costituzione materiale e transizione* (239-278), ove si osserva che «tra costituzione materiale e transizione, il rapporto è strettamente di causa ed effetto e, inoltre, è la misura del carattere impresso alla transizione ed al suo ordinamento» (cit. 277); PANUNZIO S. P., *Costituzione materiale e riforme costituzionali* (363-368); infine PIZZETTI F., *Costituzione materiale e formale tra passato, presente e futuro* (409-420).

Sulla stessa linea, non riteniamo che le consuetudini, tradizioni e convenzioni che è dato registrare nell'operato in concreto delle istituzioni possano considerarsi meritevoli di riconoscimento anche ove siano *contra constitutionem*. Lo stesso deve naturalmente valere per i risultati dell'attività interpretativa.

D'altro canto, andando più a fondo nell'analisi, e volgendo lo sguardo alle disposizioni in essa contenute, non possiamo negare che la Costituzione si renda permeabile, in alcune sue norme – quelle che Elia descrive come “norme a fattispecie aperta” – alle più longeve tradizioni ed all'operato delle forze politiche.

Tradizioni e comportamenti che, lo ripetiamo, non potranno andar contro alle previsioni costituzionali, ma piuttosto rappresenteranno, per così dire, il segno di un accordo raggiunto dalle forze politiche sul come interpretare le previsioni medesime.

Ecco, allora, che si comprende anche in Bartole l'esaltazione della costituzione materiale come ausilio ermeneutico: un concetto utile e positivo che, lungi dall'indebolirla o svuotarla di significato, arricchisce l'architettura costituzionale.

Chiarito, alla luce dell'esame dei contributi dottrinali appena compiuto, che il diritto costituzionale non si sviluppa unicamente per le vie formalmente previste, nella seconda parte del presente studio andremo ancora più a fondo, alla ricerca dei fattori che, nel segno di un contemperamento tra esigenza di conservazione ed esigenza di aggiornamento¹⁷⁵, determinano dei mutamenti sostanziali del tessuto

¹⁷⁵ PALERMO F. si dedica alla tensione tra modifica e conservazione della costituzione in *La «manutenzione» costituzionale*, Cedam 2007, rintracciando l'esigenza avvertita negli ordinamenti moderni di superarla attraverso metodi che l'A. sussume in una funzione nuova, identificabile appunto nella “manutenzione costituzionale”. In specie, con argomentazioni che avremo modo di approfondire nella seconda parte del presente studio, Palermo ritiene che tale funzione configuri il prodromo di un «codice di procedura dell'aggiornamento costituzionale», intendendo per

costituzionale senza che si dia luogo alla procedura formalmente prevista per la revisione delle disposizioni costituzionali.

aggiornamento un fenomeno complessivo e comprensivo sia della dimensione formale che di una dimensione informale.

PARTE II
CAPITOLO I
I MUTAMENTI COSTITUZIONALI INFORMALI.
EVOLUZIONE DELLA NOZIONE, MODALITÀ E ATTORI.

Sommario: 1. La nozione di mutamento costituzionale informale come generalmente intesa - 2. Le definizioni elaborate dalla dottrina e le diverse funzioni attribuibili ai mutamenti informali nel sistema costituzionale

1. La nozione di mutamento costituzionale informale come generalmente intesa.

Secondo una definizione generale, con le locuzioni “mutamento costituzionale informale” o “modificazione tacita della Costituzione”, si intende fare riferimento al complesso di atti e fenomeni idonei ad incidere in via modificativa sulla Costituzione senza però che si intervenga anche sulla dimensione linguistica di quest’ultima¹⁷⁶ ed al di fuori di ogni procedura canonicamente dettata per la revisione costituzionale.

Più in particolare, esitano in trasformazioni informali della Costituzione «quelle “riletture” autoritative delle clausole della Carta che attribuiscono ad esse significati e portate sensibilmente diversi da quelli presumibilmente intesi e voluti dai costituenti, e che riescono ad affermarsi per largo consenso e almeno per un notevole periodo di tempo nelle attività dei Poteri dello Stato»¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Per una definizione in termini generali, ad es. CARDUCCI M., voce «*Revisione tacita della costituzione*», in *Glossario di Diritto pubblico comparato*, a cura di Pegoraro L., Carocci editore, 2009.

¹⁷⁷ Si riporta testualmente la definizione offerta da BOGNETTI G., *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole)*, pubblicato nel sito A.I.C., cit. 73, il quale individua nel sensibile allontanamento dai dettami testuali delle clausole e nel consolidamento diffuso del nuovo significato da attribuire ad esse i due indici essenziali dell’avvenuta trasformazione.

Orbene, una ricerca che abbia ad oggetto i mutamenti costituzionali informali non può che partire dall'assunto secondo il quale diversi fattori, dai rapporti politici a quelli intrattenuti nella sfera internazionale, all'evoluzione del sentire sociale e della coscienza giuridica, interagiscono con il quadro positivo delle disposizioni costituzionali, rendendo l'equilibrio costituzionale di ciascun ordinamento una realtà in continuo divenire¹⁷⁸.

Accade cioè che, nel tempo, l'ordine statale si evolva, più o meno sensibilmente, e finisca per presentarsi in maniera diversa da quella originariamente tratteggiata dai precetti della Costituzione la quale, se permane immutata dal punto di vista strettamente linguistico, viene però *letta* ed applicata secondo modalità inedite, in forza di regole affermatesi fattualmente o sul piano interpretativo o consuetudinario¹⁷⁹.

Della reciproca integrazione intrattenuta tra le disposizioni costituzionali e i molteplici elementi di natura esogena che assumono rilevanza, come del dibattito dottrinale in merito al rapporto che potrebbe definirsi di mutua alimentazione tra Costituzione intesa in senso formale e Costituzione *effettiva*, si è già detto nella Parte prima della presente trattazione.

In specie, i mutamenti costituzionali informali vengono analizzati in questa sede quale risvolto concreto della necessità, sempre avvertita nell'ordinamento, che la Costituzione formalmente intesa ben si adatti

¹⁷⁸ Si rammenti l'insegnamento di MODUGNO F., per il quale «l'ordinamento...non può essere concepito come un «fatto», immoto e, per così dire, anticipato, dato nella sua compattezza e staticità, ma come un divenire, un *fieri*, un accrescersi e concretere in sé, un «processo» che si arricchisce, via via, di tutti gli apporti normativi, di tutta la produzione di norme che, conformemente o disformemente dalle norme sulla normazione espressamente poste, riescano poi ad effettivamente imporsi nello stesso contesto storico-sociale», voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto* XXX, 1980, cit. 703.

¹⁷⁹ Cfr. PIERANDREI F., *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, con Prefazione di Leopoldo Elia, Vol. I, Giappichelli, Torino, spec. 83 ss.

alla costituzione in senso materiale, di modo che tra le due si mantenga una relazione che potremmo dire di *reciproco accordo*¹⁸⁰.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, pare insomma che l'osservazione e lo studio delle vie di sviluppo informali assurga a fase imprescindibile di ogni indagine delle esperienze costituzionali che avanzi una qualche pretesa di completezza¹⁸¹.

Peraltro è bene ricordare come la circostanza che sia prevista una apposita procedura per la revisione delle disposizioni della Costituzione, anche congiunta all'istituzione di un organo di garanzia preposto al controllo di costituzionalità, non impedisce da sola, automaticamente e del tutto, che vi siano modificazioni tacite del tessuto costituzionale¹⁸².

¹⁸⁰ Tale è il ruolo che alle trasformazioni informali è attribuito da CORTESE F., *Le trasformazioni recenti dell'ordinamento italiano tra revisione e attuazione della Costituzione repubblicana*, in *la manutenzione costituzionale*, a cura di F. Palermo, Cedam 2007, (p. 181 e ss.), ad avviso del quale esse si presentano «come sintomo impalpabile della costante ed onnipotente necessità di adeguamento della costituzione c.d. “formale” alla costituzione c.d. “materiale”», ed «invitano il giurista sia a riflettere sul valore attuale e sulle odierne declinazioni di questa nota dicotomia, sia a meditare circa la relazione dialettica tra la dichiarata onnicomprensività del procedimento formalizzato di cui all'art. 138 Cost. e l'incombente e compresente polifonia di operazioni e procedimenti diversi, oltre che apparentemente finalizzati, talvolta, al raggiungimento di obiettivi istituzionali di tenore reciprocamente differente», cit. 199.

In *Op. cit.* si legga anche il contributo di PALERMO F., *La “manutenzione costituzionale”: alla ricerca di una funzione*, ove l'A. avvia la propria indagine osservando preliminarmente come «Sotto la superficie del mare in burrasca della revisione formale, dove le acque sono meno mosse ma anche meno limpide, prolifera una brulicante attività di modifica informale, di trasformazioni sostanziali della costituzione che non sfociano in revisioni formali», 7.

¹⁸¹ Ad avviso di C. S. NINO, la ricerca avente ad oggetto i mutamenti costituzionali informali coinvolge contestualmente aspetti filosofico, giuridici e politologici. Diversamente il “punto di vista interno” del giurista, partito da premesse normative, non si incontrerebbe mai con il “punto di vista esterno” dello scienziato della politica, impegnato ad osservare le interazioni tra istituzioni nel loro funzionamento e contesto sociale, né con quello “interno-esterno” del filosofo alla ricerca dei valori legittimanti le prassi, cfr. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosòfico, jurídico y politològico de la practica constitucional*, Buenos Aires, Astrea Depalma, 2005, terza ed.

¹⁸² In argomento anche le riflessioni svolte da TOSI S., *Modificazioni tacite della costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1959, spec. 13 ss., ove si legge che «la rigidità nulla oppone alle modificazioni tacite realizzate senza il ricorso a vere e proprie leggi formali (costituzionali o ordinarie), ad esempio ad opera di una attività interpretativa che dia luogo ad una vera e propria prassi (parlamentare o di governo, l'una e l'altra assieme) eversiva della costituzione. Tale considerazione ha, tra le altre, indotto gli studiosi a superare la tradizionale classificazione

Non può, d'altro canto, negarsi che la circostanza in parola ponga un argine a tali mutamenti i quali, infatti, non potendo apertamente violare la Costituzione, si troveranno a soggiacere a determinate condizioni di legittimità¹⁸³.

Al di là della definizione sopra data in termini del tutto generici, pare ora opportuno volgere uno sguardo alle altre elaborate dalla dottrina per la categoria dei mutamenti ai quali è dedicata la presente ricerca, nonché alle funzioni che si è ritenuto di poter attribuire ad essi nel sistema costituzionale.

2. Le definizioni elaborate dalla dottrina e le diverse funzioni attribuibili ai mutamenti informali nel sistema costituzionale.

In una delle sue più celebri opere, Jellinek definisce i mutamenti costituzionali informali come «une modification de la constitution qui laisse inchangé formellement le texte de la constitution et qui résulte de faits qui ne sont pas nécessairement issus de l'intention de modifier la constitution ou de la conscience de le faire»¹⁸⁴.

In particolare, nel contributo citato Jellinek distingue tra il concetto di revisione o riforma costituzionale (*Verfassungsänderung*) e

delle costituzioni in termini di rigidità/flessibilità per dare spazio all'ulteriore concetto di *elasticità*. Di tale evoluzione nelle analisi dei costituzionalisti si è ampiamente detto nella Parte prima.

¹⁸³ Cfr. sul punto PIERANDREI F., *L'interpretazione della Costituzione*, in *Scritti in memoria di Luigi Rossi* cit., 517 ss., spec. 523 ove si osserva che «in una costituzione rigida, quale la nostra, un'adeguata interpretazione dei suoi precetti può – entro il rispetto dei principi fondamentali, consentirne gli svolgimenti in aderenza alle necessità storiche, senza che sia necessario ricorrere di volta in volta al complesso procedimento di *revisione*, determinando, entro certi limiti, quelle “modificazioni tacite” della costituzione».

¹⁸⁴ JELLINEK G., *Verfassungsänderung und verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Berlin, Haring, 1906, secondo la traduzione di O. Beaud in *Les mutations de la V République. Ou comment se modifie une Constitution écrite*, in *Pouvoirs*, 2001/4, n. 99, p.19. La traduzione italiana dell'opera di Jellinek è a cura di M. Carducci, *Mutamento e riforma costituzionale*, Pensa, 2004

trasformazione costituzionale (*Verfassungswandlung*): la prima, esito di azioni intenzionalmente rivolte a modificare le disposizioni costituzionali; la seconda non necessariamente corredata dalla volontà e consapevolezza di produrre un cambiamento.

Il testo costituzionale, secondo le considerazioni svolte dall'Autore, è oggetto di un vero e proprio *dispositives Recht* nell'esercizio del quale gli organi politici finiscono per produrre delle trasformazioni nel tessuto costituzionale.

In termini pratici, l'organo statale potrà seguire pedissequamente i dettami delle disposizioni costituzionali, ma potrà anche, ove siano le circostanze del caso concreto a suggerirlo, imporre nuove letture di esse attraverso la propria condotta.

Tale considerazione induce l'Autore ad osservare, nell'esperienza dell'Impero tedesco, svariate modificazioni costituzionali verificatesi al di fuori della procedura canonica, in gran parte determinate dall'affermarsi di un diritto costituzionale derogativo e dunque, addirittura, in contrasto con il dettato costituzionale.

La tematica del mutamento costituzionale informale trova spazio anche negli studi di Smend e nella sua nota dottrina dell'integrazione (*Integrationslehre*), secondo la quale la costituzione assurge ad ordine giuridico del processo di integrazione del singolo nella comunità (e viceversa) intorno al quale si sviluppa lo Stato.

Secondo Smend, infatti, «la costituzione non è soltanto norma, ma anche realtà». Realtà che «viene costantemente riprodotta dalla vita costituzionale in continuo rinnovamento»¹⁸⁵.

¹⁸⁵ SMEND R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munchen-Leipzig, 1928, trad. it., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 150-153.

Orbene, l'accettazione di tale assunto porta con sé l'impossibilità di vedere nella costituzione stessa una fonte statica ed oggettivata una volta per tutte.

Al contrario. Per Smend, se l'essenza della costituzione si rispecchia nella realtà, e se quest'ultima è in continuo sviluppo, l'idea stessa di una costituzione immodificabile, per l'intero come solo in alcune sue parti, si riduce ad una contraddizione in termini.

Secondo la tesi dell'Autore deve invece riconoscerci che «il mutamento costituzionale può compiersi al di fuori del diritto costituzionale»¹⁸⁶, sulla spinta di tutti i fattori sociali che compongono la realtà, attorno ai quali, dunque, deve svilupparsi la costituzione e dei quali si fanno portatrici le forze politiche.

In conclusione, per entrambi gli autori appena richiamati, dunque, il teatro principale dei mutamenti costituzionali informali è rappresentato dall'operato delle forze politiche.

¹⁸⁶ SMEND R., *Costituzione e diritto costituzionale* cit., 220.

CAPITOLO II

I MUTAMENTI COSTITUZIONALI INFORMALI IN ITALIA.

DIBATTITO DOTTRINALE E VICENDE EMBLEMATICHE.

Sommario: 1. Il tema dei mutamenti informali nei primi anni della Repubblica. L'idea originaria dell'autosufficienza delle risorse testuali e la negazione di dignità giuridica al fenomeno delle modificazioni tacite. - 2. Evoluzione del pensiero dottrinale e contributi sul tema - 3. Attori e luoghi del mutamento costituzionale informale - 3.1 Il diritto parlamentare come "*clinica costituzionale*" delle esperienze di rinnovamento costituzionale - 3.2 Ampliamento dell'oggetto del dibattito oltre i confini del diritto parlamentare. L'interpretazione evolutiva delle leggi rispetto alla Costituzione e il giudice delle leggi quale *prolungamento* del potere costituente o «costituente permanente» - 4. Dai primi anni della Repubblica ad oggi: il moltiplicarsi degli spazi per le dinamiche costituzionali informali. Le più recenti letture delle dinamiche costituzionali informali nella dottrina italiana e le diverse vie per conferire ad esse definitiva rilevanza giuridica - 5. Sintesi delle modalità del mutamento costituzionale informale - 6. Vicende emblematiche - 6.1 Il caso "Mancuso". Il riconoscimento da parte della Consulta di fonti integrative del testo costituzionale - 6.2 La nomina dei ministri da parte del Presidente della Repubblica: potere di veto o proposta vincolante? - 6.3 L'autodichia della Presidenza della Repubblica. Il riconoscimento di un ruolo essenzialmente (e limitatamente) nomopoietico agli organi costituzionali - 6.4 Gli atti di normazione primaria del Governo: prassi ed argini - 6.5 Le modificazioni tacite della Costituzione apportate in via di interpretazione giurisprudenziale: alcune materie *sostanzialmente costituzionali* alla ricerca della propria fonte - 6.5.1. Il caso "Englaro": la disciplina di fine vita - 6.5.2 La Consulta e le unioni omosessuali - 7. Considerazioni conclusive

1. Il tema dei mutamenti informali nei primi anni della Repubblica.

L'idea originaria dell'autosufficienza delle risorse testuali e la negazione di dignità giuridica al fenomeno delle modificazioni tacite.

Agli esordi dell'esperienza repubblicana, gli interrogativi formulati in dottrina circa la validità delle modificazioni tacite furono prevalentemente risolti in termini negativi.

Il carattere rigido della Costituzione appena entrata in vigore, invero, suggeriva ai più di evitare il riconoscimento di una qualche misura di

legittimità ai mutamenti informali i quali, proprio perché tali, parevano contrari all'ordine costituito.

Ciò non era naturalmente a dirsi per quelle innovazioni introdotte in via di fatto ma che fossero state poi cristallizzate in Costituzione mediante una modifica formalmente operata sulla stessa.

In tali casi, risultava infatti preservata la rigidità del testo, il quale era comunque, seppur in seconda battuta, intervenuto a confermare un cambiamento già sviluppatosi in via informale, con ciò attribuendogli validità .

Secondo un'altra impostazione, si sarebbero dovute considerare valide le consuetudini affermatesi in campo costituzionale che avessero superato il vaglio di conformità a Costituzione, potendo, tali consuetudini, al più integrare, ma mai contravvenire ai dettami del legislatore costituente.

Invero, le suddette impostazioni nascondevano una certa diffidenza nei confronti dei mutamenti sviluppatisi per via informale, scegliendo entrambe di accordare a questi ultimi validità solo previa uniformazione al testo costituzionale: nel primo caso richiedendo, ai fini del loro riconoscimento, che sopraggiungesse ben presto l'attività formale di revisione; nel secondo caso esigendo comunque un allineamento, sul piano sostanziale, rispetto alle disposizioni contenute in Costituzione.

2. Evoluzione del pensiero dottrinale e contributi sul tema.

Il dibattito sul tema in esame, agli esordi sviluppatosi sulla ferma premessa dell'autosufficienza delle risorse testuali, è arricchito dalle riflessioni di Mortati, sviluppatesi attorno al rilievo dell'insufficienza della predisposizione di un apposito procedimento per la revisione costituzionale a precludere del tutto le modifiche concretamente poste in essere in maniera diversa da quella formale. Rilievo che induce a rivolgere l'attenzione alle varie specie di mutamento della costituzione,

alcune in sintonia, ed altre in difformità con quanto previsto in costituzione¹⁸⁷.

Nella classificazione elaborata dal Mortati, peraltro, viene messo in evidenza come il fenomeno delle modificazioni tacite non sia esclusivamente da ricondurre alle consuetudini e prassi sviluppatasi in via di fatto; ma possa anche talvolta attribuirsi al legislatore costituzionale il quale, pur impiegando i procedimenti all'uopo prescritti, introduce «leggi costituzionali che contrastano con principi o norme consacrate nel testo senza che venga dichiarata in modo esplicito la volontà di modificare gli uni o le altre»¹⁸⁸, così innovando il tessuto costituzionale per la via di abrogazioni implicite.

Sul punto, inoltre, Esposito aveva già ritenuto non condivisibile l'orientamento secondo il quale, in ogni regime con costituzione scritta, è necessario che «si muti oltre che la regola lo scritto della costituzione perché il cambiamento sia valido» e, conseguentemente, ogni cambiamento tacito sarebbe inammissibile perché in netto contrasto con la *ratio* intrinseca all'emanazione di una costituzione scritta¹⁸⁹.

Impostando le sue riflessioni in senso critico rispetto all'orientamento ora richiamato, Esposito poneva l'accento sulla natura della costituzione come «specie di legge (con speciale materia) di fronte alla quale vigono quindi tutti i principi generali sulla nascita, vita e abrogazione degli atti legislativi».

¹⁸⁷ Cfr. MORTATI C., *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, ora in *“Una e indivisibile”* (con prefazione di A. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁸⁸ Cfr. *Op. cit.*

¹⁸⁹ Si leggano i rilievi svolti da ESPOSITO F., in *La validità delle leggi*, ristampa inalterata della ed. del 1934, Giuffrè, Milano, 1964, spec. p. 180 e ss.

Alla luce di tale rilievo, congiunto ad altri, quale ad esempio la constatata impossibilità che una costituzione regoli da sola, e per l'intero, tutta la materia costituzionale, l'Autore reputa incontestabile l'ammissibilità di mutamenti taciti delle costituzioni scritte, al più potendosi dibattere circa la minore opportunità di una legge che innovi le disposizioni costituzionali senza intervenire sul testo della costituzione¹⁹⁰.

Per l'analisi del dibattito dottrinale avente ad oggetto i mutamenti taciti non possono poi trascurarsi gli approcci di S. Tosi e F. Pierandrei, sviluppati in opere dagli Autori specificatamente dedicate alla tematica che ci impegna.

Pierandrei definisce, in termini generali, le modificazioni tacite della costituzione come «il fenomeno in conseguenza del quale l'ordine supremo dello Stato viene ad atteggiarsi, nel corso del tempo, in modo diverso da quello voluto dai precetti della costituzione medesima, che permangono immutati»¹⁹¹.

¹⁹⁰ Testualmente, p. 182 ss., *Op. cit.*, i rilievi sui quali Esposito fonda la tesi dell'ammissibilità dei cambiamenti taciti: «...la constatazione che nelle costituzioni non si contiene per intero, o solamente, materia costituzionale, e che la costituzione rimanda spesso, come a suo completamento, a leggi ulteriori da non incorporarsi nel suo testo; il rilievo che la costituzione non è che una specie di legge (con speciale materia) di fronte alla quale vigono quindi tutti i principi generali sulla nascita, vita e abrogazione degli atti legislativi; tutti questi rilievi valgono a confermare come sia inesatto sostenere che nei paesi a costituzione scritta sono ammissibili solo mutamenti espressi della costituzione».

Si veda anche p. 187, ove l'A. conclude che «nel silenzio dovrà ritenersi che il legislatore costituente ha, nel suo campo, quei medesimi poteri che il legislatore ordinario ha rispetto alle leggi ordinarie, alle quali non è imposto il limite della generalità o vietato di derogare a leggi anteriori salvo che vi siano esplicite disposizioni di diritto positivo».

Dell'A. si considerino anche le riflessioni svolte alla voce *Consuetudine (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IX, Giuffrè 1961, circa la capacità integrativa riconoscibile all'elemento consuetudinario innanzi ad effettive lacune della disciplina costituzionale.

¹⁹¹ PIERANDREI F., *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della costituzione* (1951), poi in *Scritti di diritto costituzionale*, con Prefazione di Leopoldo Elia, Vol. I, Giappichelli, Torino, 1965, cit. 83. In *Op. cit.*, l'A. rinviene nelle modificazioni tacite «la più evidente manifestazione di

Circa i fattori causali del fenomeno in parola, l'Autore riconduce quest'ultimo alla necessità di soddisfare esigenze della collettività prima non avvertite; al constatato *superamento* dei precetti costituzionali rispetto alle inarrestabili dinamiche dei rapporti politici, nonché all'eventualità che si presentino ipotesi di fatto *nuove* di fronte alle quali la fonte costituzionale si riveli lacunosa¹⁹², e dunque, in un'espressione, a quell'evoluzione incessante di ogni ordinamento sulla quale ci siamo concentrati nella Prima parte del presente studio.

Quali che siano le modalità attraverso le quali si registra il mutamento, il ruolo determinante è infine sempre svolto dalle forze politiche¹⁹³.

Peraltro, nel riconoscimento della centralità di queste ultime, le riflessioni di Pierandrei non si discostano di molto da quelle di Mortati, con l'identificazione dei cambiamenti taciti della costituzione quale portato della dialettica tra precetti costituzionali e forze politiche esercenti la propria funzione nella forma di governo parlamentare.

quella discrepanza che necessariamente esiste fra costituzione *scritta* e costituzione *effettiva*», 85, corsivo del testo, ed ancora, «questa diversità dalla realtà giuridica dal suo schema formale è dovuta a fattori diversi, in forza dei quali o, semplicemente, si attribuisce alle norme scritte un'interpretazione differente da quella in precedenza accolta o da quella che sembrerebbe dover essere accolta, oppure (...) si contravviene ad esse, senza provvedere ad un loro esplicito emendamento», 89.

¹⁹² Cfr. *Op. cit.*, 89-90. In virtù di tali circostanze, deve registrarsi che «le costituzioni scritte sono lo schema formale che garantisce l'unità dell'organizzazione dello Stato nei confronti delle diverse forze politiche; ma al di sotto di esse – e sotto il loro impulso – l'ordinamento concreto, materiato dalla realtà sociale, si evolve in modo incessante». Se alcuni mutamenti sviluppatasi tacitamente non sono meritevoli di accoglimento e vanno considerati inammissibili, ve ne sono altri che, in quanto conformi alla costituzione, sono suscettibili di valutazione positiva, specie ove «si ponga mente a quelle considerazioni di alta opportunità che consigliano di tenere quanto più possibile immutata la legge suprema dello Stato, in cui, specialmente se essa è di antica data, si vedono raccolte le tavole dei valori tradizionali, secondo i quali la collettività è indirizzata nel corso della sua storia», *Op. cit.*, 97.

¹⁹³ Cfr. *Op. cit.*, 93

Definito il fenomeno in termini generali, Pierandrei torna ad analizzarlo con specifico riferimento alla nostra Costituzione, al fine di verificare se quest'ultima possa o meno esservi soggetta.

A tale interrogativo, l'Autore fornisce risposte diverse per ciascun fattore determinativo delle modificazioni tacite, così elaborando una sorta di classificazione utile alla nostra ricerca.

- 1) Leggi emanate, in regime di costituzione rigida, sì attraverso il procedimento rafforzato previsto per la revisione costituzionale, ma il cui contenuto sostanziale contravviene al Testo scritto, senza che al contempo si provveda ad un emendamento espresso di quest'ultimo¹⁹⁴:

per tale ipotesi, Pierandrei non sembra avanzare dubbi di legittimità.

Per mezzo dell'art. 138 Cost., infatti, potrà ben darsi che il Testo subisca delle modificazioni tacite. Non vi sono, invero, ragioni che inducano a considerare l'espressione «leggi di revisione» di cui all'art. 138 Cost. come riferibile alle sole ipotesi di modifica testuale della Costituzione.

Una volta adottato il procedimento rafforzato delineato dall'art. 138 Cost., peraltro, nemmeno la Corte costituzionale potrebbe fondatamente sostenere l'illegittimità del mutamento operato.

- 2) Modificazioni tacite derivate dall'attività degli organi fondamentali dello Stato, così come delle Regioni, nell'esercizio delle loro normali funzioni¹⁹⁵:

sebbene possano in concreto registrarsi, queste potranno agevolmente essere arginate dalla Corte costituzionale, alla quale l'art. 134 Cost. accorda la competenza sulle controversie relative alla legittimità

¹⁹⁴ Cfr. *Op. cit.*, 125 ss.

¹⁹⁵ Cfr. *Op. cit.*, 127 ss.

costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, nonché sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, tra Stato e Regioni e tra le Regioni medesime.

Nell'esercizio di tale competenza istituzionale, la Corte sarà certamente abilitata a dichiarare costituzionalmente illegittimi i provvedimenti dei suddetti organi adottati in violazione delle disposizioni costituzionali.

- 3) Le modificazioni del tessuto costituzionale tacitamente intervenute per mezzo di consuetudini o regole convenzionali nel tempo affermatesi¹⁹⁶:

l'ammissibilità/inammissibilità delle consuetudini andrà valutata in base ad una loro lettura congiunta con le disposizioni della Carta, potendo tanto le consuetudini quanto le convenzioni svilupparsi solo nella misura in cui le norme scritte glielo consentano.

Modificazioni tacite ammissibili potranno dunque farsi derivare dalle consuetudini *secundum* e *praeter legem*, tanto più in ragione del carattere elastico di alcune delle disposizioni costituzionali¹⁹⁷.

Non potrà dirsi lo stesso delle consuetudini *contra legem* e delle desuetudini, sia perché un loro riconoscimento finirebbe per vanificare il principio di certezza del diritto; sia perché, dal punto di vista strettamente giuridico, alla loro ammissibilità osta l'art. 15 delle Disp. prel. al Codice civile, nella parte in cui esso stabilisce che le leggi non possono essere abrogate che da leggi posteriori, così fissando un principio *a fortiori* valevole per la Costituzione.

In altri termini, nell'esercizio della sua giurisdizione, la Corte costituzionale sarà tenuta a valutare la compatibilità delle consuetudini con il sistema costituzionale, dovendo dichiarare

¹⁹⁶ Cfr. *Op. cit.*, 128 ss.

¹⁹⁷ Per il quale si rinvia alla Prima parte della trattazione.

invalidi i comportamenti espressivi di quelle consuetudini che appaiano contro la Costituzione.

Con specifico riferimento alle regole convenzionali, sebbene sia da riconoscere la competenza, in capo alla Corte, di censurare quelle tra di esse che si pongano in contrasto tanto con la lettera quanto con lo *spirito* della Costituzione, Pierandrei osserva come tale controllo di costituzionalità non sia talvolta sufficiente ad impedire che in concreto le diverse forze politiche attribuiscono alle norme costituzionali quella specifica «colorazione» che, rispetto ad altre, trovino più idonea all'esercizio delle attività che ad esse competono ed allo stabilimento dei reciproci rapporti¹⁹⁸.

Tosi imposta la riflessione sulla tematica *de qua* tracciando sin dagli esordi una bipartizione dei fenomeni comunemente ricondotti alla categoria delle modificazioni tacite: da una parte, quelli derivati da un'interpretazione evolutiva della costituzione, da considerare come il portato di un'attività integrativa del testo costituzionale di per sé legittima; dall'altra, quei fenomeni che vanno qualificati come violazioni vere e proprie della Costituzione e, in quanto tali, sempre illegittimi¹⁹⁹.

Sembra dunque che, ad avviso di Tosi, l'unico spazio in ultima analisi accordabile alle modificazioni tacite, pena la loro illegittimità/inammissibilità, coincida con quello dell'interpretazione evolutiva dei precetti della costituzione.

¹⁹⁸ Cfr. *Op. cit.*, 136 ss.

¹⁹⁹ TOSI S., *Modificazioni tacite della costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1959, cfr. 5 ss. Le aule parlamentari rappresentano per l'A. il luogo privilegiato per l'osservazione dei mutamenti taciti, sicché, in altra opera, questi osserva che «il diritto parlamentare – nella sua vita concreta che ha per centro le assemblee – si rivela fin troppo chiaramente una “clinica costituzionale”, un campo di esperienze costituzionali continue e sempre rinnovantisi», *Diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1993, 5.

Il compito di verificare la legittimità o meno del mutamento tacito spetta naturalmente alla Corte costituzionale, in qualità di istituto al quale «*compete in sede definitiva* la tutela *giuridica* della volontà espressa dal costituente»²⁰⁰.

In particolare, le modificazioni tacite giungeranno all'attenzione della Consulta in quanto condotte per mezzo di atti o di fatti normativi.

Per quanto concerne gli atti normativi, la Corte potrà considerare come legittimi quei mutamenti - condotti mediante l'attività normativa - che si occupino di adeguare gli istituti delineati nella Carta alla realtà della costituzione materiale²⁰¹; nonché quelli che risultino espressivi di una scelta operata nella vita politica dello Stato, tra le varie opzioni contemplate nella Carta.

In entrambi i casi, perché venga detto ammissibile, l'esito del mutamento dovrà alla Corte apparire rispettoso del «sistema di garanzie e del congegno equilibratore della costituzione»²⁰².

Con riguardo ai mutamenti prodotti attraverso fatti normativi, Tosi sviluppa ulteriori riflessioni, suscitate, in primo luogo, dall'interrogativo attorno all'ammissibilità della consuetudine in regime di costituzione rigida.

²⁰⁰ *Op. cit.*, 44

²⁰¹ Il termine *adeguamento* appena utilizzato necessita di alcune precisazioni. Di fronte alla costituzione in senso materiale, Tosi suggerisce la cautela necessaria ad evitare che il concetto in parola, da «fecondo strumento di progresso scientifico, che ha aperto al costituzionalismo italiano le vie di una più approfondita e sperimentata conoscenza», degeneri in uno strumento legittimante l'anti-diritto, cfr. *Op. cit.*, 21. In particolare, l'A. ammette che la costituzione materiale, identificata nel regime, «in tanto» sia «organizzazione legittima e legittima programmazione finalistica del potere e delle forze in cui esso effettivamente si articola, in quanto si adegui, rispettandole, alle statuizioni della costituzione formale e si ponga cioè, pur essendo stato la matrice del potere costituente o addirittura potere costituente esso stesso, quale *attuazione fedele* – nell'ambito di una riconosciuta elasticità – della suprema normazione del momento instaurativo di quella forma di Stato», 30-31.

²⁰² *Op. cit.*, 60

A tale interrogativo, l'Autore risponde ammettendo, come unica possibilità, che si diano modificazioni tacite sviluppatasi in via consuetudinaria unicamente in senso esecutivo dei precetti costituzionali. La strada sarà dunque aperta alle sole consuetudini che descrivano un comportamento attuativo della Costituzione²⁰³.

Potranno, al più, considerarsi legittime quelle consuetudini che sortiscano sì effetti integrativi della costituzione, ma sempre e solo in senso rafforzativo, e mai attenuativo, dei suoi precetti²⁰⁴.

Configurano invece vere e proprie violazioni della costituzione, o c.d. *frodi alla costituzione*, le modificazioni tacite di forma omissiva, quale sistematica inerzia nell'attuazione ed applicazione di alcune disposizioni costituzionali²⁰⁵.

Si è di fronte, in tali casi, a condotte traducibili in adempienza costituzionale, dovendo ritenersi che «l'inerzia legislativa, quando

²⁰³ Cfr. *Op. cit.*, 60-61. Nel formulare la conclusione appena riportata, Tosi dichiaratamente aderisce alla tesi esposta dal Tesauro, *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova, 1957, ove la consuetudine viene considerata ammissibile in ambito costituzionale solo come strumento di un'attività di esecuzione, con conseguenze esclusioni, per essa, della idoneità a modificare o integrare la costituzione.

²⁰⁴ Cfr. *Op. cit.*, 63, ove l'A. fa l'esempio della questione di fiducia, non prevista in Costituzione, ma incorporata nella costituzione materiale (cfr. 61), con riferimento alla quale può registrarsi un'integrazione del tessuto costituzionale prodotta con l'affermarsi di una prassi rafforzativa dell'art. 94 Cost.

²⁰⁵ Nel medesimo senso, ZANGARA V., *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, 602 e ss., annovera tra le ipotesi di "frode alla costituzione" l'elusione delle disposizioni costituzionali operata «evitando di darle esecuzione attraverso l'emanazione di atti legislativi che lasciano ineseguite alcune norme di principio, la cui disapplicazione risulti da una lacuna nella normazione legislativa esecutiva delle norme stesse». Sul punto si considerino anche le acute osservazioni di GIANNINI M. S., *La costituzione «fluida»*, in *Società*, 1951, p. 497 ss., ove si rileva come la mancata attuazione di precetti costituzionali sia l'esito di una violazione ancor più grave di quella concretantesi nell'emanazione di norme in contrasto con la Costituzione, e ciò perché una condotta del legislatore del primo tipo è, in concreto, idonea «a far durare in vigore le norme precedenti la costituzione medesima».

riferibile a precetti costituzionali disattesi, si pone sullo stesso piano della legislazione contrastante con le norme costituzionali»²⁰⁶.

Le condotte omissive in parola, ad avviso di Tosi, sono censurabili a titolo di eccesso di potere legislativo, concretandosi l'inattuazione in sostanziale disapplicazione di una norma di grado superiore e, conseguentemente, in illecita attività di revisione costituzionale, la quale ultima non può certamente dirsi libera, bensì vincolata ai fini ed alle modalità di esercizio che il costituente ha per essa dettato²⁰⁷.

Tosi ritorna sul tema delle modificazioni tacite ne *La direttiva parlamentare*²⁰⁸, ove gli atti di modificazione tacita, seppur informali, vengono considerati dotati di una particolare "forza politica" che gli deriva dalla natura dell'organo che li pone in essere, ossia, nelle riflessioni di Tosi, principalmente il Parlamento.

Più in particolare, le dinamiche costituzionali informali sembrano potersi affermare soltanto nell'ambito dell'indirizzo politico sul quale si fonda il rapporto tra Parlamento e Governo. È nell'alveo di tale rapporto, e nel diritto parlamentare quale «clinica costituzionale», che potranno osservarsi queste esperienze di rinnovamento costituzionale per una via sì informale ma sempre conforme a Costituzione.

Seguendo tale impostazione, l'indirizzo politico parlamentare assurge a strumento di garanzia della normatività della Costituzione, quale

²⁰⁶ TOSI, *Op. cit.*, 65.

²⁰⁷ Né potrebbe obiettarsi alle argomentazioni di Tosi facendo leva sull'assenza di sanzione in capo al legislatore per le ipotesi di inadempienza in discorso. Invero, lo stesso A. (*Op. cit.*, 66) anticipa possibili obiezioni sul punto ponendo all'attenzione del lettore gli istituti giuridici idonei a produrre effetti sanzionatori per i casi in parola: la mozione di sfiducia avanzata dai gruppi parlamentari nei confronti del governo; la petizione e l'iniziativa popolare delle leggi di titolarità dei cittadini, nonché la possibilità, per questi ultimi, di adire la Corte costituzione impugnando, per incostituzionalità sopravvenuta, le leggi anteriori indebitamente ancora vigenti.

²⁰⁸ TOSI S., *La direttiva parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1969

criterio selettivo utile a distinguere le dinamiche informali legittime da quelle illegittime²⁰⁹.

Rispetto a tali prime riflessioni, propense a individuare nel diritto parlamentare il *locus* privilegiato per i mutamenti costituzionali informali operati dalle forze politiche, è dato poi individuare una certa evoluzione della quale si renderà conto nel capitolo che segue.

3. Attori e luoghi del mutamento costituzionale informale.

3.1 Il diritto parlamentare come “*clinica costituzionale*” delle esperienze di rinnovamento costituzionale.

L’analisi dei contributi sopra citati ci ha aiutati ad osservare come, nei primi anni dell’esperienza repubblicana, in fase di iniziale attuazione delle disposizioni costituzionali, le aule parlamentari rappresentassero il più fertile terreno per lo sviluppo di mutamenti taciti o informali della nostra Carta.

Si ricorderà, in proposito, come, in quegli anni, fosse radicata la convinzione che le disposizioni costituzionali, più che rivolte a governare i rapporti tra i consociati, avessero come destinatari *in primis* i poteri pubblici, e, fra tutti, il legislatore.

Anche Crisafulli, che pur intendeva rifuggire da una classificazione di alcune delle disposizioni costituzionali come meramente programmatiche tale da attenuarne la normatività, finiva per definire le *norme-principio* della Costituzione come «indirizzo politico tradotto in termini di norme costituzionali» connotate da una

²⁰⁹ Nel medesimo senso, MANZELLA A., *I controlli parlamentari*, I, Milano, Giuffrè, 1970, ove si individuerà nel controllo parlamentare la garanzia della conformità a Costituzione del mutamento informale.

normatività esprimendosi con «l'esercizio obbligatorio della potestà legislativa»²¹⁰.

Si riteneva, in sostanza, che il percorso per l'affermazione in concreto della piena normatività della Costituzione dovesse passare in misura privilegiata (diremmo quasi esclusiva) per la sua attuazione, di cui era fatto onere, *in primis*, al legislatore.

3.2. Ampliamento dell'oggetto del dibattito oltre i confini del diritto parlamentare. L'interpretazione evolutiva delle leggi rispetto alla Costituzione e il giudice delle leggi quale *prolungamento* del potere costituente o «costituente permanente».

Comincia poi a farsi strada l'idea che il diritto parlamentare non sia il solo ambito dall'esame del quale è dato registrare, nel tessuto costituzionale, delle modificazioni tacite.

Se, in una prima fase, la preoccupazione è di attuare quanto richiesto dalle disposizioni costituzionali, segue infatti il periodo della loro applicazione in concreto.

Alla costituzione materiale, che spinge le forze politiche verso esiti innovativi rispetto alle disposizioni formalmente vigenti, si affianca una costituzione *vivente*²¹¹, della quale è promotrice e protagonista la giurisprudenza costituzionale.

²¹⁰ V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione* (1948), in Id., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 27 ss. Sulla teoria della natura, prevalentemente se non esclusivamente, programmatica delle disposizioni costituzionali e sulla ratio in virtù della quale questa si affermò negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Carta, si veda, tra gli altri, BIN R., *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.* 2007.

²¹¹ Potremmo ritenere che la differenza sostanziale tra le due espressioni risieda nella più ampia platea di soggetti nell'operato dei quali la seconda, la costituzione *vivente*, si sviluppa. Come quella *materiale*, la costituzione *vivente* chiama in causa tutti gli attori istituzionali, ma nel processo del suo arricchimento, gioca un ruolo di primaria importanza la Corte costituzionale, impegnata nella costante rigenerazione semantica delle disposizioni della Carta. Sulla giustizia costituzionale come

Invero, già Pierandrei si era mostrato ben consapevole del ruolo chiave affidato alla Consulta nell'attività di specificazione dei precetti dettati dalla Carta, come del carattere naturalmente evolutivo dell'interpretazione tutta e, specialmente, di quella costituzionale²¹².

E di ciò si ebbe conferma quando la Corte costituzionale venne istituita e, pronunciandosi per la prima volta con sentenza del 14 giugno 1956, relegò definitivamente all'angolo la dibattuta distinzione fra norme costituzionali direttamente precettive e norme meramente programmatiche.

La Corte inaugurava la propria attività affermando come indiscussa la propria «competenza esclusiva a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge».

“cuore” del *diritto costituzionale vivente* nell'età contemporanea, e sulla centralità conseguentemente da attribuire all'interpretazione costituzionale, si veda RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009 (quarta ed.), spec. pp. 114 e ss.

Sul *diritto vivente*, tra gli altri, PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni”*, Giuffrè, Milano, 1994, ove a base del concetto in parola viene posta la possibilità che di un medesimo testo legislativo si diano più interpretazioni, tra le quali una si impone sulle altre in virtù del suo essere applicata dalla prevalente giurisprudenza, a riprova della capacità dell'interprete di determinare il senso concreto ed effettivo del testo legislativo (cfr. 18). Nel contributo citato, in ordine al riconoscimento di una natura intrinsecamente poliseno di ogni testo legislativo, ed alla, conseguente, necessità che quest'ultimo venga agganciato ad un'interpretazione specifica e più ricca di quella meramente letterale, l'A. richiama utilmente gli insegnamenti offerti da ASCARELLI T., raccolti in particolare in *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in Riv. Dir. Proc., 1957.

Per più ampi riferimenti bibliografici sul tema del diritto vivente, si rinvia a CAVINO M., *Diritto vivente*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, IV aggiornamento, UTET, Torino, 2010, pp. 134 e ss.

²¹² Oltre ai rilievi svolti in *La Corte costituzionale* già cit., si considerino anche le considerazioni sviluppate dall'A. ne *L'interpretazione della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Rossi*, Milano, 1952, ove il carattere evolutivo dell'interpretazione viene fatto discendere, da una parte, dalla necessità di riferire la norma al sistema che è, nel frattempo, in continuo svolgimento; dall'altra, dal dover dispiegare la norma astratta in tutto il suo significato in modo da renderla idonea a disciplinare la multiforme varietà della vita concreta. Tali essendo gli obiettivi che l'interprete si prefigge, l'interpretazione delle norme giuridiche non può non presentare carattere evolutivo, e ciò è a dirsi ancor di più per l'interpretazione delle disposizioni costituzionali. Cfr. 501 e ss.

Al contempo, la Corte rilevava la totale infondatezza dell'assunto secondo il quale l'illegittimità costituzionale potesse riferirsi alle sole leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori. E ciò, sia per il tenore letterale dell'art. 134 Cost, il quale non traccia alcuna delimitazione in tal senso; sia per ragioni logiche, essendo «innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, o siano posteriori a quelle costituzionali. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura nel sistema di Costituzione rigida, deve prevalere sulla legge ordinaria»²¹³.

È evidente come, in tali termini, la Consulta spiani la strada alla giurisprudenza costituzionale, sconfessando la tesi per la quale l'incostituzionalità potesse valere unicamente *pro futuro* come sanzione per eventuali interventi legislativi illegittimi e, così, ridimensionando anche l'idea allora diffusa del legislatore come unico vero destinatario dei vincoli tracciati in Costituzione, i quali adesso sono invece destinati a dispiegarsi in tutto l'ordinamento.

Tramontata anche la distinzione tra norme programmatiche e precettive, almeno per quanto concerne i giudizi di legittimità costituzionale, si registra una decisa svolta nel ruolo della Costituzione e, conseguentemente della Corte.

Per dirla con Fioravanti, «quella Costituzione, che prima doveva guadagnarsi sul campo la propria normatività, di volta in volta, attraverso lo strumento delle leggi di attuazione, è ora in modo chiaro

²¹³ Cfr. *Considerato in diritto*, Corte cost. n. 1 del 1956, consultabile in www.giurcost.org. Intorno a tale pronuncia, si leggano le riflessioni svolte da BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, spec. 122 ss.; ma anche FIORAVANTI M., *L'attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale*, Relazione al Convegno "La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino", svoltosi a Bergamo, 28-29 ottobre 2005.

la norma giuridica suprema, prima di tutto perché i giudici la considerano tale, dovendo essi in primo luogo garantire la sua applicazione, o comunque operare perché le altre fonti di diritto non si pongano con essa in contrasto»²¹⁴.

La Costituzione non è più, prima di ogni altra cosa, indirizzo fondamentale che abbisogna di un'attuazione per mano politica o legislativa. La dimensione in cui questa trova la più ampia realizzazione, in qualità di vera e propria norma giuridica da applicare in ogni sua parte, è sempre più quella giurisdizionale.

La svolta di cui si è appena detto ha delle ripercussioni anche nella fenomenologia che qui stiamo analizzando: se, in fase di prima attuazione delle disposizioni costituzionali, il Parlamento e l'operato delle forze politiche vengono individuati come la *clinica costituzionale* produttiva, più delle altre, di mutamenti informali, adesso si osserva come questi ultimi trovino un terreno sempre fertile anche nell'attività della Corte costituzionale.

²¹⁴ FIORAVANTI M., *L'attuazione della Costituzione cit.* Tale transizione è finemente ricostruita da Fioravanti anche ne *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana*, rinvenibile in *astrid-online.it*, ove si descrive, quale esito dell'evoluzione in parola, l'ingresso in campo dell'«altro lato della Costituzione, che nel costituzionalismo dei nostri Costituenti affiancava quello della attuazione politica», in una «costruzione a due lati...: da una parte l'aspirazione alla 'grande politica', costituzionalmente ispirata, dall'altra il valore del limite, da porre in modo fermo nei confronti di ogni politica». Il lato principale diviene adesso quello delineato dall'art. 1, comma secondo della Cost., in virtù del quale la sovranità, appartenente al popolo, si esercita nelle *forme* e nei *limiti* dettati dalla Costituzione. Quale conseguenza? La realizzazione dei principi costituzionali trova un maggior spazio nella dimensione dello *ius dicere*, «come strumento di riconduzione alla regola, costituzionalmente fondata, di ogni volontà, pubblica o privata, politica o sociale, o economica...».

Sull'importante ruolo di fattore attivo nello sviluppo del sistema normativo costituzionale che la Corte ebbe ad assumere dalla sopracitata sentenza in poi si veda anche BOGNETTI G., *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana* già citata, spec. 60 ss.. In tale sede, l'A. svolge anche un *excursus* volto a ricostruire le scelte operate in esecuzione del ruolo in parola nei grandi settori dell'ordinamento, concludendo con la registrazione di «varie operazioni riplasmative dei significati della Costituzione – in concomitanza, a rinforzo, talvolta a contrasto delle operazioni dei Poteri politici dello Stato...», e dovendo infine riconoscere che «la Corte ha acquistato per sé il rango di un vero Potere nel sistema contemporaneo della divisione dei poteri», imboccando la via di uno sviluppo «né atteso né voluto da chi scrisse la Carta» (cfr. 64).

Con una differenza sostanziale: se le dinamiche informali registrabili nel contesto dell'operato degli organi politici possono ritenersi indotte dai rapporti di forza instauratisi tra di esse, sul solco della costituzione materiale di fatto vigente; le innovazioni informalmente apportate dalla Corte in punto di interpretazione sono, di regola, sviluppate e sostenute da argomentazioni di natura giuridica²¹⁵.

Da qui, l'idea della Corte come «costituente permanente»²¹⁶, impegnata nel duplice ruolo di verificare la conformità a Costituzione delle dinamiche informali in ordine alla cui legittimità è chiamata a pronunciarsi, ed al contempo, di portare essa stessa avanti un'attività integrativa e specificativa del testo costituzionale per via ermeneutica.

Tale ultima via è dunque, nel tempo, diventata quella privilegiata nel perseguimento dell'obiettivo di affermazione della piena normatività della Costituzione in ogni sua parte²¹⁷.

²¹⁵ Tale mutamento di prospettiva è ben sintetizzato da GRASSO N., *La cultura italiana di fronte ai mutamenti costituzionali informali*, Riv. diritto pubblico comparato ed europeo, 2009, IV, 1674, per il quale «lo spostamento di attenzione finisce col privilegiare la dimensione giudiziale della dinamica costituzionale, a discapito di quella politica, in cui prevale una regolarità che non si struttura argomentativamente o per passaggi interpretativi, ma secondo rapporti di forza o convenienza».

²¹⁶ Per tutti SPADARO A., *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro di costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali* 3/1998, ove l'A. riconosce, alla funzione di «estrapolare, nel corso del tempo, le norme viventi (...) dal testo costituzionale storico», l'esito di un'«interpretazione «quasi-autentica» dell'atto costituito, che consente di attribuire alla Corte costituzionale, nel sistema, l'intrinseca natura di «costituente permanente»», cit. 358.

²¹⁷ In tal senso, le considerazioni introduttive formulate da RUGGERI A. sulla progressiva centralità del giudice costituzionale nel ruolo di «vestale della Costituzione», alla quale si è di pari passo accompagnato un accrescimento della «forza» della Costituzione stessa, della sua capacità di invernamento e radicamento profondo nel tessuto della società e dell'ordinamento...*Carta e Corte...finiscono per essere, a conti fatti, una sola cosa...nella seconda specchiandosi la prima, nelle sue concrete fattezze, nei suoi modi di essere e di divenire*», cfr. *Esperienze di giustizia costituzionali, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale* n. 4/2008. Utili spunti, nel contributo ora citato, anche con riferimento a come la Corte, nella veste appena esposta, si impegni a sintetizzare le diverse istanze riportabili ora alla politica, ora al diritto

4. Dai primi anni della Repubblica ad oggi: il moltiplicarsi degli spazi per le dinamiche costituzionali informali. Le più recenti letture delle dinamiche costituzionali informali nella dottrina italiana e le diverse vie per conferire ad esse definitiva rilevanza giuridica.

Abbiamo osservato, nel capitolo che precede, come, nel corso degli anni, si sia arricchito l'ambito dei mutamenti costituzionali informali, agevolmente registrabili adesso da più punti di osservazione.

Ne discende che, agli occhi dello studioso che intenda analizzare le dinamiche costituzionali informali nel loro complesso, il terreno appare, sì fertile, ma ancor di più scosceso, dovendo aggiungersi alla "fuga" da ogni schema prefissato quale tendenza connaturata alle dinamiche informali (proprio perché tali), l'ulteriore caratteristica della *multipolarità*²¹⁸, derivando le innovazioni in parola da più

costituzionale, «tenendosi discosta da entrambi i corni di un'alternativa alle volte soffocante: quello del mantenimento del testo di legge qual è, che appagherebbe la politica ma non soddisferebbe, del tutto o in parte, la rigidità della Costituzione, e quello dell'abbattimento del testo stesso, che non preserverebbe il bisogno naturale (dalla stessa Costituzione riconosciuto come vitale) della politica di spiegarsi negli ambiti suoi propri con pienezza di effetti e, talora, non gioverebbe appieno neppure alla Costituzione, in una certa misura servita dall'atto impugnato». Da qui la necessità di un'interpretazione idonea a collocarsi nel punto di equilibrio tra istanza di innovazione ed istanza di conservazione.

Per BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre, A. Sapadaro (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, 79 ss., la Corte opera in quella «spaccatura tettonica lungo cui si svolge la teoria della separazione dei poteri». Essa si muove tra la volontà politica, legittimata dalla rappresentanza, e la ragione tecnica, legittimata dall'argomentazione, tra forza modificativa del potere e forza modificativa della retorica. Cfr. BIN R., *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico nei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi (cur.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1993, 8 ss.

²¹⁸ L'espressione è di CORTESE F., *Le trasformazioni recenti dell'ordinamento italiano tra revisione e attuazione della Costituzione repubblicana*, in *La manutenzione costituzionale*, a cura di F. Palermo, Cedam, 2007, pp. 181 e ss., spec. 200. In particolare, la *multipolarità* in parola (cfr. *op. cit.*, 208 e ss.) si manifesta sotto un duplice profilo: in primo luogo, le trasformazioni informali si concretizzano secondo più meccanismi alternativi; in secondo luogo, i poli attivi coinvolti (legislativo ed interpretativo) «a volte tendono a convergere, magari stimolando l'attivazione del procedimento formale di revisione...altre volte finiscono per divergere, eventualmente anche eleggendosi a reali testimoni di un'asserita ed autentica voce costituzionale, e creando così fenomeni di potenziale cortocircuito». Per esempi di tale cortocircuito, *Op. cit.*, pp. 209 e ss.

attori, i quali si trovano ad incidere sul tessuto costituzionale in sedi e verso direzioni non sempre tra loro confluenti.

Così, a favorire i mutamenti è talvolta il Parlamento con interventi legislativi tesi ad attuare, talvolta integrandole, le disposizioni della Costituzione, nel ventaglio delle soluzioni che l'indirizzo politico costituzionale da questa fissato ha inteso ammettere; talvolta è il Governo, propenso a mantenere regole di natura consuetudinaria o convenzionale connotanti il suo operato in concreto a fianco di quelle dettate dalla Carta; talvolta ancora è il potere giudiziario²¹⁹ a promuovere innovazioni per il tramite di un'interpretazione che si è detto sopra assumere in taluni casi l'aspetto di una *rigenerazione semantica* delle disposizioni costituzionali.

L'acquisita consapevolezza del proliferare, in più sedi di rilievo costituzionale, delle dinamiche informali ha indotto la dottrina alla formulazione di ulteriori concetti sul punto.

Si è ad esempio fatto ricorso al concetto di «manutenzione» costituzionale²²⁰, come attività tesa ad aggiornare al livello formale la Carta alla luce dei mutamenti già affermatasi in via informale.

In ordine alla pluralità dei luoghi in cui si rintracciano gli atti informali del mutamento, anche GRASSO N., *La cultura italiana di fronte ai mutamenti costituzionali informali* cit., spec. 1676 ss., ove, tra di essi, si annoverano le prassi e consuetudini integrative, influenzate dagli assetti politici; il nuovo protagonismo suppletivo del potere giudiziario, accentuato dal diffondersi dell'interpretazione costituzionalmente conforme e del c.d. diritto vivente; il quadro delle competenze Stato-enti territoriale, e le trasformazioni che lo hanno interessato; la ricomposizione delle fonti fatto nel contesto del pluralismo contemporaneo; la raccolta delle sollecitazioni di derivazione "extraordinamentale".

²¹⁹ Sebbene si sia scelto di concentrarsi, nelle pagine che precedono, sul ruolo-chiave assunto dalla Corte costituzionale sin dagli esordi della sua istituzione, si consideri sottinteso come agli esiti innovativi in discorso si pervenga spesso per la via di interpretazioni giurisprudenziali affermatesi in un contesto non isolato ma di scambio/dialogo tra giudice ordinario e costituzionale.

²²⁰ L'espressione è di PIZZORUSSO A., *La Costituzione ferita*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 47 ss., ove tale attività viene definita come modificazione, correzione, aggiornamento della Carta alla luce dei sopraggiunti mutamenti di fatto e di diritto successivi alla sua entrata in vigore.

Le tesi da taluni sostenute suggerirebbero, cioè, un rovesciamento di prospettiva per il quale, il mutamento, una volta sviluppatosi informalmente e in via di fatto, solleciti una sua propria *sistemazione* attraverso la revisione costituzionale formale, la quale ultima si sostanzierebbe, più che in un'innovazione, nella registrazione formale di un cambiamento di per sé già avvenuto²²¹.

5. Sintesi delle modalità del mutamento costituzionale informale.

Svolti sopra, seppur brevemente, dei cenni sui contributi dottrinali offerti sul tema dei mutamenti costituzionali informali, è più agevole, adesso, tirare le fila del discorso sintetizzando le possibili modalità degli stessi, ciascuna con i propri attori e finalità, prima di esaminarne alcuni esempi concreti nell'esperienza costituzionale italiana.

Deve peraltro premettersi che la materia in parola, proprio perché facente capo a trasformazioni registrabili solo a livello informale, sfugge per natura ad operazioni di carattere classificatorio,

²²¹ In tal senso, si vedano ancora una volta le riflessioni di CORTESE F., *Le trasformazioni recenti dell'ordinamento italiano* cit., ove, preso atto dell'incombente polifonia di operazioni e procedimenti, diversi nelle modalità e talvolta anche nei fini, ma tutti idonei ad incidere sul complesso delle disposizioni costituzionali, si promuove l'attività di *manutenzione costituzionale*, quale innovativa e sostenibile sembianza della modificazione costituzionale (cfr. p. 185), naturalmente destinata a dividersi tra fattispecie formali ed informali, in un costante dialogo tuttavia ancora bisognoso di ulteriori integrazioni (cfr. p. 240). Nell'opera di cui fa parte il contributo appena citato, si vedano le premesse formulate da PALERMO F., *La "manutenzione" costituzionale: alla ricerca di una funzione*, in *La «manutenzione» costituzionale*, Cedam 2007, a cura dello stesso A., ove si dichiara lo scopo della ricerca intrapresa nell'analisi della tensione tra modifica e conservazione della costituzione, rintracciando l'esigenza avvertita negli ordinamenti moderni di superarla attraverso metodi che l'A. sussume in una funzione nuova, identificabile appunto nella "manutenzione costituzionale". In specie, Palermo ritiene che tale funzione configuri il prodromo di un «codice di procedura dell'aggiornamento costituzionale», intendendo per aggiornamento un fenomeno complessivo e comprensivo sia della dimensione formale che di una dimensione informale (cfr. pp. 1-12).

prestandosi piuttosto ad essere individuata ed approfondita per mezzo di un'attività esemplificativa.

Procederemo comunque all'individuazione di alcune aree nelle quali le integrazioni e/o distorsioni in parola hanno prodotto gli effetti più vistosi pur mantenendo inalterato il contenuto letterale delle disposizioni della Carta.

Possono innanzitutto ravvisarsi delle modificazioni apportate alle disposizioni costituzionali nella sede della loro concreta applicazione ad opera delle forze politiche.

Alcune di tali modificazioni possono considerarsi legittime, nella misura in cui siano il portato di integrazioni operate dagli operatori entro margini rimasti privi di regolamentazione specifica da parte delle disposizioni costituzionali ed a condizione che si mantengano coerenti con queste ultime, e con i limiti, tanto espliciti quanto impliciti, che dalle stesse è dato trarre.

Anche nell'integrazione può infatti ravvisarsi l'effetto finale di una modifica²²².

Può, peraltro, assistersi, negli spazi vuoti di cui si è detto, al progressivo consolidarsi di prassi che entrino in contrasto con le disposizioni costituzionali e che, superando la soglia di tolleranza dell'equilibrio tracciato in Costituzione, si auspica subiscano, dopo un più o meno esteso periodo di tempo, una battuta d'arresto per mano della Corte costituzionale.

Al contempo, innovazioni riconducibili alla categoria delle trasformazioni informali possono derivare dall'attività di

²²² Ed invero, anche *“l'integrazione è...pur sempre una “modifica” e, in un certo senso, una “deroga”: lo è per il caso che si intenda il silenzio del Costituente quale espressivo di una voluntas excludendi ma lo è anche per il caso che esso si consideri “neutro”, dal momento che ciò che viene aggiunto, facendo “sistema” con ciò che era scritto prima, innova pur sempre, in maggiore o minore misura, a quest'ultimo”*, A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3.

interpretazione giurisprudenziale, sviluppata principalmente, ma non solo, dalla Consulta, quando tale attività sfoci in risultati comunemente detti *creativi*, inserendo tra le maglie della Costituzione significati, implicazioni, specificazioni in essa non esplicitati.

Infine, possiamo ravvisare incisive alterazioni del quadro costituzionale nel suo complesso derivanti dal processo di integrazione sovranazionale ed europea, il quale, ad oggi ancora *in progress*, ha già per molti aspetti superato le scarse previsioni che in materia dettava la Costituzione.

Esamineremo nel prosieguo alcune vicende emblematiche.

6. Vicende emblematiche

6.1 Il caso “Mancuso”. Il riconoscimento da parte della Consulta di fonti integrative del testo costituzionale.

Nel 1995, sotto il governo Dini, il magistrato Filippo Mancuso viene nominato Ministro della Giustizia.

Nel maggio dello stesso anno, Mancuso avvia un’insistente serie di ispezioni sul comportamento del pool milanese “*Mani Pulite*”, sospettato di aver violato alcune norme procedurali nel corso delle indagini su Tangentopoli.

Tali iniziative suscitano dure polemiche ed il Governo si dissocia dall’operato del ministro invocando un “*insanabile contrasto*” tra i provvedimenti in discussione e la linea di governo.

Il 19 ottobre di quello stesso anno, il Senato vota una mozione di “sfiducia individuale” nei confronti del ministro, impegnandolo a rassegnare le dimissioni²²³.

²²³ Il ministro Mancuso si difese in Senato, ma la mozione fu comunque approvata con 173 sì, 3 no e 8 astenuti.

Il giorno stesso, il Presidente del Consiglio ed il Capo dello Stato preparano un decreto in virtù del quale il primo assumerà *ad interim* l'incarico di Ministro della Giustizia, ritenendosi venuta meno, in virtù della mozione votata dal Senato, “*la condizione essenziale e indefettibile della permanenza nella carica di Ministro del dottor Filippo Mancuso*”.

Mancuso ricorre alla Corte Costituzionale contro il decreto, ed al contempo solleva conflitto di attribuzione nei confronti del Senato, accusandolo di interferire nelle sue attribuzioni ministeriali e contestando la stessa possibilità per le Camere di votare la sfiducia ai singoli ministri, anziché all'intero Governo.

Esposta in breve la vicenda, mettiamo in luce alcuni aspetti che resero la stessa particolarmente tortuosa.

L'art. 94 Cost. contempla esclusivamente la fiducia accordata o revocata dalle Camere nei confronti dell'intero Governo.

Applicando in chiave estensiva la disposizione, i regolamenti parlamentari avevano riconosciuto la figura della sfiducia individuale, la quale era già stata più volte impiegata nell'esperienza repubblicana come efficace strumento con cui l'opposizione esprimeva la più aperta ed aspra forma di critica nei confronti del Governo.

Di norma, però, in tali casi operava quasi automaticamente la c.d. *solidarietà ministeriale*: il Governo si affrettava a difendere il ministro attaccato e risolveva la *querelle* riconducendo l'operato di quest'ultimo all'indirizzo politico del Governo.

Se anche lo scontro non si fosse sopito, per tale via, la questione di fiducia era ormai trasferita all'intero Governo, così perdendo l'originario carattere di individualità.

Ciò non accadde nella vicenda Mancuso, dispiegatasi in un contesto politico invero del tutto peculiare.

Il Governo Dini era, infatti, un governo tecnico, privo di una precisa caratterizzazione politica.

Il caso “Mancuso” celava in sé, invece, una chiara contrapposizione tra i poli di centro-destra e di centro-sinistra in merito alla politica della giustizia.

Se il Governo avesse assunto una qualche posizione nell’intricata vicenda, si sarebbe di conseguenza palesemente schierato da una parte o dall’altra, così perdendo quel connotato di neutralità grazie al quale si era, in origine, guadagnato l’appoggio dei gruppi politici. Queste puntualizzazioni, innanzitutto, per far comprendere come il contesto reale, ed il delicato equilibrio tra le forze politiche in cui si identifica la forma di governo abbiano giocato un ruolo determinante in questa come in altre vicende.

Già privo di qualsiasi forma di protezione o copertura da parte del Governo, il ministro “sfiduciato” non trovò conforto nemmeno nella Corte Costituzionale.

Nel dar torto al ricorrente, la pronuncia della Consulta scioglie alcuni nodi apparentemente inestricabili della questione e rappresenta un chiaro esempio di come l’interpretazione delle disposizioni costituzionali debba utilmente modularsi sulle circostanze correnti²²⁴.

Un primo problema che andava risolto riguardava la legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione: poteva questa riconoscersi al ricorrente in qualità di Ministro di Grazia e Giustizia?

L’art. 134 Cost. statuisce la giurisdizione della Corte Costituzionale sui “*conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*”.

²²⁴ Sent. n.7/1996, il testo integrale si trova in www.giurcost.org.

Ci si deve quindi preliminarmente chiedere cosa si intenda con l'espressione "*poteri dello Stato*".

Sul punto, la giurisprudenza costituzionale tende ad escludere che la posizione del ministro, individualmente considerata, assuma specifico rilievo costituzionale, e sia quindi qualificabile tra i poteri dello Stato ai sensi dell' art. 37 della legge 87/1953²²⁵.

Un simile orientamento riposa sulla concezione del potere esecutivo, non come "*diffuso*", ma piuttosto come potere da risolvere nel Governo considerato nella sua interezza.

Di conseguenza, ove si dia l'ipotesi di contrasto tra un potere dello Stato ed un singolo ministro, tale conflitto non potrà che coinvolgere l'intero Governo.

Tutto ciò dovrebbe naturalmente trarsi dalla logica del governo parlamentare, il quale si sviluppa attraverso l'unità di indirizzo politico ed amministrativo così come sancito dall' art. 95 Cost.

Le circostanze del caso di specie devono però indurre a formulare un discorso in parte diverso.

Qui, la mozione di sfiducia, poiché "*individuale*", colpisce esclusivamente l'operato del ministro Mancuso, distinguendolo ed isolandolo dalla responsabilità del Governo nella sua collegialità.

Riconosciuto questo tratto *anomalo* della vicenda, la Consulta ritiene di dover affermare la legittimazione del ricorrente in ordine al conflitto di attribuzione con le Camere.

Ci si concentri poi sul punto centrale del conflitto: se sia ammissibile una mozione di sfiducia nei confronti di un singolo

²²⁵ In virtù di tale disposizione, il conflitto sorge "*tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà dei poteri cui appartengono*".

ministro quale conseguenza della responsabilità politica dello stesso²²⁶.

In un passo particolarmente significativo la Corte osserva : *“il fatto che l'istituto della sfiducia individuale non sia stato tradotto in una espressa previsione non porta a farlo ritenere fuori dal quadro costituzionale. Non avendo l'Assemblea costituente preso esplicita posizione sul tema, è da ritenere che essa non abbia inteso pregiudicare le modalità attuative che la forma di governo, così come definita, avrebbe consentito. Nella interpretazione della Costituzione, occorre privilegiare l'argomento logico-sistematico: si tratta, allora, di accertare se la sfiducia individuale, benché non contemplata espressamente, possa, tuttavia, reputarsi elemento intrinseco al disegno tracciato negli artt. 92, 94 e 95 della Costituzione, suscettibile di essere esplicitato in relazione alle esigenze poste dallo sviluppo storico del governo parlamentare”*.

La soluzione sta, quindi, nell'assumere una visione di insieme del disegno tracciato tra gli artt. 92 e 95 Cost.

Dal disegno è dato trarre, all'art. 95 Cost., una responsabilità politica intesa sia collegialmente che individualmente per gli atti di ciascun dicastero.

La forma di governo parlamentare si fonda poi su un rapporto di fiducia tra Governo e Camere, scolpito nell'art. 94 Cost.

²²⁶ In realtà, come la stessa Consulta avverte: *“Pur nel silenzio della Costituzione, il dibattito in argomento è risalente, tanto che se ne trova traccia nei lavori preparatori della Costituzione stessa, soprattutto negli aspetti della responsabilità politica del singolo componente del Governo e dell'obbligo di dimissioni eventualmente sul medesimo incumbente. Già nella Commissione Forti, istituita nell'ambito del Ministero per la Costituente, si discusse ampiamente della possibilità di far valere la responsabilità politica dei singoli ministri, pervenendo, però, alla conclusione della inopportunità di "enunciare esplicitamente che la responsabilità politica, oltre che dell'intero Gabinetto, possa essere anche individuale, preferendo lasciare la questione a principi non scritti”*.

L'attività del Governo, e dei singoli ministri, deve essere finalizzata alla realizzazione dell'indirizzo politico congiuntamente determinato da Parlamento e Governo.

Ove l'equilibrio Governo-Parlamento risulti compromesso, l'ordinamento prevede gli strumenti delle dimissioni e della mozione di sfiducia.

Entrambi gli strumenti potranno interessare tanto il Governo nella sua interezza quanto il singolo ministro, in base alle ragioni per le quali è stato sollevato il conflitto tra Parlamento e Governo.

Potrà quindi ben darsi, per le circostanze del caso, una mozione di sfiducia individuale. Tale figura, pur non essendo positivamente disciplinata, trova tuttavia una propria *ratio* nella logica della forma di governo parlamentare sistematicamente intesa.

Per la Consulta, contribuiscono infatti a tracciare il disegno dei rapporti Governo-Parlamento tutta una serie di fonti integrative del testo costituzionale quali regolamenti parlamentari e prassi applicative²²⁷.

“A questi elementi - quando siano in armonia con il sistema costituzionale, come nel caso di specie - non può non essere riconosciuto grande significato, perché contribuiscono ad integrare le norme costituzionali scritte e a definire la posizione degli organi costituzionali, alla stregua di principi e regole non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di

²²⁷ Ad avviso della Corte, regolamenti parlamentari e prassi applicative rappresentano “l’inveramento storico di principi contenuti nello schema definito dagli artt. 92, 94 e 95 della Costituzione. In tal senso, e al fine di assicurare alla sfiducia individuale le stesse garanzie procedimentali previste dalla Costituzione in via generale per la mozione di sfiducia, va considerata la modifica apportata, nel 1986, dalla Camera dei deputati al proprio regolamento (art. 115), con la quale si è disposto che ‘ alle mozioni con le quali si richiedono le dimissioni di un ministro’, si applica la stessa disciplina della mozione di sfiducia al Governo, Quanto al Senato della Repubblica, non si rinviene analoga disposizione nel relativo regolamento, ma gli atti parlamentari testimoniano, nella prassi, il tutt’ altro che isolato ricorso al medesimo istituto, co il supporto di conformi pareri della Giunta per il regolamento”.

comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali”.

6.2 La nomina dei ministri da parte del Presidente della Repubblica: potere di veto o proposta vincolante?

È noto a tutti, ed è stato più volte constatato anche nel corso del presente studio, come la nostra Costituzione detti una disciplina piuttosto scarna in materia di formazione del Governo, limitandosi a statuire, al suo art. 92, che il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio e, su *proposta* di quest’ultimo, i ministri.

Null’altro è precisato circa la procedura da seguire. Gli studi aventi ad oggetto il procedimento di formazione del Governo, quindi, non hanno potuto che soffermarsi sulle concrete modalità attraverso le quali l’*iter* in parola si è articolato nel corso dell’esperienza repubblicana, sotto l’influenza del sistema politico e delle prassi consolidate nel tempo.

Le riflessioni su tale aspetto del quadro costituzionale, invero mai trascurate, sono inevitabilmente tornate all’attenzione dei costituzionalisti ed al centro del dibattito politico a seguito delle elezioni politiche del 4 marzo 2018.

I risultati delle elezioni in parola, infatti, non hanno visto nessuna delle due forze politiche uscite “vittoriose”, il centro-destra quale coalizione più votata, ed il Movimento 5 stelle come singola lista più votata, ottenere da sé la maggioranza in Parlamento²²⁸.

La concitata fase politica che ne è seguita si presenta agli occhi del costituzionalista come colma di sfaccettature meritevoli di analisi ed

²²⁸ Per una dettagliata ricostruzione degli eventi che hanno seguito gli esiti politici delle elezioni in discorso, si veda MORRONE A., *Governo di cambiamento*, Editoriale pubblicata in data 6 giugno 2018 in www.federalismi.it.

approfondimento, specie ove ci si concentri sulle modalità optate dal Presidente della Repubblica per esercitare i c.d. poteri *a fisarmonica* che la Costituzione gli riconosce, questa volta nell'ottica della soluzione di una crisi di Governo protrattasi per quasi tre mesi.

Dopo oltre due mesi trascorsi senza che si riuscisse ad addivenire, in sede di consultazioni, ad un'intesa tra gli schieramenti politici in gioco per la formazione del Governo ²²⁹, il Presidente della Repubblica Mattarella, a seguito delle consultazioni da ultimo tenutesi, richiamava i partiti ad una *“assunzione di responsabilità nell'interesse dell'Italia”*, prospettando le due alternative in campo: andare ad elezioni anticipate o giungere a varare il Governo ²³⁰.

Lega Nord e M5S raccoglievano l'esortazione proveniente dal Capo dello Stato avviando un secondo ciclo di consultazioni con quest'ultimo e lavorando alla stesura del ben noto alle cronache politiche *“Contratto per il governo del cambiamento”*.

Il ciclo di consultazioni così avviato si concludeva il 23 maggio, con il conferimento dell'incarico per la formazione del Governo al Prof. Giuseppe Conte, il quale si preparava quindi a selezionare le personalità da proporre al Capo dello Stato per la nomina a ministri.

²²⁹ Come noto, il Capo dello Stato ha in prima battuta conferito al Presidente del Senato, Maria Elisabetta Alberti Casellati, un mandato esplorativo (18 aprile) teso a verificare se vi fossero le condizioni di un'intesa tra Centrodestra e Movimento 5 Stelle. Scaduto il primo mandato (20 aprile) senza poter registrare alcun esito risolutivo, ha fatto seguito un secondo mandato esplorativo, stavolta conferito al Presidente della Camera Roberto Fico, orientato a valutare la fattibilità di un'intesa tra M5S e Partito democratico ed anch'esso rivelatosi inconducente.

Come rilevato da Morrone A., cfr. nota 61, i due incarichi esplorativi in discorso sono stati conferiti *ad excludendum*, non per arrivare ad un risultato positivo, estremamente improbabile nelle condizioni date, ma per togliere dall'inventario delle possibilità quelle più difficili.

²³⁰ Cfr. *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni del 7 maggio 2018 per la formazione del nuovo governo*, consultabile sul sito web della Presidenza della Repubblica, nella quale il Capo dello Stato concludeva esortando con decisione i partiti a scegliere *“con il loro libero comportamento, nella sede propria, il Parlamento, tra queste soluzioni alternative: dare pienezza di funzioni a un governo che stia in carica finché, fra di loro, non si raggiunga un'intesa per una maggioranza politica e, comunque, non oltre la fine dell'anno. Oppure nuove elezioni subito, nel mese di luglio, ovvero in autunno”*.

Tra di essi, il prof. Paolo Savona veniva proposto quale ministro dell'Economia.

Proprio quando la crisi di Governo sembrava ormai essere prossima a sopirsi, il 27 maggio, l'incaricato alla formazione del Governo Conte rimetteva l'incarico conferitogli, in ragione del rifiuto opposto dal Capo dello Stato alla nomina del prof. Savona al dicastero per il quale era stato proposto.

Orbene, lo scenario apertosi con il rifiuto manifestato dal Capo dello Stato, attorno al quale per giorni l'intera Nazione è stata impegnata in accesi dibattiti politico-costituzionali, tanto al livello dottrinale, quanto al livello di opinione pubblica, offre al presente studio una vicenda invero emblematica del carattere *aperto* di talune disposizioni della nostra Carta e di come le circostanze politiche ed istituzionali concrete vadano direttamente ad incidere sulle modalità applicative delle medesime.

Volgiamo, in primo luogo, lo sguardo alle ragioni addotte dal Capo dello Stato a sostegno del rifiuto opposto.

Nel discorso tenuto lo stesso 27 maggio, a seguito dell'incontro svolto con il prof. Conte, a crisi politica adesso del tutto riaperta, il Capo dello Stato, non senza esprimere il proprio "*rammarico*" per quanto occorso e lasciando trapelare un'evidente apprensione per la fase di *impasse* già prolungatasi nel tempo e adesso ripropostasi con nuovo vigore, rammenta di aver chiesto, per il ruolo di Ministro dell'Economia, "*un autorevole esponente politico della maggioranza, coerente con l'accordo di programma. Un esponente che – al di là della stima e della considerazione per la persona – non sia visto come sostenitore di una linea, più volte manifestata, che*

potrebbe provocare, probabilmente, o, addirittura, inevitabilmente, la fuoriuscita dell'Italia dall'euro"²³¹.

Più in particolare, il rifiuto opposto dal Capo dello Stato è da ricondurre alle opinioni pubblicamente manifestate dal Prof. Paolo Savona, stimato accademico ed economista, talvolta leggibili in senso euroscettico²³², e suscettibili, quindi, di mettere a rischio la posizione dell'Italia nell'eurozona, specie in considerazione del dicastero per il quale lo stesso era stato proposto, rappresentando la designazione del ministro dell'Economia "*sempre un messaggio immediato, di fiducia o di allarme, per gli operatori economici e finanziari*"²³³.

In ultima analisi, Mattarella conclude invocando la Costituzione, che affida al Capo dello Stato il dovere di essere attento alla "*tutela dei risparmi degli italiani*", sempre ed anche nello svolgimento del compito di nomina dei ministri nell'ambito del quale lo stesso è chiamato a svolgere "*un ruolo di garanzia, che non ha mai subito, né può subire, imposizioni*".

Quanto è successo all'indomani del rifiuto opposto da Mattarella è vicenda ben nota. Nei giorni a seguire l'opinione pubblica si è divisa tra i sostenitori del Capo dello Stato e i detrattori della scelta dal

²³¹ La Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio il professor Giuseppe Conte del 27 maggio 2018 è consultabile in forma integrale sul sito della Presidenza della Repubblica.

²³² Non riteniamo utile, ai fini del presente studio, soffermarci sulle tesi ed opinioni sostenute dal prof. Paolo Savona, sostenitore di una linea di politica economica incline a promuovere la fuoriuscita dell'Italia dall'euro. All'indomani del rifiuto opposto a Mattarella, molti dei sostenitori della sua nomina a Ministro dell'Economia si sono profusamente impegnati a ridimensionare la portata delle sue tesi, probabilmente in talune sedi alterate dall'attenzione convulsa dei *media*, dell'opinione pubblica e dei *social network* (presenti sulla scena della vicenda *de qua* con particolare decisione), chiarendo come in ogni caso il professore non fosse un sostenitore dell'immediata e diretta uscita dall'eurozona.

²³³ Cfr. Dichiarazione del Presidente della Repubblica da ultimo citata.

medesimo adottata, alcuni dei quali non hanno mancato di invocare l'*impeachment*.

La recente vicenda, qui soltanto sintetizzata, ci pone di fronte al quesito, rilevante ai fini del presente studio, se, ai sensi dell'art. 92 della Costituzione, rientri tra le prerogative del Presidente della Repubblica anche quella di opporsi alla proposta formulata dal soggetto incaricato della formazione del Governo, rifiutandosi di provvedere alla nomina del ministro designato con proprio decreto, o se, al contrario, tale prerogativa vada negata, conseguentemente attribuendo alla proposta avanzata il carattere di proposta vincolante, ed al decreto di nomina la qualifica di atto formalmente presidenziale ma sostanzialmente governativo.

Ora, come ampiamente osservato nei giorni immediatamente successivi alla vicenda di cui trattasi, il rifiuto opposto dal Capo dello Stato alla proposta di un ministro non è, invero, priva di precedenti²³⁴.

Negli altri casi, tuttavia, le riserve manifestate o i rifiuti opposti dal Capo dello Stato non erano giunte a compromettere il completamento dell'iter di formazione del Governo, conducendo più semplicemente

²³⁴ In tutti gli altri precedenti registratisi, tuttavia, la scelta del Presidente della Repubblica riposava su ragioni soggettive legate alla persona designata più che alle posizioni politiche pubblicamente assunte da quest'ultima. Per fare un rapido *excursus*: nel 1994 Silvio Berlusconi, incaricato della formazione del Governo, propose Cesare Previti, suo avvocato, a Ministro di Grazia e Giustizia, ma si vide opposto il rifiuto del Capo dello Stato Scalfaro. Continuando, nel 2001, Carlo Azeglio Ciampi si oppose alla nomina al ministero della Giustizia di Roberto Maroni, allora imputato in un processo penale innanzi al Tribunale di Verona a seguito delle indagini avviate sulla Guardia Nazionale Padana nel 1996. Più recentemente, nel 2014, Giorgio Napolitano manifestò all'incaricato Matteo Renzi le sue riserve circa la nomina a ministro della Giustizia di Nicola Gratteri, magistrato in servizio. In nessuno di questi casi, peraltro, le riserve né i netti rifiuti manifestati dal Capo dello Stato giunsero a compromettere l'iter di formazione del Governo, traducendosi più semplicemente nella designazione da parte del soggetto incaricato della formazione del Governo di altre personalità ai dicasteri interessati. In tutti i casi appena richiamati, quindi, si giunse senza traumi al completamento della compagine ministeriale senza che la presa di posizione del Capo dello Stato suscitasse il clamore che invece caratterizzato la vicenda adesso in esame.

alla designazione di un nuovo soggetto ai dicasteri di volta in volta interessati.

Per analizzare la vicenda occorre partire dalle disposizioni costituzionali dettate sul punto. È peraltro noto, e si è più volte osservato anche nel corso della presente trattazione, che le previsioni costituzionali volte a regolare l'iter di formazione del Governo sono assai scarse ed hanno da sempre rappresentato terreno fertile per il consolidarsi di prassi, consuetudini e regole ispirate al generale canone di correttezza istituzionale.

L'art. 92, al secondo comma, stabilisce la competenza del Presidente della Repubblica a nominare il Presidente del Consiglio dei Ministri e, su proposta di questo, i Ministri.

Interviene, poi, l'art. 93 a prevedere che il Presidente del Consiglio e i Ministri, prima di assumere le proprie funzioni, prestino giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica.

Ai sensi, infine, di quanto previsto dall'art. 94, entro dieci giorni dalla sua formazione, il Governo di nuova composizione si presenta alle Camere per ottenerne la fiducia.

Al di là delle previsioni appena richiamate, nessuna specifica disciplina è dettata dal costituente per i casi in cui, dalle elezioni, nessuna delle forze politiche in campo sia riuscita ad ottenere una maggioranza parlamentare tale da legittimare la nascita di un nuovo Governo.

Peraltro, in tali casi, stante l'instabilità dei rapporti tra i partiti, la figura del Presidente della Repubblica assume naturalmente un ruolo ancor più incisivo.

In tal senso, nella fase di formazione del Governo, i poteri c.d. *a fisarmonica* del Capo dello Stato si adattano alla situazione politica contingente, rifacendosi a svariate prassi e convenzioni in base alle

quali, ad esempio, il Presidente della Repubblica suole svolgere una serie di consultazioni al fine di valutare le possibili opzioni per la formazione di un Governo in grado di ottenere la fiducia, talvolta ritenendo opportuno il conferimento di un mandato esplorativo ad un soggetto *super partes* (nella prassi il Presidente del Senato o della Camera) o di un *preincarico* alla persona alla quale si ritenga poi di dover affidare l'incarico di Presidente del Consiglio.

Tanto premesso, la vicenda della proposta nomina a ministro di Paolo Savona, ed il rifiuto alla stessa opposto dal Presidente Mattarella offre lo spunto per una lettura dell'art. 92 Cost. utile ai fini del presente studio.

Ed infatti, sia a voler considerare legittimo il rifiuto opposto dal Capo dello Stato, che, al contrario, volendo conferire carattere vincolante alla proposta di nomina avanzata dal soggetto incaricato, entrambe le opinioni fronteggiate nell'ambito della vicenda *de qua* passano comunque dal ritenere che l'art. 92 Cost. intenda disporre qualcosa in più rispetto a quanto è in esso scritto.

Tale esercizio sarà, per noi, utile a chiarire quanto già in più occasioni osservato, ovvero che molte delle disposizioni costituzionali sono suscettibili di più interpretazioni e risentono della lettura che ad esse danno gli attori politici.

Un chiarimento è d'obbligo: si ipotizza, nel caso di specie, più che l'effettivo verificarsi di un mutamento costituzionale informale, almeno il suo profilarsi sul piano dell'opinione pubblica concentrata a trarre dall'art. 92 Cost. quanto lo stesso dice e quanto, al contempo, intende dire.

E si è, invero, trattato di un dibattito che, partendo dai poteri spettanti al Capo dello Stato nella fase di formazione del Governo, si è spinto

sull'intero quadro istituzionale nel suo complesso e sul ruolo di cui il Capo dello Stato è nel medesimo investito.

Ritorniamo alla disposizione:

“Il Governo della Repubblica è composto del Presidente del Consiglio e dei Ministri, che costituiscono insieme il Consiglio dei Ministri.

Il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei Ministri e, su proposta di questo, i Ministri”.

Pertanto, alla luce della regola di competenza dettata dalla disposizione in parola, il Presidente del Consiglio *propone*, ed il Presidente della Repubblica *nomina*, attraverso l'adozione e sottoscrizione di un proprio atto, in forma di Decreto del Presidente della Repubblica.

Ora, dal momento che l'art. 92 si limita a sancire il potere di nomina in capo al Presidente della Repubblica, senza peraltro individuare regole o criteri specifici atti a contenere la discrezionalità dello stesso, dovrebbe concludersi in ultima analisi che tale potere vada in genere esercitato in ossequio al ruolo, assegnato allo stesso Capo dello Stato, di garante dell'unità nazionale.

Proprio su tale ruolo il Presidente Mattarella ha richiamato l'attenzione quando, motivando il rifiuto opposto, ha rammentato che nell'adozione e firma dei decreti di nomina dei ministri, *“il Presidente della Repubblica svolge un ruolo di garanzia, che non ha mai subito, né può subire imposizioni”.*

La questione che ha visto accendersi il dibattito, alla quale l'art. 92 non fornisce in sé una chiara ed univoca soluzione, è se la proposta avanzata dal soggetto incaricato abbia carattere vincolante o se, al contrario, di fronte ad essa al Presidente della Repubblica competa

un'autonoma valutazione di opportunità e corrispondenza agli interessi nazionali di cui è garante.

Aderendo alla prima soluzione interpretativa, la disposizione di cui all'art. 92 Cost. risulterebbe informalmente integrata nel senso di disporre che il Presidente della Repubblica nomini il Presidente del Consiglio dei Ministri e, su proposta *vincolante* di questo, i Ministri.

Da questa lettura dell'art. 92, risolvendosi in un mutamento costituzionale informale, discenderebbero i seguenti corollari.

In primo luogo, il decreto di nomina dei ministri rientrerebbe tra gli atti c.d. *formalmente presidenziali e sostanzialmente governativi*, in ordine al cui contenuto il Capo dello Stato non è abilitato ad esercitare alcuna discrezionalità, dovendo ritenersi sostanzialmente privo di voce in capitolo.

In secondo luogo, nessuna differenza sarebbe di fatto rintracciabile tra la nomina del primo ministro e la nomina degli altri ministri.

Come, nel primo caso, la scelta del Capo dello Stato dovrà per forza orientarsi su un soggetto rispetto al quale la maggioranza parlamentare possa poi esprimersi favorevolmente, così, nel secondo caso, l'organo in parola dovrà limitarsi a prendere atto delle scelte già sostanzialmente operate nel circuito politico parlamentare, dando ad esse pieno seguito in punto di adozione dei decreti di nomina.

Ne discenderebbe, infine, una connotazione del ruolo del Presidente della Repubblica in termini del tutto neutrali, come di un "*semplice notaio*" chiamato a formalizzare un atto già da altri determinato nel suo contenuto.

Tale lettura, tuttavia, non si accorda con il tessuto costituzionale nel suo complesso e con il ruolo del Capo dello Stato che da esso è dato trarre.

Ed infatti, in senso critico rispetto ad un'interpretazione dell'art. 92 tale da conferire carattere vincolante alla proposta di nomina formulata dal soggetto incaricato e, conseguentemente, natura assolutamente neutrale all'intervento in tal sede espletato dal Capo dello Stato, si sono schierati i costituzionalisti della scuola fiorentina di Paolo Barile, reputando la stessa *“lontana dalla lettera della Costituzione e dalla prassi che su di essa si è sviluppata negli anni”*²³⁵.

Ad avviso dei costituzionalisti fiorentini, l'interpretazione in discorso è erronea intanto poiché parte dall'assunto che il Presidente della Repubblica sia *“un organo neutro, un semplice notaio”*.

Egli è, al contrario, un organo *“titolare di poteri propri che insieme gli assegnano una funzione di indirizzo politico costituzionale, volto a garantire il corretto funzionamento del sistema e la tutela degli interessi generali della comunità nazionale”*.

La circostanza che l'esercizio di alcuni di questi poteri richieda il concorso di altri soggetti, come appunto accade per la nomina dei ministri dietro proposta del Presidente del Consiglio incaricato, vale a configurare l'adottando atto come *complesso*, in quanto risultante dall'incontro di due volontà istituzionali distinte, ma non anche a privare il Capo dello Stato della propria discrezionalità²³⁶.

²³⁵ La dichiarazione firmata, tra gli altri, da Enzo Cheli, Paolo Caretti, Ugo De Siervo, Roberto Zaccaria, è stata pubblicata il 28 maggio 2018.

²³⁶ In tal senso si veda anche O. CHESSA, *Nomina del primo ministro e nomina dei ministri: quali sono le differenze?*, in www.lacostituzione.info, ove l'Autore precisa che il rifiuto eventualmente opposto dal Capo dello Stato alla nomina di un ministro individuato dal Presidente del Consiglio incaricato non ha bisogno di essere motivato in base a principi costituzionali sostanziali, essendo a tal fine sufficiente la norma di competenza di cui all'art. 92 della Costituzione. Nel contributo in parola, peraltro, l'A. si sofferma sulla differenza dei poteri che il Capo dello Stato è chiamato ad esercitare nelle due distinte fasi di nomina del primo ministro e dei soggetti preposti ai singoli dicasteri. Ed infatti, *“in una prima fase il Capo dello Stato, attraverso le consultazioni delle forze politiche, “prende atto” di quale sia l'orientamento parlamentare maggioritario e incarica il primo ministro, con pochissimo o nessun margine di scelta; in una seconda fase forma l'elenco dei ministri, col consenso necessario del Presidente del Consiglio incaricato (e quindi, si presume,*

Tanto chiarito, l'art. 92 non esclude l'ipotesi che il Capo dello Stato rifiuti di nominare un ministro proposto dal Presidente del Consiglio incaricato. Può, al più, ritenersi che esso escluda la facoltà del Capo dello Stato di imporre egli stesso una persona alla quale affidare il dicastero, stante che, come visto, è comunque presupposta la proposta da parte del soggetto incaricato o, quanto meno, un accordo raggiunto dai due soggetti istituzionali sul punto.

Si tratta, quindi, di un atto che richiede la compartecipazione di due organi, la quale sfugge ad una ripartizione entro rigide regole giuridiche, ma, all'opposto, apre ad una zona grigia che risente dell'equilibrio di tipo politico e personale instauratosi tra i soggetti chiamati a determinare congiuntamente il contenuto dell'atto stesso²³⁷.

Discende, da tale interpretazione dell'art. 92 Cost., che, ricevuta la proposta da parte del primo ministro incaricato, il Capo dello Stato possa esercitare un potere di veto, invitando quest'ultimo ad individuare un altro soggetto per la nomina a ministro.

Tale lettura del ruolo del Capo dello Stato, lontana dall'identificare lo stesso come quel semplice notaio di cui sopra si è detto, si avvicina invece alla configurazione che di tale organo è stata

della stessa maggioranza parlamentare), ma pur sempre esercitando anch'egli un potere di scelta che non è costituzionalmente inferiore o subordinato a quello del primo ministro...". Ne discende che, per la nomina dei singoli ministri, "la maggioranza parlamentare (per il tramite del primo ministro incaricato)" deve scendere a patti" col Capo dello Stato e accettare l'idea (nonché la regola costituzionale) secondo cui pure il consenso di quest'ultimo è ugualmente necessario".

²³⁷ Riflessioni sul punto sono state sviluppate da V. LIPPOLIS, *Il Presidente della Repubblica*, pubblicato in Rivista AIC n° 3 del 10 luglio 2018, ove si osserva che in questa zona grigia di cui si è detto si assiste "all'esercizio di quel potere di persuasione e di influenza del presidente, o, all'inverso, del condizionamento di un forte esecutivo sull'esercizio delle funzioni presidenziali. È un equilibrio che non dipende solo da rapporti di tipo personale, ma è strettamente dipendente soprattutto dalle condizioni politiche complessive di funzionamento del sistema istituzionale".

delineata nella sentenza n. 1 del 2013²³⁸, resa nella controversa vicenda della trattativa Stato-mafia, ove la Consulta, per la definizione del conflitto di attribuzione sollevato, ritiene insufficiente una mera esegesi testuale di disposizioni normative, costituzionali ed ordinarie, reputando al contrario imprescindibile il riferimento all'insieme dei principi costituzionali²³⁹.

Proprio l'insieme dei principi di cui sopra mette in rilievo che il Capo dello Stato “è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche”, in un punto di osservazione dal quale lo stesso può attivare “strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni, da cui devono scaturire le relative decisioni di merito”.

Si tratta, in definitiva, di un “organo di moderazione e di stimolo nei confronti di altri poteri, in ipotesi tendenti ad esorbitanza o ad inerzia”²⁴⁰.

Nell'equilibrio costituzionale il Capo dello Stato assume le vesti di “magistratura di influenza”, affiancando ai propri poteri formali, espressamente previsti dalla Costituzione, l'esercizio di un “potere di

²³⁸ Sentenza Corte Cost. n. 1 del 15 gennaio 2013, pronunciata sulla vicenda sorta a seguito della decisione espressa dalla Procura della Repubblica di Palermo di non voler procedere alla distruzione delle intercettazioni con le quali erano state occasionalmente captate le conversazioni del Capo dello Stato Napolitano con l'ex presidente del Senato Nicola Mancino.

²³⁹ Considerato in diritto della sentenza n. 1 del 2013, da punto 8.1. in poi, quando la Consulta pone una generale premessa metodologico-interpretativa osservando che “la conformità a Costituzione dell'interpretazione giudiziale non può peraltro limitarsi a una comparazione testuale e meramente letterale tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento. La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non alle singole norme, isolatamente considerate. Un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela”.

²⁴⁰ Sentenza n. 1 del 2013, punto 8.2.

persuasione” che si concretizza invece in attività informali “fatte di incontri, comunicazioni e raffronti dialettici”²⁴¹.

Invero, come anticipato in premessa, sia a voler considerare la proposta del primo ministro come vincolante, sia a voler riconoscere un potere di veto in tal sede esercitabile dal Capo dello Stato, si è comunque di fronte ad una integrazione della disposizione di cui all’art. 92 Cost., la quale si limita a dettare una regola di competenza, individuando le due fasi di proposta e nomina, e rimanendo però silente sulla precisa misura del contributo che ciascuno dei due organi coinvolti è chiamato ad apportare nella determinazione della persona da nominare ministro.

Possiamo dire, quindi, in entrambi i casi di essere di fronte ad una interpretazione ed applicazione in concreto dell’art. 92 in senso additivo e specificativo dello stesso, pur rimanendo inalterato il tenore letterale della disposizione in commento²⁴².

²⁴¹ Sentenza n. 1 del 2013, punto 8.3.

²⁴² Utili riflessioni sulla vicenda si rinvengono in A. MORRONE, *Governo di cambiamento*, Editoriale del 6 giugno 2018, *federalismi.it*, p. 7 e ss., ove l’Autore osserva come la crisi di governo in discorso abbia prodotto “*fatti performativi del ruolo del Capo dello Stato*” e come il veto posto nei confronti del titolare del Ministero dell’Economia ne abbia rappresentato “*l’epifania più evidente*”.

L’A. avverte peraltro che “*la descrizione ricorrente del Presidente della Repubblica come garante della Costituzione...non deve fare perdere di vista che ogni atto presidenziale è politico: non solo per l’ovvia ragione che tutti i poteri di cui dispone si svolgono nei confronti dei e nelle relazioni tra i poteri costituzionali, ma perché l’attività del Capo dello Stato è essenzialmente quella di custodire i valori costituzionali della comunità politica*”, il che appunto conduce a dover escludere l’assegnazione al Capo dello Stato di un ruolo di mero notaio, del tutto avulso dallo scenario politico e dalle dinamiche dello stesso. Ed infatti, “*la funzione rappresentativa non può ridursi a una situazione statica di mera identificazione tra l’organo e un’asfittica unità nazionale, ma implica una dinamica e continua azione di custodia di beni fondamentali: ciò che significa contenere, mantenere, promuovere, difendere l’unità nazionale nelle sue plurime manifestazioni*”. Tale dimensione imprescindibilmente dinamica dell’azione del Capo dello Stato rappresenta l’effetto della precisa *destinazione teleologica* dell’operato dello stesso organo alla cura della *salus rei publicae*, previa selezione degli strumenti più adeguati allo scopo. Nel contributo citato, infine, l’Autore ravvisa nella vicenda in commento degli spunti di riflessione circa la tenuta della teoria della fisarmonica presidenziale, la quale postula una relazione *inversa* tra sistema partitico e ruolo

Quest'ultimo, infatti, consentirebbe sia l'una che l'altra lettura.

È un'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali, e delle prassi nel tempo affermatesi, a far propendere per la lettura secondo la quale la proposta in questione non possa dirsi vincolante per il Presidente della Repubblica, in virtù del ruolo che da quest'ultimo è rivestito nel complessivo equilibrio costituzionale.

In tal senso, è utile osservare come non solo elementi di derivazione esogena, ma anche elementi endogeni allo stesso testo costituzionale interagiscano tra loro reciprocamente integrandosi e così colmando progressivamente gli spazi interstiziali rinvenibili tra le disposizioni costituzionali.

6.3 L'autodichia della Presidenza della Repubblica. Il riconoscimento di un ruolo essenzialmente (e limitatamente) nomopoietico agli organi costituzionali.

Come noto, l'applicazione del regime di autodichia ad un'istituzione implica una deroga alle ordinarie norme sulla giurisdizione, conferendo ad un organo supremo dello Stato il potere di giudicare presso di sé i ricorsi avverso gli atti di amministrazione dall'organo stesso posti in essere.

La *ratio* si rintraccia pacificamente nell'esigenza di garantire l'autonomia ed indipendenza costituzionale degli organi interessati.

del Presidente della Repubblica, per cui dalla debolezza del primo discenderebbe la forza del secondo. Ed infatti, osserva l'A., con la teoria della fisarmonica si tenterebbe nella sostanza di ricondurre a schema una relazione che invece per natura vi sfugge, in quanto connotata da intrecci e sovrapposizioni insuscettibili di essere ritagliate *“con precisione geometrica”*. Peraltro, *“se il Capo dello Stato rappresenta l'unità nazionale...i poteri presidenziali non possono ritenersi condizionati dalla forza della maggioranza politica, o dal governo della Repubblica: semplicemente perché il Quirinale nella nostra forma di governo esprime un potere “iper-politico”, al di sopra della politica, dei gruppi di pressione, della maggioranza parlamentare e dello stesso governo”*.

Il principio di autodichia viene oggi applicato per il Senato della Repubblica e per la Camera dei deputati, in virtù degli artt. 12 comma 1 e 12 comma 3 dei rispettivi regolamenti.

L'esercizio di questa particolare forma di giurisdizione da parte delle Camere si fonda quindi sulle norme regolamentari che queste sono abilitate a porsi in forza dell'autonomia espressamente riconosciuta dall'art. 64 della Costituzione.

Maggiormente discussa è stata invece l'applicabilità del principio in esame alla Presidenza della Repubblica.

Approfondiremo, adesso, la tematica, ricostruendo un percorso culminato con l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 6592 del marzo 2010, di portata decisiva sulla questione, e che a noi interessa particolarmente per l'attinenza all'oggetto del presente studio.

Nell'aprile del 2009, la Corte di Strasburgo giudicava legittima la giurisdizione interna esercitata dalla Camera dei deputati perché conforme ai contenuti della CEDU, e segnatamente ai principi stabiliti dall'art. 6²⁴³.

A ciò bastava infatti, ad avviso della Corte, che le forme di giurisdizione attivate dagli Stati membri presentassero alcuni requisiti quali: il fondamento normativo-legislativo; l'essere effettivamente e concretamente accessibili; il rispetto dei criteri di autonomia ed imparzialità così da poter raccogliere la fiducia delle parti²⁴⁴.

²⁴³ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell' Uomo del 28 aprile 2009 , *Savino ed altri c. Italia* (cfr. www.giustizia.it). Nella specie, i ricorrenti invocavano l'illegittimità in generale delle giurisdizioni interne riconducibili all'istituto dell'autodichia, in quanto tali da compromettere il diritto della persona di essere giudicata "equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge", richiamando in proposito l'articolo 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I ricorrenti eccepivano altresì in via specifica la carenza di terzietà rintracciabile nell'organo di appello istituito alla Camera.

²⁴⁴ Secondo quanto statuito dalla Corte, la Convenzione non esclude di per sé la legittimità di forme di giurisdizione interne ai singoli organi statali, dettando piuttosto, quali presupposti di legittimità, che le stesse abbiano un fondamento normativo-legislativo ("exigence de base légale"); che siano

I caratteri appena delineati possono estensivamente riferirsi, oltre che al regime previsto per la Camera dei deputati, alle altre forme di giurisdizione c.d. *domestica* instauratesi nel nostro ordinamento e riconosciute dalla giurisprudenza italiana, tra le quali rientra appunto l'autodichia della Presidenza della Repubblica.

Nel marzo del 2010, la Corte di Cassazione adotta, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, un'ordinanza nella quale riconosce la piena legittimità degli organi di autodichia istituiti presso il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, e conseguentemente dichiara la carenza assoluta di giurisdizione del giudice amministrativo²⁴⁵.

Si tratta di un deciso *revirement* rispetto ad una precedente giurisprudenza espressa dalla stessa Cassazione in Sezioni Unite nella sentenza 12614/98²⁴⁶, nella quale si escludeva che il principio di autodichia potesse applicarsi nei confronti dei dipendenti della Presidenza della Repubblica.

effettivamente e concretamente accessibili sulla base di disposizioni normative predeterminate; che risultino indipendenti ed imparziali così da poter raccogliere la fiducia delle parti (*“inspirent confiance aux justiciables”*) (cfr. §§ 99; 98; 101; 105; 106).

In ossequio al chiarimento offerto dalla Corte europea, la Camera dei deputati ha in parte modificato il proprio sistema giurisdizionale interno, intervenendo sull'art. 12 del proprio Regolamento ed istituendo un Collegio d'appello del tutto indipendente dall'Ufficio di Presidenza.

²⁴⁵ Corte di Cassazione, SS. UU. civili, ord. n. 6592/2010 (testo integrale in www.federalismi.it). Un dipendente della Presidenza della Repubblica contestava l'inquadramento ottenuto presso quest'ultima, sostenendo che fosse inferiore a quello in precedenza occupato dal medesimo presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Aditi gli organi di giurisdizionali interni istituiti presso la Presidenza della Repubblica, ed ottenuti degli esiti a sé sfavorevoli, il dipendente si rivolgeva al giudice amministrativo.

²⁴⁶ Dalla sentenza n. 12614/89, tuttavia, le Sezioni Unite adottavano la nozione giuridica di autodichia, quale capacità dell'istituzione, specie se già munita di autonomia organizzativa e contabile, di *“decidere direttamente, con giudizio dei propri organi, ogni controversia attinente all'esercizio delle proprie funzioni”*, con decisioni insindacabili da parti di istituzioni giurisdizionali esterne (cfr. parte motiva dell'ordinanza n. 6529 in commento, quinto cpv.).

Quali sono stati i motivi posti alla base di tale mutamento di indirizzo?

L'ordinanza, invero, esordisce affermando testualmente che *“Certamente nell'attuale assetto costituzionale deve negarsi che l'autodichia sia momento essenziale per assicurare effettività alla posizione di autonomia ed indipendenza degli organi costituzionali”*. Tale negazione è motivata facendo riferimento, da una parte, al principio della divisione dei poteri – che si concretizzerebbe proprio in un circuito di controlli reciproci – dall'altra, al rilievo centrale della tutela giurisdizionale come principio cardine del nostro ordinamento.

Se ne deduce che le limitazioni al principio generale di tutela giurisdizionale devono essere tutte espressamente previste e giustificate.

In tal senso, si riporta quanto già affermato nella sentenza del '98, e cioè che *“...è arduo sostenere che, vigendo una Costituzione scritta, un principio implicito, o una norma inespressa, possa di per sé porsi in vittorioso contrasto con un principio fondamentale esplicito...”*.

Si deve però tener conto, prosegue la Corte, della vigenza, nel nostro ordinamento, di diverse eccezioni al principio di indefettibilità della tutela giurisdizionale davanti ai giudici ordinario ed amministrativo.

Vi sono cioè, di fatto, organi che esercitano forme di giurisdizione domestica²⁴⁷.

Ora, se alcune di tali eccezioni trovano pieno riscontro nella Costituzione²⁴⁸, altre invece poggiano su un *“fondamento costituzionale solo indiretto”*²⁴⁹.

²⁴⁷ Ordinanza n. 6529/10, sesto cpv.

²⁴⁸ Ai sensi dell'art. 66 della Costituzione, ad esempio, *“Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità”*.

È, ad esempio, il caso della giurisdizione interna esercitata dalle Camere nelle controversie di impiego con i propri dipendenti, e retta, nel suo funzionamento, da regolamenti minori.

Preso atto di ciò, l'interrogativo da porsi è se *“consimile situazione, di un fondamento costituzionale quantomeno indiretto, del potere di riservare, per regolamento, alla propria cognizione ‘interna’ controversie di impiego del personale addetto alla Presidenza e dipendente dal Segretariato generale, sia ravvisabile per la Presidenza della Repubblica”*.

Osserva in proposito la Corte che, dal 1996, l'organo costituzionale in disamina, già assistito da autonomia contabile, e da una idoneità alla normazione sulle controversie interne tramite regolamenti, *“si è dotato consapevolmente di una struttura decisionale articolata per la soluzione di tali conflitti, ed ha visto, negli ultimi anni, il giudice amministrativo dubitare della propria potestas judicandi sui conflitti stessi”*.

Tali sopravvenuti elementi inducono la Corte ad affermare la *“possibilità di riservare alla propria giurisdizione domestica le controversie insorte nella costituzione e nella gestione del rapporto con il personale necessario per il perseguimento dei propri fini”²⁵⁰*.

²⁴⁹ *“Tale è il caso della giurisdizione domestica nelle controversie di impiego dei rispettivi dipendenti, della quale le Camere si sono munite nell'esercizio del potere regolamentare loro attribuito dall'[art. 64 Cost., comma 1](#), adottando per il funzionamento di tale giurisdizione interna regolamenti minori; e tale è stato affermato essere anche il caso della consimile giurisdizione domestica nei confronti dei dipendenti della Corte costituzionale, fondata sul disposto della [Legge Costituzionale n. 1 del 1953](#) e delle Leggi Ordinarie n. 87 del 1953 e n. 265 del 1958 ed esercitata attraverso le norme poste dal regolamento in quel quadro adottato”* (Ibidem, ottavo cpv.).

²⁵⁰ *Ibidem*, undicesimo e dodicesimo cpv. Si è a ragione notato come il percorso argomentativo della Corte si snodi qui attraverso una serie di *“elementi a valenza prevalentemente ricognitiva”*, ravvisabili già nella terminologia adoperata (*“riscontra”*, *“registra”*, *“rileva”*), e rivelatrice appunto dell'attenzione posta dalla Corte all'analisi delle dinamiche sviluppatesi nei rapporti tra organi costituzionali, G. MALINCONICO, *Sull'autodichia della Presidenza della Repubblica (nota all'ordinanza delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione 17 marzo 2010, n. 6529)*, pubblicato in *federalismi.it*, n. 7/2010.

La Corte non si limita a prendere atto della produzione normativa della Presidenza degli ultimi anni, ma si impegna anche ad effettuare un controllo circa il rispetto degli standard di tutela giurisdizionale sanciti dalla Costituzione e dalla CEDU nell'esercizio di tale peculiare forma di giurisdizione *domestica*²⁵¹.

Tale controllo ha esito positivo, ritenendo la Cassazione che gli organismi di giurisdizione interna di cui si tratta garantiscano *“le condizioni di precostituzione, imparzialità ed indipendenza che presidiano all'esercizio della giurisdizione ordinaria, condizioni, va aggiunto, che trovano perfetta corrispondenza nei principii di cui agli artt. 25, 104, 107 e 108 della Costituzione”*.

Per quanto interessa il presente studio, la pronuncia appena esaminata rivela una posizione della Corte di Cassazione in senso favorevole al riconoscimento di un ruolo essenzialmente nomopoietico ai comportamenti ed alle attività degli organi costituzionali, anche aldilà delle previsioni scritte, sempre nel rispetto dei principi dettati in Costituzione e, nel caso di specie, dalla CEDU.

Da tale osservazione l'A. deduce peraltro *“la significativa considerazione...che la Corte di Cassazione mostra di avere nei confronti del ruolo, sostanzialmente nomopoietico, assunto dall'attività e dal comportamento degli organo “sovrani”, e particolarmente dalla dinamica della loro reciproca interazione”*. D'altro canto, nel distinguere le due ipotesi di deroga al principio della giurisdizione del giudice comune tra quelle derivanti da disposizioni costituzionali espresse, e quelle aventi un fondamento costituzionale solo indiretto, le Sezioni Unite *“colgono il valore delle altre fonti del diritto pubblico anche nella vigenza di una Costituzione scritta, facendo così giustizia del frequente luogo comune per il quale non sarebbe legittimo né comunque possibile ciò che “non sta scritto da nessuna parte””*.

²⁵¹ La Suprema Corte sancisce pertanto l'applicabilità sul piano nazionale e senza riserve dei presupposti dettati dalla Corte di Strasburgo adottando quale parametro la CEDU nell'arrêt sopra citato. Inoltre, *“poiché i requisiti in tal modo mutuati dalla decisione europea discendono dai principi generali di diritto, e risultano quindi palesemente di carattere generale, essi appaiono riferibili non solo alla giurisdizione interna della Camera dei deputati, ma anche alle altre forme di autodichia attivate in Italia presso il Senato della Repubblica, la Presidenza della Repubblica e la Corte costituzionale”*, cfr. G. MALINCONICO, *Op. ult. cit.*

Anche qui, dunque, la giurisprudenza aderisce ad un'opzione interpretativa che parte dall'assunto per il quale i comportamenti e le prassi adottate dagli organi costituzionali possano impiegarsi come valido ausilio ermeneutico, senza che con ciò vada considerata necessariamente violata la Costituzione in sé.

6.4 Gli atti di normazione primaria del Governo: prassi ed argini

Uno dei terreni sui quali l'operato delle forze politiche ha inciso alterando il quadro dei poteri delineato dalle disposizioni costituzionali è rappresentato dalle relazioni tra Parlamento e Governo e, segnatamente, dagli effetti che sulle stesse ha sortito negli ultimi anni l' incisivo esercizio del potere di normazione d'urgenza da parte del Governo²⁵².

Si è infatti in proposito rilevato come da tale punto di osservazione si assista ad un *“autentico svuotamento del ruolo istituzionalmente spettante al primo (il Parlamento), a beneficio del secondo (il Governo), solo in parte arginato dalla giurisprudenza”*²⁵³.

Come noto, la Costituzione all'art. 77 riconosce al Governo la possibilità di emanare norme che, nel sistema delle fonti, si collocano allo stesso livello della legge ordinaria.

Per quanto concerne in particolare il potere di adottare decreti legge *“in casi straordinari di necessità e di urgenza”*, è ormai risaputo che

²⁵² Gli spunti bibliografici sui nuovi equilibri tra Parlamento e Governo in punto di normazione sono innumerevoli. Tra gli altri, A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, rintraccia una delle più lampanti torsioni della lettera della Carta nella *“confusione dei ruoli tra gli stessi organi di indirizzo, di cui si ha una eloquente, particolarmente attendibile, testimonianza nell'uso che si è fatto (e si fa) degli strumenti di normazione”* (p. 7).

²⁵³ *Op. ult. cit*, p. 14, effetto ricondotto dall'Autore al *“bassissimo livello di rappresentatività assicurato dall'organo che dà il nome alla forma di governo; ciò che ha obbligato l'altro organo di indirizzo ad addossarsi un compito di supplenza che non gli sarebbe stato e non gli spetta”*, p. 14.

la disciplina sul punto dettata dalla legge n. 400/1988²⁵⁴ con l'obiettivo di fissare dei limiti alla decretazione di urgenza non abbia peraltro rappresentato un argine sufficientemente resistente all'abuso che il Governo ha fatto negli anni dello strumento in parola.

Ciò, fondamentalmente, in considerazione dell'elementare circostanza per la quale le prescrizioni di cui alla legge 400 hanno la medesima forza gerarchica della fonte di rango primario che intendono limitare.

L'espansione che la decretazione d'urgenza ha conosciuto ad opera del Governo è stata solo parzialmente contenuta dalla giurisprudenza costituzionale, in partenza trattenuta da una generale e tradizionale ritrosia ad ingerirsi nel circuito politico Governo-Parlamento²⁵⁵.

La materia è di interesse per il presente studio sia perché, come sopra anticipato, dal largo uso della decretazione di urgenza può in definitiva trarsi l'effetto di un'alterazione dell'equilibrio delle relazioni tra Parlamento e Governo, assumendo quest'ultimo il ruolo di organo di fatto propulsivo nella produzione del diritto di rango primario (affiancando, al canale ordinario della presentazione al Parlamento del disegno di legge, il massiccio uso della decretazione d'urgenza), sia perché nella stessa adozione dei decreti legge si è

²⁵⁴ Ai sensi della legge 400, il Governo non può, mediante decreto legge, conferire deleghe legislative; legiferare nelle materie di cui all'art. 72, comma 4, della Cost. (ovvero le materie coperte da riserva di assemblea, tra le quali la materia elettorale e la ratifica dei trattati internazionali); rinnovare le disposizioni contenute in precedenti decreti legge cui sia stata negata la conversione in legge da parte di una delle Camere; regolare i rapporti sorti sulla base dei decreti legge non convertiti; ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Consulta per vizi non attinenti al procedimento.

²⁵⁵ Di tale avviso anche A. RUGGERI, *Op. loc. ult. cit.*, osservando la tendenza di una giurisprudenza "preoccupata di mettersi al riparo dalla critica strumentale di voler sovrapporre le proprie decisioni politiche a quelle degli organi di indirizzo" e che ha pertanto "esibito talora una eccessiva cautela e prudenza, non spingendosi a caducare gli atti del Governo e dello stesso Parlamento debordanti l'alveo costituzionale pur laddove avrebbero meritato di essere sanzionati".

assistito negli anni alla formazione di tutta una serie di prassi prive di riscontro nelle disposizioni costituzionali, ed anzi tali da conferire all'istituto in parola caratteri ben distanti da quelli che in Assemblea costituente si prefiguravano in sede di stesura dell'art. 77.

È utile osservare come la disamina dell'esperienza applicativa dell'art. 77 Cost. rappresenti un privilegiato angolo di osservazione per il nostro studio.

Proprio le disposizioni di cui all'art. 77, nel conferire al Governo un, seppur limitato e condizionato, potere di normazione primaria, si collocano, infatti, esattamente al centro delle relazioni tra il potere esecutivo ed il potere legislativo, fotografando l'equilibrio nel tempo acquisito dalle stesse e, in ultima analisi, le concrete evoluzioni della nostra forma di governo.

Ne è un chiaro esempio l'invalsa prassi della reiterazione del decreto legge per la quale, alla scadenza dei sessanta giorni previsti per la conversione, il Governo emana un nuovo decreto legge sostanzialmente riproduttivo del contenuto del decreto legge non convertito entro il termine. Si sviluppa, in forza di detta prassi, una catena di decreti legge aventi il medesimo contenuto, in piena elusione del termine invalicabile di 60 giorni indicati sulla Carta, e produttiva nel tempo di effetti sostanzialmente irreversibili e contrari, quindi, alla natura provvisoria che l'art. 77 descrive.

Con riguardo a tale prassi, indicativa di come le forze politiche possano in concreto distorcere il contenuto delle disposizioni costituzionali, la Consulta è tuttavia intervenuta a porre alcune limitazioni.

Se, da un lato, con la sentenza n. 360 del 1996 la Corte ha quindi inteso richiamare il Governo al rispetto delle disposizioni

costituzionali, prima che potesse in proposito registrarsi un vero e proprio mutamento costituzionale informale, dall'altro, tuttavia, la prassi della reiterazione è utile a comprovare come le disposizioni della nostra Carta possano prestarsi ai più svariati usi che le forze politiche intendano fare di esse nel perseguimento dei propri obiettivi.

Ora, entrando nel dettaglio della sopra citata sentenza, la Consulta ha voluto fugare ogni dubbio circa la compatibilità della prassi della reiterazione con i dettami dell'art. 77.

Ed infatti, *“il decreto-legge iterato o reiterato – per il fatto di riprodurre...il contenuto di un decreto-legge non convertito, senza introdurre variazioni sostanziali – lede la previsione costituzionale sotto più profili: perché altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza, procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge; perché toglie valore al carattere “straordinario” dei requisiti della necessità e della urgenza, dal momento che la reiterazione viene a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo ai motivi già posti a fondamento del primo decreto; perché attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, venendo il ricorso ripetuto alla reiterazione a suscitare nell'ordinamento un'aspettativa circa la possibilità di consolidare gli effetti determinati dalla decretazione d'urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata”*²⁵⁶.

Stante la sua incompatibilità per più versi con la disciplina costituzionale, non può ritenersi che la prassi in discorso sia ammessa sol perché non espressamente vietata dall'art. 77.

²⁵⁶ Sentenza Corte costituzionale n. 360 del 1996, *Considerato in diritto*, punto 4.

Anzi, deve concludersi che il divieto di reiterazione sia implicito²⁵⁷ nel disegno costituzionale e comunque emergente dall'interpretazione delle regole sancite dall'art. 77, che imponendo che il decreto-legge si fondi sui presupposti di necessità e di urgenza, *a contrario* ne vietano l'adozione quando esso non si fondi su *nuovi* e propri presupposti limitandosi a riprodurre il contenuto dell'intero testo, come di singole disposizioni, di un decreto-legge precedentemente adottato e non convertito.

La reiterazione del decreto-legge non convertito, pertanto, muovendo da un'applicazione distorta ed illegittima dell'art. 77, finisce per incidere in generale negli equilibri istituzionali, *“alterando i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento”*²⁵⁸.

In definitiva, la Consulta ha inteso porre fine ad *“una prassi che è andata sempre più degenerando e che ha condotto ad oscurare principi costituzionali di rilevanza primaria quali quelli enunciati nell'art. 77 della Costituzione, principi la cui violazione o elusione è suscettibile di incidere non soltanto sul corretto svolgimento dei*

²⁵⁷ Punto 5, *Considerato in diritto* della sentenza in commento

²⁵⁸ *Considerato in diritto*, punto 4. In tal senso, come già sopra anticipato, A. RUGGERI ravvisa nelle vicende della normazione ora in considerazione una delle più evidenti torsioni delle disposizioni della Carta, produttiva di una commistione dei ruoli di Parlamento e Governo a scapito del primo, A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione settant'anni dopo* cit., p. 13.

Sul punto si veda anche M. P. IADICICCO, *Il limite del testo tra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, segnatamente a p. 27, ove l'A. rintraccia sul terreno della normazione primaria delle vicende *“denotanti una continua e progressiva violazione del disposto costituzionale, compiuta senza alcuna formale modifica della carta”*, richiamando in proposito proprio gli abusi perpetrati sul piano della decretazione d'urgenza, e rintracciando in essi *“una sempre più pervasiva prassi, Sono in parte arginata da interventi caducatori del giudice costituzionale”*, che *“ha inciso significativamente sul disegno costituzionale degli atti di normazione primaria del governo, con ricadute di grave momento sull'equilibrio istituzionale sotteso alla forma di governo parlamentare e sul piano della tutela dei diritti costituzionali”*.

processi di produzione normativa, ma anche sugli equilibri fondamentali della forma di governo”²⁵⁹.

In particolare, dalla lettura della sentenza *de qua*, tali principi fondamentali vanno rintracciati, non soltanto nella suddivisione dei poteri legislativo ed esecutivo, ma anche (come si evince dalle argomentazioni della Corte) nell’affidamento che i consociati pongono nella certezza del diritto, quale valore fondante dello Stato di diritto, che ne uscirebbe gravemente compromessa “*per l’impossibilità di prevedere sia la durata nel tempo delle norme reiterate che l’esito finale del processo di conversione*”.

La prassi invalsa nell’esperienza applicativa dell’art. 77 Cost. non può quindi più trovare spazio nell’ordinamento, trovando un limite invalicabile in principi costituzionali di natura primaria di fronte ai quali le forze politiche non possono che fare un passo indietro e correggere il proprio operato *pro futuro*.

D’altro canto, se la Consulta è intervenuta incisivamente ad arginare la prassi della reiterazione, non altrettanto decisivi sono risultati gli interventi della giurisprudenza costituzionale sul piano dei presupposti sui quali l’adozione dei decreti legge può fondarsi, sintetizzati dalla Carta nei “*casi straordinari di necessità e di urgenza*”.

Tale formula non si presta, invero, ad ulteriori specificazioni in astratto, dovendo piuttosto cercare il proprio contenuto concreto di volta in volta, sulla base di un apprezzamento che concede di fatto al Governo un’ampia discrezionalità, la quale, tuttavia, dovrebbe arrestarsi di fronte al principio generale della divisione dei poteri, e

²⁵⁹ Punto 8, *Considerato in diritto* della sentenza in commento.

del riparto costituzionale delle competenze in materia di normazione tra lo stesso Governo ed il Parlamento.

La verifica della sussistenza dei presupposti sopra citati passa, peraltro, dal primo vaglio del Parlamento in sede di conversione, e da un successivo controllo operato dal Presidente della Repubblica al momento dell'emanazione del decreto²⁶⁰.

Per quanto concerne, invece la sindacabilità da parte della Consulta dei vizi propri del decreto-legge, in termini di carenza dei suoi presupposti, la giurisprudenza costituzionale si è evoluta partendo, come detto, da un'iniziale ritrosia²⁶¹ che conduceva all'esclusione della possibilità che tali vizi potessero contestarsi una volta che il decreto-legge fosse stato convertito in legge del Parlamento, dal momento che un eventuale carenza in punto di presupposti sarebbe

²⁶⁰²⁶⁰ Dalla prassi emergono alcuni episodi nei quali il Capo dello Stato ha effettuato un controllo sui contenuti del decreto legge. Per citare un esempio meno relativamente recente, nel 2009, il Presidente Napolitano, appreso che il Governo stava redigendo un decreto legge finalizzato a bloccare il decreto della Corte di Appello di Milano che avrebbe autorizzato l'interruzione del trattamento di sostegno artificiale ad Eluana Englaro, inviò una lettera al Presidente del Consiglio esponendo le *ragioni costituzionali* che gli avrebbero impedito di firmare il decreto legge in questione. Ciononostante, il Governo procedeva ad adottare il decreto legge, al quale Napolitano, in coerenza con il preannunciato rifiuto, non appose mai la sua firma. Dal che può trarsi che al Capo dello Stato non sia precluso lo svolgimento di un controllo sulla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza del decreto legge che gli venga sottoposto.

La dottrina ha in proposito osservato che nel caso di specie *“il Capo dello Stato si è fatto garante dei corretti rapporti (tra giudiziario, esecutivo e legislativo) almeno in due sensi. Da un lato in quanto ha difeso la sfera del potere giudiziario da un intervento normativo finalizzato ad incidere sul giudicato, in violazione di un principio cardine dello Stato di diritto, ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale. Dall'altro, in quanto ha verificato la insussistenza dei requisiti straordinari di necessità e di urgenza della decretazione d'urgenza, si è erto a garante della funzione legislativa del Parlamento nei confronti dell'esecutivo”*, T. GROPPI, *Il “caso Englaro”: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in forumcostituzionale.it

²⁶¹ Ritrosia che muoveva anche da una lettura rigorosa di quanto previsto dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953, teso ad escludere dal controllo di legittimità della Corte costituzionale ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

comunque risultata sanata dall'ormai intervenuta legge di conversione²⁶².

Si trattava, com'è evidente, di un orientamento che lasciava un ampio margine di discrezionalità al Governo pur nell'adozione di un atto di normazione primaria, e che si fondava sulla lettura dei requisiti di necessità e di urgenza in senso soggettivo ad opera dell'esecutivo.

Ciò anche in considerazione del fatto che, come espressamente previsto dall'art. 77, il Governo adotta il decreto-legge sotto la propria responsabilità, e che tale responsabilità politica risulta più accentuata di quanto possa dirsi per la delega legislativa, trattandosi qui di atti intanto immediatamente efficaci e solo successivamente sottoposti al controllo delle Camere per la conversione.

Lo spazio di discrezionalità così riconosciuto al Governo nella valutazione circa la sussistenza dei presupposti di necessità e di urgenza idonei a fondare l'adozione dei decreti legge ha subito, negli anni a seguire, un parziale ridimensionamento.

Con la sentenza n. 29 del 1995, infatti, la Consulta è tornata sulla questione, superando adesso la tesi dell'efficacia sanante della legge di conversione, e riconoscendo quindi a sé stessa il potere di sindacare l'eventuale carenza dei requisiti di validità del decreto legge laddove la stessa si palesasse "*evidente*", precisando inoltre che in tal caso si sarebbe configurato sia un vizio di legittimità

²⁶² Espressiva di tale orientamento della Consulta la sentenza n. 243/1987, nelle quali la Corte si astiene dall'esame nel merito delle censure di violazione dei presupposti richiesti dall'art. 77 Cost., ritenendo in ogni caso che "*l'avvenuta conversione in legge del decreto legge fa ritenere superate le proposte censure*", parte motiva, cpv. 3. In senso analogo con riguardo all'insussistenza di un contrasto con l'art. 77 Cost. ove il decreto legge, seppur privo dei presupposti costituzionalmente richiesti, sia stato comunque convertito, anche le sentenze n. 108/1986, n. 243/1987, n. 1033/1988, n. 1044/1988, n. 1035/1988, n. 263/1994.

costituzionale del decreto legge emanato, che un vizio *in procedendo* della successiva legge di conversione “*avendo quest’ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l’esistenza dei presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione*”²⁶³”.

Si tratta di un deciso *revirement* rispetto alla tesi precedentemente sostenuta, avendo chiarito la Corte come non esista alcuna preclusione a che la stessa proceda all’esame del decreto legge e della relativa legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza della necessità e dell’urgenza di provvedere, “*dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa*”.

Resta inteso che lo scrutinio di costituzionalità dovrà limitarsi alla valutazione della sussistenza o meno dei presupposti richiesti dall’art. 77 Cost., riconoscendo la stessa Corte come la valutazione in termini di opportunità politica le sia invece preclusa, in quanto riservata al circuito Parlamento-Governo²⁶⁴.

²⁶³ Considerato in diritto, punto 2 della sentenza citata.

²⁶⁴ Sul solco tracciato dalla pronuncia ora in commento, si veda anche la sentenza n. 398 del 1998, ove si precisa che un sindacato di legittimità costituzionale, circoscritto alle ipotesi di chiara e manifesta mancanza dei presupposti della decretazione d’urgenza, non rischia di sovrapporsi alla valutazione di opportunità politica riservata al Parlamento (*Considerato*, 3).

Sul punto cfr. sentenza n. 93 del 2011, nella quale pure si conferma che il sindacato sulla legittimità dell’adozione del decreto legge deve ritenersi limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della relativa valutazione, rimanendo quella in ordine al merito delle situazioni di urgenza nell’ambito della responsabilità politica del Governo nei confronti delle Camere. Si noti, peraltro, come in esito a tale percorso argomentativo della Corte, l’elastica espressione utilizzata dall’art. 77 Cost., si ritrovi affiancata da un canone di valutazione ancor meno univoco quale il principio di ragionevolezza.

In seguito, con la sentenza n. 171 del 2007 la Corte tenta nuovamente di delimitare lo spazio d'azione e la discrezionalità del Governo nella valutazione dell'idoneità dei presupposti di “*necessità e di urgenza*” a fondare l'adozione di decreti legge, sebbene non nasconda una certa difficoltà sul punto, riconducibile appunto all'espressione scelta in Assemblea costituente.

Un'espressione che, se da un lato lascia emergere il carattere eccezionale della decretazione d'urgenza affidata al Governo, dall'altro, porta con sé l'inevitabile conseguenza di conferire alla disposizione “*un largo margine di elasticità*”²⁶⁵, in ragione del quale va riconosciuta l'impossibilità di imbrigliare l'art. 77 entro parametri rigidi e valevoli per ogni ipotesi.

Da tale osservazione di partenza la Corte trae la motivazione a sostegno dell'interpretazione fornita nelle proprie precedenti pronunce, in virtù della quale il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità, deve risultare evidente, sempre a tale *elasticità* riconducendo il perché la Corte stessa “*sia intervenuta positivamente soltanto una volta in presenza dello specifico fenomeno, divenuto cronico, della reiterazione dei decreti legge non convertiti*”²⁶⁶.

In altri termini la Corte *confessa* di ritenere più opportuno, di fronte agli ampi margini offerti dall'art. 77 Cost. al Governo, di astenersi da un sindacato di volta in volta teso a verificare la legittimità dell'emanazione dei decreti legge e la sussistenza di idonei requisiti alla base dello stesso, limitandosi ad esercitare tale sindacato con

²⁶⁵ Sentenza Corte cost. del 23 maggio 2007, n. 171, *Considerato in diritto*, punto 4, richiamata successivamente dalla n. 93 del 2011.

²⁶⁶ Sent. ult. cit., *Considerato in diritto*, punto 4

effetti caducatori solo ove la carenza sia effettivamente evidente²⁶⁷, in ciò dovendo ravvisarsi un vizio nell'esercizio del potere di decretazione d'urgenza conferito al Governo.

D'altro canto la Corte non può però astenersi dal pronunciarsi in termini negativi di fronte a prassi che circondano la decretazione di urgenza e che siano palesemente in contrasto con la disciplina delineata dall'art. 77, come appunto accaduto per la reiterazione.

Aldilà di tale ammissione, con la citata sentenza n. 171 del 2007, la Corte coglie l'occasione per porre un ulteriore "*paletto*" nello spazio entro il quale il Governo esercita quella discrezionalità che gli deriva dall'*elasticità* dell'art. 77 sopra descritta.

Con tale sentenza, infatti, la Consulta pronuncia la dichiarazione di illegittimità di una norma perché estranea alla materia disciplinata dal decreto in cui era inserita, ritenendo tale circostanza sintomatica dell'evidente carenza dei prescritti presupposti di validità costituzionale dei decreti legge²⁶⁸.

²⁶⁷ Il profilo dell'evidenza della carenza dei requisiti di necessità e di urgenza quale condizione per l'esercizio di un sindacato sulla legittimità sulla scelta governativa di avvalersi del decreto legge è ormai un dato acquisito, incontestato e costantemente ribadito dalla giurisprudenza costituzionale: *ex multis*, oltre alle già citate sentenze, n. 16 del 2002, nn. 6, 178, 196 e 285 del 2004, n. 62 del 2005, n. 272 del 2005, n. 116 del 2006, n. 128 del 2008, nn. 355 e 83 del 2010, n. 79 del 2011, n. 287 del 2016.

²⁶⁸ Sent. ult. cit., *Considerato in diritto*, punto 6. Oggetto di censura è l'art. 7, comma 1, lettera a), del decreto legge n. 80 del 2004, convertito con modificazioni dalla legge n. 140 del 2004, connotata ad avviso della Consulta da una "*evidente estraneità rispetto alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del decreto legge*". Nella specie l'epigrafe del decreto legge recava l'intestazione "*Disposizioni urgenti in materia di enti locali*", e la sua emanazione si fondava, secondo il Preambolo sul rilievo della "*necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di enti locali, al fine di assicurarne la funzionalità, con particolare riferimento alle procedure di approvazione dei bilanci di previsione, alle difficoltà finanziarie dei comuni di ridotta dimensione demografica ed al risanamento di particolari situazioni di dissesto finanziario*". Tanto premesso nel Preambolo, ed alla luce del contenuto degli articoli, la Consulta non rintracciava alcun aspetto che avesse attinenza con i requisiti per concorrere alla carica di sindaco, ai quali si riferiva invece la disposizione oggetto di censura.

Nella pronuncia in commento, inoltre, pur essendo partita dal riconoscimento dell'impossibilità di ricondurre l'art. 77 ed i presupposti ivi richiesti a dei parametri rigidi, e lasciando quindi spazio alla valutazione condotta in concreto dal Governo, invita quest'ultimo alla cautela, richiamando l'attenzione sull'assunzione di responsabilità discendente dall'emanazione del decreto legge, in virtù della quale l'utilizzazione di tale fonte di normazione primaria *“non può essere sostenuta dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta”*²⁶⁹.

Resta comunque il dato del carattere elastico dell'espressione utilizzata all'art. 77 Cost., per il quale, nell'impossibilità di individuare parametri rigidi e generalmente valevoli, è richiesta una valutazione caso per caso, al fine di valutare se la situazione di emergenza rintracciata possa legittimamente ricondursi nell'alveo della disposizione costituzionale in parola.

A titolo esemplificativo, la Corte ha più recentemente dichiarato infondate le censure sollevate contro una disposizione del d.l. n. 133

²⁶⁹ Sent. ult. cit., *Considerato in diritto*, punto 6. Per un commento della sentenza n. 171/2007 si veda A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it, ove l'A. pur valutando positivamente l'impostazione metodica della sentenza, fondata sul riconoscimento che le questioni in parola caratterizzato il sistema costituzionale nel suo complesso, critica tuttavia l'attaccamento alla tesi *“sempre più stancamente ripetuta a mò di slogan, secondo cui l'invalidità della fonte governativa, in relazione ai presupposti fattuali che stanno a base della sua adozione, consegue unicamente al riscontro della loro “evidente mancanza”, laddove è stato con dovizia di argomenti fatto notare da una sensibile dottrina che la violazione del parametro può comunque aversi, sia o no “evidente”, e che, anzi, ove l'annullamento degli atti che se ne rendano responsabili potesse aversi unicamente in caso di macroscopiche trasgressioni dei precetti costituzionali, neppure si giustificerebbe il sindacato ad opera della Corte, che ha proprio nella incertezza del raffronto tra parametro ed oggetto la ragione prima, ancorché non esclusiva, della sua esistenza”*. ID., *“Evidente mancanza” dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008)*, in www.rivistaaic.it, n. 2008.

del 2014, ritenendo che il denunciato vizio di legittimità fosse smentito dal tenore delle disposizioni censurate e dalla relativa *ratio*, e che il riferimento effettuato dal d.l. alla “*notoria situazione di crisi economica sistemica*” integrasse il requisito di validità della necessità e dell’urgenza del provvedere²⁷⁰.

Non può sfuggire come tale orientamento della Corte sortisca in concreto l’effetto di giustificare oltremodo l’emanazione dei decreti legge, stante che la situazione di crisi economica del sistema, di certo non configurabile come stato d’emergenza passeggero e momentaneo, finisce per fare da presupposto valido a fondare l’esercizio del potere di normazione primaria da parte del Governo.

Ed anzi, da tale assestamento giurisprudenziale si trarrebbe che la convulsa situazione di crisi economica che attraversa il Paese possa motivare una distorsione dell’equilibrio dei poteri di Governo e Parlamento rispetto a quanto stabilito sulla Carta ed a netto sfavore del secondo.

Va peraltro osservato come non sia particolarmente efficace al fine di arginare la discrezionalità governativa nella produzione di fonti primaria neppure l’ulteriore criterio della “*manifesta*

²⁷⁰ Sentenza n 170 del 2017, ove la Corte, ricordando come, secondo l’orientamento costante, il sindacato di legittimità costituzionale nella materia *de qua* vada considerato circoscritto ai casi di *evidente* mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, o di “*manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della relativa valutazione*”, non riscontra il ricorrere di nessuna di tali due circostanze, in considerazione della “*notoria situazione di crisi economica sistemica, il tenore delle disposizioni censurate e la ratio che le ispira, consistente nella finalità di valorizzare le risorse energetiche nazionali, consentire il raggiungimento degli obiettivi della strategia energetica, garantire la sicurezza degli approvvigionamenti del Paese e sbloccare gli investimenti privati nel settore*”, cfr. *Considerato*, 6.2.

Sull’idoneità del riferimento alla situazione di emergenza economica la Consulta si era già espressa con ordinanza n. 72 del 2015, ritenendo che “*il richiamo alla notoria situazione di emergenza economica consente di escludere che la contestata misura volta a fronteggiarla sia stata adottata in una situazione di evidente carenza dei requisiti in parola*”.

Nel medesimo senso anche la sentenza n. 10 del 2015.

irragionevolezza o arbitrarietà della valutazione governativa”, ormai costantemente citato dalla giurisprudenza costituzionale accanto all’evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza, quale vizio idoneo a inficiare sia il provvedimento governativo che la legge di conversione²⁷¹.

Il risultato ottenuto è infatti che la già elastica espressione utilizzata dall’art. 77 Cost. si ritrovi affiancata da un canone di valutazione ancor meno univoco quale il principio di ragionevolezza.

I moniti della Corte in parte ravvisabili nelle sentenze sin qui commentate non sono stati costantemente colti dal Governo, il quale ha invero negli anni continuato a fare largo uso della decretazione d’urgenza, spesso circondando la stessa di elementi e prassi tali da distorcere il dettato costituzionale.

Così, sotto altro profilo, la Consulta si è pronunciata, con sentenza n. 22 del 2012, richiamando tanto il Governo in sede di emanazione del decreto legge, quanto il Parlamento in sede di conversione in legge, al rispetto del requisito di omogeneità materiale o teleologica prescritto anche dalla legge n. 400 del 1988²⁷².

²⁷¹ *Ex multis*, sent. nn. 79 e 93 del 2011, n. 10 del 2015, n. 287 del 2016, n. 170 del 2017, ord. n. 72 del 2015.

²⁷² L’art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 prescrive infatti che il contenuto del decreto legge sia specifico, omogeneo e corrispondente al titolo. Nella sentenza in commento la Corte chiarisce peraltro che, pur non avendo tale disposizione rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità costituzionale, essa costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell’art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell’intero decreto legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell’eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento (cfr. *Considerato in diritto*, 3.3).

Sull’attitudine dell’art. 15, comma 3, citato a palesare la ratio implicita nel secondo comma dell’art. 77 Cost., pur non avendo rango costituzionale e non potendo lo stesso assurgere a parametro di legittimità, si veda anche la sentenza della Corte n. 170 del 2017.

Dalla lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 77, infatti, è dato trarre un nesso di interrelazione funzionale tra il decreto legge e la legge di conversione successivamente adottata dal Parlamento, dal che discenderebbe il divieto per quest'ultimo di introdurre nella legge in corso di adozione elementi tali da alterare l'omogeneità del decreto adottato d'urgenza o estranei alle finalità per le quali lo stesso è stato adottato dall'esecutivo.

Precisa, infatti, la Corte che l'art. 77, secondo comma, Cost. postula *“una intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico”²⁷³*.

D'altro canto, la Corte è consapevole della possibilità che l'urgente necessità del provvedere sia legata ad una pluralità di norme, le quali tuttavia devono essere *“accomunate dalla natura unitaria delle fattispecie delineate”*.

È parimenti possibile che la decretazione d'urgenza sia mossa dall'intento di fronteggiare situazioni straordinarie di natura complessa e variegata, richiedenti pertanto l'attivazione di interventi eterogenei ed afferenti a materie diverse, i quali tuttavia devono pur sempre essere indirizzati allo scopo unitario di approntare rimedi urgenti alle straordinarie situazioni rintracciate.

Ed infatti, *“il presupposto del “caso” straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno”*. Al contrario, *“La scomposizione atomistica della condizione di validità prescritta dalla Costituzione si pone in contrasto con il necessario legame tra il provvedimento legislativo urgente ed il “caso” che lo ha reso*

²⁷³ Corte costituzionale, sent. n. 22 del 16 febbraio 2012, *Considerato in diritto*, 3.3. e ss.

necessario, trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assembleate soltanto da mera casualità temporale”.

Alle condizioni tracciate dalla Consulta, anche i decreti “*milleproroghe*”, ormai convertiti in legge con cadenza regolare, possono essere considerati conformi a Costituzione laddove, seppur attinenti ad ambiti materiali molto eterogenei tra loro, rispondano comunque alla *ratio* unitaria di intervenire con urgenza sulla prossima scadenza di termini il cui decorso comprometterebbe interessi ritenuti rilevanti da Governo e Parlamento²⁷⁴.

In assenza di tali condizioni, l’alterazione, rispetto al testo originario, dell’omogeneità di fondo della normativa urgente sottoposta al Parlamento per la conversione “*esorbita...dalla sequenza tipica profilata dall’art. 77, secondo comma, Cost.*”²⁷⁵”.

La non conformità a Costituzione, in tali casi, non discenderebbe, peraltro, dalla carenza dei presupposti di necessità ed urgenza per l’adozione delle norme eterogenee aggiunte (dal momento che, proprio in quanto aggiunte successivamente in Parlamento, esse non potrebbero soggiacere ai requisiti di validità prescritti dall’art. 77 per la decretazione d’urgenza²⁷⁶), ma piuttosto dall’*”uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto legge*”²⁷⁷.

²⁷⁴ Nel medesimo senso più recentemente la sentenza n. 154 del 2015.

²⁷⁵ Sent. ult. cit., *Considerato in diritto*, 4.2

²⁷⁶ Cfr. sul punto ordinanza n. 429 del 2007, ove si chiarisce che “*il richiamo ai requisiti di necessità e urgenza di cui all’evocato articolo 77 Cost. con riguardo a una disposizione, quale quella censurata, contenuta soltanto nella legge di conversione non è pertinente, dovendo detti requisiti riferirsi esclusivamente al decreto-legge adottato dal governo e non – come è avvenuto nel caso di specie – alle norme introdotte ex novo dal Parlamento con la legge di conversione del decreto medesimo*”. In termini analoghi anche la precedente sentenza n. 391 del 1995.

²⁷⁷ Sent. ult. cit., *Considerato in diritto*, 4.2. In senso analogo la sentenza n. 237 del 2013.

Almeno rispetto agli originari assestamenti giurisprudenziali, la Corte si rivela qui maggiormente determinata ad arginare eventuali abusi nell'esercizio sia del potere di decretazione d'urgenza che del conseguente potere di conversione, esercitati rispettivamente da Governo e Parlamento entro il già ampio margine di operatività offertogli dall'art. 77.

Sul tema la Corte è più di recente ritornata, ribadendo come la legge di conversione non possa aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore, diversamente tradendo la natura funzionale e specializzata che le è propria (sentenza n. 186/2015), nonché sostanzialmente sfruttando l'*iter* di conversione per scopi estranei a quelli che giustificano l'atto con forza di legge (sentenza n. 32/2014)²⁷⁸.

Deve, d'altro canto, osservarsi come in più occasioni la Corte si sia rivelata piuttosto cauta nel valutare la mancanza di ogni nesso di interrelazione tra le disposizioni incorporate nella legge di conversione e quelle dell'originario decreto, laddove ad esempio ha tenuto a puntualizzare che *“difettano di omogeneità solo le disposizioni aggiunte che siano totalmente estranee o intruse, cioè tali da interrompere, in parte qua, ogni correlazione tra il decreto e la legge di conversione”*²⁷⁹

Le prassi e modalità sopra trattate di applicazione in concreto dell'art. 77 da parte delle forze politiche, come visto solo parzialmente arginate dalla Corte, non sono tuttavia le uniche

²⁷⁸ In tale occasione la Corte tiene ad osservare come la legge di conversione debba avere un contenuto omogeneo a quello del decreto legge, in ossequio, prima ancora che a regole di buona tecnica normativa, all'esigenza di mantenere entro la cornice costituzionale i rapporti tra Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica nello svolgimento della funzione legislativa. In termini analoghi anche le sentenze nn. 169/2017, 94/2016 e 154/2015.

²⁷⁹ Sentenza n. 251 del 2014, *Considerato* 5

rintracciabili sul terreno della normazione primaria ed incidenti sul circuito dei poteri legislativo ed esecutivo.

Altre prassi, invero, si sono affermate sempre sul terreno della normazione primaria rivelandosi parimenti idonee a compromettere la potestà legislativa del Parlamento in favore del ruolo del Governo anche sulla determinazione del contenuto del *prodotto* dell'iter legislativo ordinario.

Ne è un esempio la ricorrente pratica di approvazione di disegni di legge mediante maxi-emendamenti assistiti da questione di fiducia, affermatasi al fine di porre un argine all'ostruzionismo dei partiti, ma nella quale è possibile ravvisare un contrasto con i precetti costituzionali, e, tra questi, in particolare con l'art. 72 nella parte in cui dispone che ogni disegno di legge deve essere approvato "*articolo per articolo e con votazione finale*".

Non di rado, inoltre il maxi-emendamento con questione di fiducia viene proposto su decreti legge o leggi di delega, così provocando un evidente cortocircuito nell'ordinaria ripartizione dei ruoli rispettivamente spettanti al Parlamento ed al Governo sul piano della produzione legislativa.

Per l'effetto, invero, l'incisivo intervento del Governo, a discapito della dialettica parlamentare, è capace di attrarre a sé il processo decisionale legislativo, e ciò anche quando quest'ultimo debba invece per previsione costituzionale essere bifasico e duale, come accade appunto nell'ambito dei decreti legge e dei decreti legislativi.

In conclusione, l'esercizio dei poteri di normazione primaria che, in chiave derogatoria, la Carta ha riconosciuto al Governo è da sempre connotato da un largo uso di prassi e modalità operative che sono andate oltre i limiti, espliciti ed impliciti, tracciati in Costituzione, e

solo sotto certi aspetti tali prassi distorsive hanno subito una battuta d'arresto ad opera della Consulta, rimanendo su molti altri fronti ancora ampio lo spazio concesso all'operato in concreto delle forze politiche.

Alcuni dati aiuteranno a mettere in luce la progressiva estensione dell'attività di normazione primaria da parte del Governo.

Per guardare ai dati più recenti²⁸⁰, in termini percentuali, nel corso del primo semestre in carica della XVIII Legislatura (dal 23 marzo al 23 settembre 2018), le leggi di conversione occupano l'81,8% delle leggi complessive (9 decreti legge convertiti su 11 leggi complessive)²⁸¹.

L'iter di conversione di tali decreti legge si è rivelato più semplice rispetto a quello del corrispondente periodo della precedente Legislatura, avendo superato l'esame nelle Aule la durata di 30 giorni complessivi solo in tre occasioni.

E se, nel corso del primo semestre, si registra una diminuzione del ricorso da parte del Governo alla questione di fiducia (posta in un'unica occasione), diminuisce d'altro canto anche il numero di emendamenti approvati ed il numero di commi e di parole inserite nel corso dell'esame parlamentare

In proposito si aderisce a quanto autorevolmente sostenuto da chi, con riguardo alle indebite torsioni idonee ad alterare l'equilibrio istituzionale, delle quali è eloquente esempio, sul versante della normazione primaria, l'abuso degli atti aventi forza di legge da parte del Governo come anche dei suoi poteri di influenza sul

²⁸⁰ I dati sono tratti dal sito web della Camera dei Deputati, e segnatamente dagli Appunti redatti dal Comitato per la legislazione aggiornati al 23 settembre 2018.

²⁸¹ In aumento rispetto alla proporzione registrabile nel corso del primo semestre della precedente legislatura: nel periodo dal 15 marzo al 15 settembre 2013, infatti, tale rapporto era di 9 leggi di conversione contro 8 leggi ordinarie.

procedimento legislativo parlamentare, ha osservato che se di modifica tacita della Costituzione si vuol parlare, ciò deve essere funzionale a denunciarne la illegittimità e non già ad avallare la prassi²⁸².

6.5 Le modificazioni tacite della Costituzione apportate in via di interpretazione giurisprudenziale: alcune materie sostanzialmente costituzionali alla ricerca della propria fonte

Le disposizioni della nostra Carta, quale parametro di giudizio, sono al centro di un costante processo, efficacemente definito di *rigenerazione semantica*²⁸³, i cui esiti sono talvolta qualificabili in termini di modificazioni tacite, operate dalla giurisprudenza sia costituzionale che ordinaria²⁸⁴.

Si è, sin dagli esordi dell'attività della Corte costituzionale, registrata una netta inversione di tendenza rispetto alla concezione liberale classica a cui si era ispirato il Costituente nel delineare la funzione giurisdizionale la quale, in un'ottica di netta separazione dei poteri dello Stato, avrebbe dovuto concretizzarsi in un giudizio consistente nella quasi automatica applicazione della norma regolante il caso concreto e scevro da qualsiasi valutazione che chiamasse in causa elementi extragiuridici²⁸⁵.

²⁸² M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative* già citato, p. 35.

²⁸³ Tale l'espressione utilizzata da RUGGERI A., *Lacune costituzionali*, in *Rivista A.I.C.* n. 2 del 2016, spec. 22.

²⁸⁴ Di *attivismo* dei giudici ordinari e della Corte costituzionale tratta CORTESE F., *Le trasformazioni recenti dell'ordinamento italiano* cit., 205 ss.

²⁸⁵ Osserva sul punto BOGNETTI G., *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana* già cit., come «*in pochi altri campi come in quello della funzione giurisdizionale la realtà nata dall'esperienza vissuta dalle istituzioni si è probabilmente allontanata altrettanto dalle intenzioni e dalle aspettative originarie dei costituenti*», 58.

La non univocità²⁸⁶ delle espressioni utilizzate nel testo da una parte, il continuo incremento della domanda di tutela proveniente da una società in costante ed incontrollabile fermento dall'altra, hanno ben presto palesato l'insufficienza di un'interpretazione meramente letterale delle disposizioni costituzionali.

Proprio la variabilità del contesto sociale, culturale, economico ha fatto sempre più emergere la natura evolutiva dell'interpretazione costituzionale²⁸⁷.

Può costituire, sul punto, un'esperienza emblematica l'interpretazione giurisprudenziale, sia costituzionale che ordinaria, sviluppatasi attorno all'art. 2 della Cost., notoriamente qualificato

D'altra parte, *“La feconda osmosi tra livello giuridico-formale e livello effettuale-sostanziale della convivenza organizzata non può che tradursi nel rigetto per una applicazione meccanica della regola generale ed astratta al caso concreto, ridotto a muto e passivo oggetto, secondo il rigido metodo logico-deduttivo patrocinato dal positivismo legalistico. Piuttosto appare congeniale a simili ordinamenti un modello di attività interpretativo/applicativa di tipo ermeneutico, improntato ad una logica circolare, nella quale il polo normativo ed il polo fattuale si rendono significanti l'uno per l'altro, così alimentando il quotidiano divenire dell'ordinamento”* (cfr. D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè 2005, p. 237 e ss.).

²⁸⁶ Invero, secondo l'insegnamento di ASCARELLI T., di nessun testo può professarsi la piena univocità, dovendo procedersi ad un'interpretazione che non si arresti al dato meramente letterale, dal momento che *«la norma non è racchiusa nel testo sì da poter esser ivi discoperta e l'interpretazione non è solo lo 'specchio' di quanto racchiuso nel testo»*, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica* già cit., spec. 356. È dunque nella natura delle cose che la stessa legge, nel tempo, tenda ad emanciparsi dall'*intentio legislatoris*.

²⁸⁷ *“I valori che sono solennemente enunciati nelle Carte fondamentali degli ordinamenti costituzionali liberal-democratici non possono essere né univoci, né omogenei o linearmente componibili: proprio in quanto espressione del livello di civiltà raggiunto da strutture sociali marcate da una straordinaria complessità, caratterizzate da un ripido (a volte tumultuoso) progresso scientifico e tecnologico, fortemente articolate sul piano culturale, ed oggi anzi tendenti verso una composizione multi-etnica e multiculturale, essi si presentano spesso reciprocamente antagonisti e comunque disponibili e farsi permeare e plasmare dalle più significative espressioni del pluralismo sociale”* (cfr. D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè 2005, p. 282 e ss.).

come “clausola aperta” di fronte alle nuove pretese di libertà e diritti meritevoli di tutela in quanto fondamentali²⁸⁸.

Basti qui accennare a come l’interpretazione evolutiva di tale disposizione abbia condotto a degli esiti estensivi della sua portata applicativa rispetto al dato meramente letterale della sua formulazione.

Abbiamo poi già osservato nella I Parte come la Costituzione si esprima spesso per principi piuttosto che per regole.

Entra, dunque, in gioco, la particolare tecnica del bilanciamento, o ponderazione, tra i principi in parola, i quali sfuggono ad una predeterminata loro ordinazione, potendo al più essere ricomposti caso per caso in quella che viene detta *gerarchia assiologica mobile*²⁸⁹.

Accade, in altri termini, che la Corte sia chiamata a rivedere la collocazione di un valore piuttosto che di un altro nell’assetto equilibrato della Costituzione.

Tutto ciò rende la lettura ed interpretazione dei principi costituzionali un’attività particolarmente sensibile a scelte di natura discrezionale che conducono la Corte, anche qui, verso operazioni riconformative del significato della Costituzione²⁹⁰.

²⁸⁸ Seppur propenso a negare che la Corte operi in senso *creativo* di nuove fonti costituzionali ogni qual volta questa ricorra all’art. 2 per aggiungere un nuovo diritto *implicito*, accanto a quelli esplicitati dal Costituente, SPADARO A., *Dalla Costituzione come “atto” alla Costituzione come “processo”* cit., (spec. 402 e ss.), ravvisa in tali ipotesi un’estensione/aggiornamento del parametro costituzionale, frutto dell’interpretazione costituzionale evolutiva la quale tuttavia, secondo l’A., rappresenta una manifestazione fisiologica dell’attività di ogni tribunale costituzionale.

²⁸⁹ Cfr. GUASTINI R., *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè editore, Milano 2004, 219.

²⁹⁰ In tal senso, osservando la Corte nella graduale ricreazione del parametro costituzionale di cui si discorre, SPADARO A., *Op. cit.*, conclude che «non conta tanto la Carta, quanto la Corte, ovvero, più di un’astratta dichiarazione di principi, probabilmente conta l’organo che – eventualmente

Non si è mancato di notare come anche in tale evoluzione possa ravvisarsi un'evidente torsione della lettera della Carta da ricondurre in ultima analisi al moltiplicarsi dei diritti e dei beni della vita di volta in volta in discussione, che conduce gli operatori istituzionali a mettere in atto ponderazioni sempre più delicate e complesse.

Ne discende la messa a punto di tecniche decisorie sempre nuove come anche la rielaborazione di tecniche già note, nella quale l'autorevole dottrina ha rintracciato l'effetto di un netto squilibrio tra l'anima c.d. politica e quella giurisdizionale della Corte costituzionale e degli altri giudici, nella specie produttivo di una commistione dei ruoli degli organi politici e di quelli di garanzia²⁹¹, con il rischio che si oltrepassi la soglia di tolleranza degli interventi creativi operati sui testi oltre la quale l'attività del giudice risulterebbe ormai snaturata.

Come è comprensibile l'angolo di osservazione privilegiato per l'analisi dell'attività talvolta creativa del giudice, costituzionale e non, si rintraccia sul terreno dei diritti e delle libertà.

introducendone di nuovi e bilanciando fra diversi interessi sociali – traduce quei vaghi principi in regole e criteri concreti, «creando» alla fine il vero parametro costituzionale», 407.

Eloquente in proposito la metafora impiegata da R. BIN, descrittiva dei meccanismi utilizzati dalla Consulta come “*motori molto potenti, collegati l'uno all'altro, ma destinati ad assolvere funzioni diverse. In comune hanno una caratteristica: servono a viaggiare lontano dai paletti messi dalla costituzione, nei lunghi tratti in cui i confini sono incerti e mobili. Ora però vorrei sostituire la metafora dei confini con una di carattere marinaresco. I paletti diventano fari e segnali, le strategie di orientamento consentono di interpretarne i messaggi e tracciare le rotte. A navigare è il politico, spesso nei panni del legislatore; è lui che decide da che parte si va e a quale velocità. La Corte costituzionale sta sulla nave per conto dell'armatore, nel cui interesse controlla in che modo procede la navigazione, intervenendo quando ne vede infrante le regole. Già, ma quali regole? Non si tratta soltanto di impedire che il capitano ignori i fari e minacci di incagliare il bastimento. Anche in mare aperto la navigazione ha i suoi criteri: bisogna tener conto delle correnti e dei venti, il timoniere deve seguire la rotta e questa deve essere congrua rispetto alla destinazione, e così via.*”, in *Capire la Costituzione*, Editori Laterza, 97.

²⁹¹ Ci riferiamo alle preziose riflessioni svolte da A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 6 e ss.

Ciò in quanto le disposizioni costituzionali dedicate ai diritti ed alle libertà si prestano a dar luogo a problemi di definizione e specificazione e rimandano a valori e concetti che, ancor più di quanto avvenga per le altre disposizioni costituzionali, risentono dell'evoluzione della coscienza e del contesto sociale e richiedono, pertanto, di essere costantemente sottoposte ad un'interpretazione di carattere evolutivo.

Sembra che i punti di partenza vadano rintracciati negli artt. 2 e 3 Cost.

L'art. 2 nella parte in cui dichiara che "*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*", non avanzando alcuna pretesa di tassatività, sembra offrire, come sostenuto da parte della dottrina, alla Corte un catalogo aperto dei diritti, particolarmente utile al fine di riscontrare le crescenti, variabili e, talvolta, inedite domande di tutela dei valori dell'individuo e della società in ogni loro articolazione.

L'art. 3 nella parte in cui, subito dopo aver enunciato il principio di eguaglianza in senso formale, consegna al legislatore un programma di intervento mirante alla realizzazione dell'ulteriore principio di eguaglianza sostanziale e, quindi alla rimozione di ogni ostacolo di ordine economico e sociale che impedisca l'eguale godimento dei diritti e delle libertà.

Nella verifica della piena realizzazione da parte del legislatore di tale programma di intervento, la Corte costituzionale ha quindi iniziato a fare uso sistematico del giudizio di *ragionevolezza*, in applicazione dell'omonimo canone il quale, seppur privo di un preciso fondamento costituzionale, proprio nell'art. 3 e nelle altre disposizioni costituzionali che rinviano al valore dell'uguaglianza trova la propria base implicita.

L'attività creativa della Corte è ben esemplificata dall'enucleazione da parte della stessa dei c.d. “*nuovi diritti*”, il cui riconoscimento non è più revocabile in dubbio, a dispetto dell'assenza di un espresso riferimento ad essi in Costituzione.

Una precisazione è a questo punto doverosa: se è vero che tali diritti, prima non tutelati, ottengono il loro graduale riconoscimento ad opera della Consulta in forza della loro qualificazione in termini di corollari degli artt. 2 e 3 Cost. sopra citati, allora non si dovrebbe neppure attribuire ai medesimi l'aggettivo di *nuovi*, potendo al più discorrere del carattere implicito degli stessi, adesso emerso dalle maglie della Costituzione per merito dell'attività interpretativa della giurisprudenza costituzionale.

Conseguentemente, non di pronunce *creative* dovrebbe parlarsi, quanto piuttosto del disvelamento e, quindi, della specificazione, di un altro tra i diritti inviolabili ai quali l'art. 2 offre copertura costituzionale.

Anche nella specificazione, tuttavia, risiede una componente di innovazione, e quindi anche in questo caso, stante l'assenza di una disciplina espressa in Costituzione, le disposizioni di quest'ultima si trovano comunque ad essere integrate.

Può, in ultima analisi, ritenersi che l'enunciazione di un *nuovo* diritto, anche in via giurisprudenziale, comporti di fatto una integrazione delle disposizioni costituzionali, delle quali rimane immutato il tenore letterale, nel senso anzi del loro perfezionamento e potenziamento, proprio al fine precipuo dell'attuazione della stessa Costituzione *magis ut valeat* e, nella specie, degli artt. 2 e 3 Cost.

Contestualmente a tale effetto di perfezionamento, il riconoscimento di nuovi diritti sortisce l'ulteriore effetto dell'ampliamento della materia costituzionale, dal momento che un nuovo bene della vita

viene adesso qualificato come valore meritevole di tutela a livello costituzionale.

Ciò a dimostrazione di come la materia costituzionale sia al centro di un processo incessante di innovazione ed ampliamento e di come non possa affermarsi che solo ciò che è scritto in Costituzione va considerato come “costituzionale”.

Sempre partendo dal tessuto normativo della Costituzione è infatti dato trarre, per via interpretativa, altri e diversi diritti, altre e diverse materie rispetto a quelle esplicitamente contemplate.

Anche in questo caso, risulterà utile trattare alcune vicende emblematiche idonee a mettere in luce la capacità innovativa delle pronunce della Consulta sul piano dei diritti e delle libertà.

6.5.1. Il caso “Englaro”: la disciplina di fine vita

Come noto, il 31 gennaio 2018 è entrata in vigore la Legge n. 219 del 22 dicembre 2017, recante *“Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”*.

Secondo il suo art. 1, la citata legge è tesa a tutelare *“il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”*, nel rispetto dei principi della Costituzione e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

La legge di recente approvazione rappresenta l’ultimo tassello di un percorso travagliato ed attraversato da vicende eclatanti, quali il caso Welby, il caso Englaro (e più di recente la vicenda di Fabiano Antoniani) che hanno negli anni acuito l’attenzione mediatica e

sociale sulle tematiche di fine vita, prima prive di una disciplina legislativa.

Analizzeremo adesso la vicenda “*Englaro*” in quanto particolarmente eloquente per un’analisi del delicato equilibrio delle relazioni tra potere di produzione normativa ed attività giurisdizionale, e più nel dettaglio, dimostrativa degli esiti creativi ai quali l’attività interpretativa della giurisprudenza può condurre, specie a fronte dell’inerzia del legislatore.

Si è, peraltro, trattato di una lunga vicenda giudiziaria il cui svolgimento ha messo a dura prova gli equilibri tra i diversi poteri a vario titolo coinvolti, con ciò riferendosi non soltanto al potere giudiziario, ma anche all’esecutivo ed al Parlamento, nonché al Presidente della Repubblica.

Volendo, seppur brevemente, sintetizzare fatti già noti ai più, Eluana Englaro versa dal 1992, a causa di un incidente stradale, in stato vegetativo permanente.

Il Tribunale di Lecco si pronuncia in prima battuta dichiarando inammissibile la richiesta del padre di Eluana, Beppino Englaro, di sospensione del trattamento, poiché in contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento vigente, in particolare con l’art. 2 della Costituzione, alla luce del principio di indisponibilità del diritto alla vita.

Fanno seguito svariate pronunce di rigetto delle richieste formulate da Beppino Englaro provenienti sia dalla Corte di Appello di Milano che dal Tribunale di Lecco nuovamente adito.

In particolare, già nel dicembre 2003 la Corte di Appello di Milano, pur seguitando nel rigetto opposto al tutore Englaro sulla base dell’importanza e della delicatezza della questione, auspica che il legislatore ordinario individui e predisponga gli strumenti adeguati

per l'efficace protezione della persona e il rispetto del suo diritto di autodeterminazione, prevedendo una verifica rigorosa da parte dell'Autorità giudiziaria della sussistenza di manifestazioni di direttive anticipate.

A seguito di un primo ricorso respinto per vizi procedimentali, con sentenza del 16 ottobre 2007²⁹², la Corte di cassazione rinvia il caso ad una diversa sezione della Corte d'Appello di Milano.

Nella specie la Cassazione osserva come il consenso al trattamento medico chirurgico afferisca *“alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.”*²⁹³

Ne discende, ad avviso della Corte, l'impossibilità di teorizzare la riconoscibilità di un generale “diritto a curare” in capo al medico, a fronte del quale il paziente si troverebbe ridotto ad una posizione di soggezione.

Dall'art. 32 Cost. si ricava, inoltre, l'obbligatorietà dei trattamenti sanitari nei soli casi espressamente previsti dalla legge, dovendo, in ogni altro caso invece trovare piena tutela il diritto alla salute, quale diritto di libertà, nel suo risvolto negativo, comprensivo invero del diritto a non curarsi.

Ammirevole, sul punto, l'impegno spiegato dalla Corte di cassazione nel voler sopperire all'assenza di una normativa nazionale in materia richiamando le soluzioni legislativamente sancite in altri ordinamenti europei²⁹⁴, e nello sviluppare la parte

²⁹² Corte di cassazione, Sez. I civile, sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007

²⁹³ *Sent. cit.*, parte motiva, punto 6.

²⁹⁴ Il riferimento è in particolare all'art. 1111-10 del code de la santé publique francese, ai sensi del

motiva della propria pronuncia traendo spunto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ²⁹⁵, come anche dalle convenzioni internazionali²⁹⁶, e segnatamente alla Convenzione di Oviedo, alla quale, pur non essendo ancora intervenuta la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica, viene frattanto riconosciuta un'utile funzione ausiliaria sul piano interpretativo.

In conclusione, la Corte dispone il rinvio della causa a diversa sezione della Corte d'Appello di Milano, chiamata a decidere alla luce del principio di diritto secondo il quale: «Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed

quale *“Lorsqu’une personne, en phase avancée ou terminale d’une affection grave et incurable, quelle qu’en soit la cause, décide de limiter ou d’arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l’avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical”*.

²⁹⁵ Viene citato il caso *Pretty c. Regno Unito* osservando come nella risoluzione dello stesso la Corte di Strasburgo non abbia mancato di precisare che l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole interferirebbe con l'integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall'art. 8.1 della Convenzione (diritto alla vita privata); e che una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita. Seppur poi la Cassazione stessa riconosca di dover ricorrere a considerazioni di diverso tenore nel caso di specie stante le condizioni di totale incapacità di manifestazione della propria volontà da parte del paziente.

²⁹⁶ Viene infatti citata in proposito la regola generale dettata dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo, rubricato *“Protection des personnes n’ayant la capacité de consentir”*, laddove prevede che «Lorsque, selon la loi, un majeur n’a pas, en raison d’un handicap mental, d’une maladie ou pour un motif similaire, la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l’autorisation de son représentant, d’une autorité ou d’une personne ou instance désignée par la loi», precisando che «une intervention ne peut être effectuée sur une personne n’ayant pas la capacité de consentir, que pour son bénéficiaire direct». E, come esplicita il rapporto esplicativo alla Convenzione, quando utilizza l'espressione «pour un motif similaire», il citato art. 6 si riferisce alle situazioni, quali, ad esempio, gli stati comatosi, in cui il paziente è incapace di formulare i suoi desideri o di comunicarli.

Vengono al contempo citate decisioni dell'House of Lords (caso *Bland*), del Bundesgerichtshof (sentenza 17 marzo 2003) e della Corte Suprema degli Stati Uniti (caso *Cruzan*).

idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

Persistendo l'inerzia del legislatore, la Cassazione, chiamata a rispondere ad una domanda di tutela in senso pieno del diritto alla salute, comprensiva della protezione dei suoi risvolti in negativo (come diritto a non curarsi ed a lasciarsi morire) si fa pertanto carico di tracciare dei requisiti in presenza dei quali il giudice può autorizzare l'interruzione del trattamento sanitario.

Alla sentenza finora in commento ha fatto seguito il decreto della Corte d'Appello di Milano del 25 giugno 2008 il quale, in applicazione del principio di diritto sopra integralmente riportato, ha accolto il reclamo proposto da Beppino Englaro nelle vesti di tutore della figlia Eluana, per l'effetto autorizzando a disporre l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale di quest'ultima.

A partire dalla richiamata sentenza della Corte di Cassazione e dal successivo decreto della Corte d'appello di Milano si è assistito al risveglio dell'attenzione del circuito dell'indirizzo politico sulla vicenda, manifestata in un susseguirsi di atti sostanzialmente tesi a contestare le modalità ed a vanificare gli esiti cui era pervenuta l'autorità giudiziaria nella vicenda *de qua*²⁹⁷.

²⁹⁷ Per vero, alcune critiche sono pervenute anche dal fronte della giurisprudenza costituzionale ed in particolare dal presidente emerito della Consulta Antonio Baldassarre, il quale, non nutrendo alcun dubbio circa la portata creativa della pronuncia della Cassazione, ha allora dichiarato che “I giudici hanno *scritto* una norma sul testamento biologico quando il parlamento sta discutendo come farla e con quali limiti”, giudicando come “uno scandalo” le sentenze favorevoli all'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione di Eluana. Ad opinione di Baldassarre, “I giudici sono partiti da principi molto generali e da questi hanno sviluppato norme e regole di condotta *andando oltre allo stretto principio di legalità e soggezione alla legge*”. Così facendo, aggiunge, “hanno operato non solo come se il testamento biologico fosse già legge, ma ne hanno stabilito anche le forme e i limiti”. Ciò in contrasto con il principio per il quale “in uno stato democratico legislatore è il parlamento perché è politicamente responsabile di fronte all'elettorato, mentre il giudice non risponde a nessuno”. In tale contesto, Baldassarre auspica l'intervento tempestivo del legislatore, per mezzo di una normativa sul fine vita che possa dirsi “ponderata, prudente e bilanciata”. A difesa dell'operato della Cassazione è intervenuto con comunicato stampa il Primo Presidente della stessa Corte, precisando che “la Corte di cassazione non ha in alcun modo travalicato il proprio specifico compito istituzionale di rispondere alla domanda di giustizia del cittadino, assicurando la corretta interpretazione della legge, nel cui quadro si collocano in modo primario i principi costituzionali e la convenzione di Oviedo”. Nello stesso senso, in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario 2009, il Presidente della Corte d'appello di Milano ha ritenuto necessario ritornare sul caso Englaro, per ribadire di non aver invaso il “territorio altrui”.

Ed infatti, tra il 31 luglio ed l'1 agosto 2008 le Camere deliberavano di promuovere conflitto di attribuzione di fronte alla Corte costituzionale avverso le sopra citate decisioni²⁹⁸.

In data 6 febbraio 2009, il Consiglio dei ministri adottava un decreto legge atto ad impedire la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione per “*soggetti non in grado di provvedere a se stessi*”, al fine quindi di paralizzare nella sostanza l'efficacia del decreto intanto adottato dalla Corte di Appello di Milano e, tuttavia, mai firmato dal Presidente Napolitano.

Il sollevato conflitto di attribuzione veniva risolto in senso negativo dalla Consulta con ordinanza n. 334 del 2008.

Più nel dettaglio, le contestazioni poste a fondamento dei conflitti di attribuzione sollevati da Camera e Senato presentavano analogo tenore e si rivolgevano alla lamentata *invasione*, o comunque *menomazione* da parte della Corte di cassazione della sfera di poteri attribuiti costituzionalmente agli organi del potere legislativo, anche in considerazione della circostanza per la quale la Cassazione aveva posto a fondamento della decisione dei presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente, neppure in via ermeneutica, così ledendo la sfera delle attribuzioni costituzionali della Camera²⁹⁹; nonché alla *materiale sostituzione* (concretantesi nell'adozione di un atto *sostanzialmente legislativo*) da parte del potere giudiziario a quello legislativo, al quale solo dovrebbe spettare la funzione *nomogenetica* a fronte di quella *nomofilattica* attribuita al primo, diversamente

²⁹⁹ Cfr. Ricorso depositato dalla Camera dei deputati il 17 settembre 2008 ed iscritto al n. 16 del registro dei conflitti tra poteri dello Stato.

dovendo ravvisarsi un aperto contrasto con il principio della separazione dei poteri³⁰⁰.

Con l'ordinanza n. 334 del 2008 la Consulta ha dichiarato inammissibili i proposti ricorsi per conflitto di attribuzione, statuendo che *“la vicenda processuale che ha originato il presente giudizio non appare ancora esaurita, e che, d'altra parte, il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”*, non sussistendo, pertanto il requisito oggettivo per l'instaurazione degli stessi conflitti.

Il nodo della questione è in definitiva incentrato sulla possibilità o meno, nel quadro delle disposizioni costituzionali, che l'attività giurisdizionale si traduca talvolta in attività creativa, nel senso della produzione della regola da applicare al singolo caso portato all'attenzione del giudice.

E la Corte - rilevata l'insussistenza nel caso di specie di *indici* atti a dimostrare che i giudici abbiano inteso esercitare funzioni di produzione normativa, o menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento - risponde al quesito di cui sopra non ravvisando alcuna usurpazione del potere legislativo da parte della magistratura, stante che nella regolazione dei reciproci rapporti tra detti poteri, occorre

³⁰⁰ Cfr. Ricorso del Senato della Repubblica ed iscritto al n. 17 del registro dei conflitti tra poteri dello Stato 2008. Seppur rimanendo in minoranza, si erano comunque alzate in Senato voci dissonanti, che avvertivano circa l'assenza dei presupposti per il conflitto di attribuzione osservando come *“l'assenza di una disciplina specifica delle scelte di fine vita determina comunque di fatti la possibilità dell'autorità giudiziaria – tenuta a decidere in forza del divieto di non liquet – di accedere a interpretazioni diverse delle norme vigenti, sia pure nel rispetto dei parametri ermeneutici di cui all'articolo 12 delle disposizioni preliminari al codice civile.”* D'altronde, *“Qualora volesse limitare tale possibilità, ben potrebbe il Parlamento disciplina la materia in esame, evitando così l'elevazione di un conflitto interorganico che allo stato appare meramente ipotetico”* cfr. opinioni dei senatori Ceccanti e Pardi in Senato, Doc. XVI n. 1-bis.

tenere in considerazione che, in assenza di una specifica disciplina dettata dal legislatore, il divieto di *non liquet* impone al giudice adito di fornire una risposta alla domanda di tutela e finalizzata alla risoluzione del caso concreto.

Né, come autorevolmente osservato, sarebbe opportuno ritenere che il giudice, chiamato a rispondere ad una domanda di tutela, debba almeno astenersi dal decidere in materie “eticamente sensibili”, sulle quali si registra cioè un contrasto di opinioni non ancora sopito³⁰¹.

6.5.2 La Consulta e le unioni omosessuali

L’elasticità dell’art. 2, teso a riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell’uomo, oltre che come singolo, anche nelle *formazioni sociali* all’interno delle quali si esplica la personalità dell’individuo, ha consentito negli anni di operare una profonda innovazione della disciplina giuridica della famiglia, al fine di portare quest’ultima al passo con i tempi.

Stante il silenzio del legislatore su alcuni profili problematici, si è trattato anche qui di un’innovazione portata avanti ora dalla Consulta, ora dai giudici di legittimità.

Di importanza decisiva in tale percorso di aggiornamento, ed utile al fine di osservare come possano trovare tutela costituzionale diritti e

³⁰¹ “Vale proprio l’opposto: il diritto serve a comporre i conflitti, e il ragionamento giuridico attraverso cui si svolge la motivazione della sentenza ha proprio il compito di raffreddare le emozioni delle parti”, R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d’asino? (a proposito dell’ord. 334/2008)*, in www.forumcostituzionale.it.

Di diverso avviso, ed in netta critica nei confronti della pronuncia della Consulta S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale a margine dell’ordinanza 334 del 2008 della Corte Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, ove l’A. osserva che pur rilevandosi l’attività creatrice della giurisprudenza come dato di fatto, non se ne può non cogliere altresì l’incongruità rispetto ad un corretto sistema di bilanciamento di poteri costituzionali, comportando – nei casi di abuso e di utilizzo più improprio – delle distonie e degli squilibri funzionali che hanno come risolto (opposto a quello perseguito) l’incertezza giuridica e – più in generale – l’alterazione del principio di rappresentanza democratica.

situazioni non espressamente contemplate sulla Carta, è stata la sentenza n. 138 del 2010, con la quale la Corte costituzionale ha incluso l'unione omosessuale tra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.

La Consulta è qui chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina codicistica (segnatamente degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* del codice civile) *“nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso”*³⁰².

Già dall'ampiezza dell'oggetto del giudizio di costituzionalità in discorso emerge come la Corte fosse sostanzialmente chiamata a pronunciarsi sulla congruenza della disciplina codicistica vigente rispetto all'evoluzione dei costumi sociali ed alla sempre più avvertita esigenza che, accanto al nucleo familiare tradizionalmente inteso, trovassero tutela anche le altre declinazioni attraverso le quali nel tempo il fenomeno familiare è andato a svilupparsi, nel caso di specie trattandosi per l'appunto di unione tra persone dello stesso sesso.

³⁰² Nel caso di specie il giudice *a quo* era stato chiamato a pronunciarsi in un giudizio promosso da due soggetti di sesso maschile avverso l'atto con il quale l'ufficiale di stato civile del Comune di Venezia aveva rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio dagli stessi richiesta. In particolare, Il funzionario, infatti, aveva ritenuto illegittima la pubblicazione, perché in contrasto con la normativa vigente, costituzionale e ordinaria, in quanto l'istituto del matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano «è inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi», e tale diversità «costituisce presupposto indispensabile, requisito fondamentale, a tal punto che l'ipotesi contraria, relativa a persone dello stesso sesso, è giuridicamente inesistente e certamente estranea alla definizione del matrimonio, almeno secondo l'insieme delle normative tuttora vigenti». A sostegno del proprio rifiuto, l'ufficiale richiamava anche un parere del Ministero dell'interno, risalente al 28 luglio 2004, nel quale si leggeva che «in merito alla possibilità di trascrivere un atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, si precisa che in Italia tale atto non è trascrivibile in quanto nel nostro ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto contrario all'ordine pubblico»; affermazione ribadita con circolare dello stesso Ministero in data 18 ottobre 2007.

Di fronte al rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione di matrimonio richiesta da due persone dello stesso sesso, queste ultime adivano il Tribunale di Venezia rilevando l'assenza, nel nostro ordinamento, di un divieto espresso di matrimonio tra persone dello stesso sesso e la contrarietà delle disposizioni codicistiche sopra richiamate, poste alla base del diniego delle pubblicazioni, rispetto alla Costituzione e, in particolare, ai suoi articoli 2, 3, 10, secondo comma, 13 e 29.

Il giudice *a quo* rimetteva appunto la questione alla Consulta stante che *“nell’ordinamento vigente, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è né previsto né vietato espressamente. È certo, tuttavia, che sia il legislatore del 1942, sia quello riformatore del 1975 non si sono posti la questione del matrimonio omosessuale, all’epoca ancora non dibattuta almeno in Italia”*³⁰³.

Ciononostante, in considerazione del tenore letterale delle disposizioni codicistiche, le quali avrebbero dovuto indiscutibilmente riferirsi a persone di sesso diverso, il Tribunale concludeva che operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso avrebbe rappresentato una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), *“a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna”*.

Non sfuggiva, peraltro, al giudice rimettente la centralità della questione e, con ciò, l'opportunità di un intervento chiarificatore della Corte, non potendo trascurarsi il rapido evolversi della società e dei costumi, in virtù del quale risultava ormai superato il *“monopolio detenuto dal modello di famiglia normale, tradizionale”*, in favore del *“sorgere spontaneo di forme diverse... di*

³⁰³ Corte costituzionale, sentenza n. 138 del 21 aprile 2010, *Ritenuto in fatto*

convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e, come quello, mirano ad essere considerate e disciplinate»³⁰⁴.

Nella sentenza n. 138, la Corte prende le mosse dall'art. 2 Cost. aderendo ad una lettura dello stesso in senso apertamente pluralista, laddove precisa che per *formazioni sociali* tutelate in forza di tale disposizione va intesa «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello più realistico».

Alla luce di tale interpretazione, tra le formazioni sociali meritevoli di protezione va annoverata «anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»³⁰⁵. È, d'altro canto, da escludere che tale riconoscimento possa realizzarsi soltanto attraverso un'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, essendo al contrario necessaria la predisposizione di una disciplina di carattere generale volta a regolare i diritti e doveri dei componenti la coppia.

Posto quindi il principio fondamentale di cui all'art. 2 Cost., spetta comunque al Parlamento, titolare del potere legislativo, il compito di «individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette».

³⁰⁴ Il Tribunale di Venezia richiamava quindi l'attenzione della Consulta sulla necessità di «un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali».

³⁰⁵ Sent. cit., *Considerato in diritto*, 8.

La Corte è dunque ben consapevole del fatto che la materia abbisogni di un intervento del Parlamento teso a dettare una disciplina di carattere generale, potendo nel frattempo essa soltanto intervenire a tutela di specifiche situazioni nelle quali venga in considerazione una particolare ed individuata disparità di trattamento – tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale – sottoponibile al controllo di ragionevolezza che alla medesima Corte compete.

Con riguardo, poi, ai parametri di cui agli artt. 3 e 29 della Costituzione, la Corte ha cura di precisare i confini della propria competenza nel delicato equilibrio dei rapporti con l'organo titolare del potere legislativo.

Se è vero, infatti, che i concetti di *famiglia* e *matrimonio* non vanno intesi come *crystallizzati*, in quanto, al contrario, sono dotati della *duttilità* propria dei principi costituzionali e risentono delle trasformazioni dell'ordinamento e della società, tuttavia è anche vero che nel caso di specie la Corte «*non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma* (in particolare dell'art. 29), *modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*³⁰⁶», poiché ciò non si tradurrebbe in una mera rilettura della disposizione, quanto piuttosto in un'interpretazione creativa.

Sebbene finisca per dichiarare la questione inammissibile in riferimento al contrasto con gli articoli 2 e 177 della Cost., e non fondata con riguardo agli artt. 3 e 29, dando in questo caso prova di una particolare prudenza nell'adozione di pronunce che siano il frutto di interpretazione creativa, la Corte compie tuttavia, intanto, un primo passo verso il riconoscimento di tutela costituzionale in

³⁰⁶ Sent. cit., *Considerato in diritto*, 9

favore delle coppie omosessuali, rinvenendo nella Carta il fondamento della tutela, e, in particolare, riconducendo le unioni in discorso alle “formazioni sociali” di cui all’art. 2 e quindi specificando uno dei molteplici sensi attribuibili a tale espressione elastica.

Da tale riconoscimento deriva, peraltro, come anche si precisa nella pronuncia in commento, che la Corte ha la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni, sottoponendo al giudizio di ragionevolezza eventuali disparità di trattamento tra le coppie omosessuali e le coppie coniugate.

E ciò è, ad esempio, accaduto con la sentenza n. 170 del 2014³⁰⁷, dichiarativa dell’illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 con riferimento all’art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedevano che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei due coniugi, comportante lo scioglimento del matrimonio, consentisse, su richiesta di entrambi i coniugi, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, idonea a tutelare i diritti ed obblighi della coppia medesima.

La Corte, pronunciando una sentenza additiva di principio, sollecita ancora una volta il tempestivo intervento del Parlamento, per l’introduzione di una forma alternativa che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tale piano, di assoluta indeterminatezza.

³⁰⁷ La sentenza n. 170 richiama la n. 138 sopra commentata, ravvisando nel caso di specie una di quelle situazioni “specifiche” e “particolari” indicate dalla sentenza n. 138 con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento della Consulta per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore, cfr. *Considerato in diritto*, 5.6.

«E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti³⁰⁸».

La Corte di cassazione, che nel giudizio di costituzionalità in discorso aveva assunto la veste di giudice *a quo*, ha dato seguito alla sentenza della Consulta con sentenza n. 8097 del 2015, accogliendo il ricorso ed eliminando gli effetti derivanti dall'annotazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio che era stata apposta a margine del certificato di matrimonio del soggetto una volta ottenuto da questi la modifica del proprio sesso.

Colte le sollecitazioni della Consulta, il legislatore italiano è poi intervenuto con la legge n. 76 del 20 maggio 2016 (cosiddetta legge Cirinnà) recante la “*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*”.

7. Considerazioni conclusive

La vicenda *Englaro* e le altre sopra esaminate sono utili ai fini del presente studio poiché dimostrano che il testo costituzionale non racchiude in sé tutto quanto possa dirsi *costituzionalmente rilevante*, potendo infatti ravvisarsi materie alle quali, seppur prive di espresso richiamo sulla Carta, è possibile riconoscere natura *sostanzialmente costituzionale*, nel senso di poterle ricondurre al sistema di tutela approntato dalla nostra Costituzione.

Ed invero, dal tessuto normativo della Costituzione sembrano potersi trarre altri e diversi diritti, altre e diverse *materie* rispetto a quelle esplicitamente contemplate.

³⁰⁸ Corte cost., sentenza n.170 dell'11 giugno 2014 *Considerato in diritto*, 5.6.

Oltre alle trasformazioni costituzionali informali che potrebbero registrarsi nella sede applicativa delle disposizioni della Carta, è quindi la stessa materia costituzionale a mutare nel tempo, non avendo alcuna pretesa di rimanere perfettamente uguale a sé stessa, ed essendo stata anzi concepita a maglie larghe, proprio al fine di far spazio alle innovazioni che fossero derivate dall'evoluzione dei costumi e del sentire sociale.

Il complesso dei diritti e delle libertà riconosciuto nella Costituzione, quindi, non può considerarsi esaurito in sé stesso, proprio perché, al contrario, ha la naturale vocazione a dar luogo ad ulteriori corollari, a nuovi diritti ed a nuove libertà, la cui esigenza di tutela, prima non avvertita o comunque trascurata, si avverte, in un dato momento storico, più pressante.

Tali nuovi diritti e libertà, nel quadro costituzionale della suddivisione dei poteri, saranno oggetto di disciplina da parte del legislatore, senza che però, fintantoché quest'ultimo non intervenga, possa darsi a luogo a vuoti di tutela.

Ben potrà, quindi, accadere che, frattanto, il giudice faccia da supplente, riconoscendo questo o quel diritto, e bilanciandone il peso in rapporto con gli altri diritti in gioco, con ciò non potendo la Costituzione ritenersi violata, quanto piuttosto *applicata* nella sua interezza, vale a dire in ciò che enuncia ed in ciò che ha, invece, lasciato implicito.

Non v'è dunque da stupirsi, né può in ciò ravvisarsi un sovvertimento del principio della divisione dei poteri, se l'esercizio della funzione giurisdizionale si traduce, talvolta, per mezzo dell'interpretazione, in attività creativa.

D'altro canto, “*soltanto l’erronea identificazione del diritto con la legge*” può condurre ad escludere che la funzione giurisdizionale “*è produzione di diritto nel vero senso della parola*³⁰⁹”.

³⁰⁹ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952, 109

CAPITOLO III

I MUTAMENTI COSTITUZIONALI INFORMALI IN FRANCIA

Sommario: 1. Contributi dottrinali sul tema dei mutamenti costituzionali informali - 2. Il Consiglio Costituzionale quale principale soggetto dei mutamenti costituzionali informali - 2.1 Il Consiglio Costituzionale e la progressiva delimitazione del *domaine législatif* e del *domaine réglementaire* - 2.2. Gli arrêts costitutivi nell'ambito del *bloc de constitutionnalité*

1. Contributi dottrinali sul tema dei mutamenti costituzionali informali

Anche nel panorama dottrinale francese si è concentrata l'attenzione sull'esistenza, accanto ai mutamenti formali operati per via dei procedimenti di revisione costituzionale, di modificazioni informali del tessuto costituzionale, poste in essere mediante le leggi ordinarie, i regolamenti parlamentari, la giurisprudenza costituzionale, le consuetudini e convenzioni costituzionali.

Anche in Francia, ad esempio, si è ravvisato nella razionalizzazione parlamentare il formarsi di un diritto costituzionale non scritto che integrerebbe ed inciderebbe sul diritto costituzionale scritto e, in particolare un «*phénomène constant du devenir constitutionnel moderne, par quoi le fait métajuridique du pouvoir le cède aux règles du droit écrit*³¹⁰ ».

Tale categoria di *changements informels*, persino più frequente degli episodi di formale revisione della Costituzione, assume caratteri così incisivi che «*relègue des dispositions de la Constitution écrite au*

³¹⁰ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *L'échec du parlementarisme rationalisé*, in *Rev. int. hist. pol.*, 1954, 102.

*rang des utilités formelles, ou même contribue à les mettre hors de vigueur*³¹¹».

Pur rimanendo, quindi, invariata la lettera della Costituzione, la pratica politica si fa protagonista di una nuova *réalité constitutionnelle*, della quale occorre tener conto al fine di descrivere la *Constitution vivante*³¹².

In tal senso, Capitant, in linea con gli esponenti della dottrina italiana sopra richiamati, critica gli autori che recisamente escludono di poter attribuire carattere giuridico alle regole non scritte e per i quali tutto ciò che non è scritto, non potendo considerarsi come regola di diritto, va ricondotto al dominio del fatto o della politica.

Ritiene, al contrario, Capitant che l'interprete debba innanzitutto conoscere la *positivité*, e, posto che nella realtà tali trasformazioni hanno luogo, la questione centrale che resta da risolvere è «*si la notion de droit positif exclut ou admet la notion de droit non écrit*³¹³».

Secondo Capitant, la questione si supera riconoscendo che il diritto positivo non si identifica in via esclusiva con il diritto dettato dal legislatore o dal costituente, ma si compone anche del «*droit en vigueur, c'est-à-dire le droit appliqué*».

Accogliendo tale accezione inclusiva del diritto positivo, si guarda alla *Constitution vivante*, ammettendo che in essa il diritto positivo

³¹¹ O. BEAUD, *Les mutations de la V République. Ou comment se modifie une Constitution écrite*, in *Pouvoirs*, 2001/4, n. 99, 19.

³¹² O. BEAUD, *Op. ult. cit.*, il quale richiamata a tal proposito la definizione offerta da K. Lowenstein (in *Ueber Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1960), per il quale il mutamento costituzionale in contrapposizione alla revisione formale «*résulte d'un déplacement de la réalité de la situation politique, de la structure sociale ou de l'équilibre des intérêts, sans que pour autant ce changement soit authentifié dans la lettre de la Constitution écrite*».

³¹³ R. CAPITANT, *Le droit constitutionnel non écrit*, in *Recueil d'études en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, t. III, 2

superi il testo costituzionale, e che la pratica politica possa dar vita a istituti e regole che andranno ad integrare, o addirittura, ad abrogare, le disposizioni scritte.

L'Autore difende quindi la nozione di *coutume constituante*, criticando la tesi secondo la quale la stessa andrebbe relegata ad una posizione subalterna rispetto al diritto scritto e ravvisando in essa la diretta espressione della sovranità nazionale.

Ed infatti, tale nozione è il portato della «*conscience et la volonté nationale*» e «*détient la positivité du droit*³¹⁴». Come tale, ben può abrogare le regole scritte per preferire ad esse regole non scritte.

Anche Capitant ravvisa nel parlamentarismo il più eloquente esempio di istituzione costituzionale retta da regole non scritte, richiamando a tal proposito l'emblematica vicenda della desuetudine, sotto la III Repubblica, del potere di scioglimento da parte del Presidente della Repubblica a seguito dell'esercizio che di esso aveva fatto il presidente Mach Mahon.

Sul solco tracciato da Capitant, Pierre Avril ha posto l'attenzione sulla *pratique constitutionnelle*, sviluppatasi mediante l'applicazione di *normes non écrites du droit politique*³¹⁵.

Secondo l'impostazione di Avril, le disposizioni della Costituzione ed il diritto effettivo riconducibile alla *constitution politique* compongono una realtà *duale*, dando a loro volta luogo a due tipologie di diritto.

In tale ordine duale, le norme costituzionali non scritte non sarebbero né inferiori né superiori al testo costituzionale scritto, ma

³¹⁴ R. CAPITANT, *La coutume constitutionnelle*, Conférence au stage des avocats au Conseil d'état, *Gazette du Palais*, 20 dicembre 1929, riprodotto in *RDP*, 1979, n° 4, pp. 959-970, cit. p. 968

³¹⁵ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, coll. Lèviathan, 1997, 108

semplicemente di natura differente in forza della loro appartenenza al *droit politique*.

Nell'impostazione di Avril, pertanto, va constatata la dimensione duale del diritto costituzionale: v'è, infatti, da una parte, la costituzione nel senso normativo recante le norme costituzionali generali applicate dai giudici, giuridicamente valide; dall'altra le norme generali non scritte ed aventi natura politica che però incidono sulle disposizioni costituzionali in quanto possono determinare certe scelte di interpretazione costituzionale.

Tali norme e convenzioni non scritte, talvolta contrarie alle disposizioni scritte ed integranti la *constitution matérielle* hanno un fondamento non giuridico, bensì *politico*: sono, cioè, *politiquement valides*, in quanto facenti parte di un diverso diritto, ossia appunto il *droit politique*³¹⁶.

2. Il Consiglio Costituzionale quale principale soggetto dei mutamenti costituzionali informali.

2.1 Il Consiglio Costituzionale e la progressiva delimitazione del *domaine législatif* e del *domaine réglementaire*

Per l'analisi dei mutamenti costituzionali informali in Francia, il presente studio individua quale angolo di osservazione privilegiato l'attività giurisprudenziale condotta dal Consiglio costituzionale per la via dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali.

Particolarmente indicative sono, sotto tale profilo, le pronunce susseguitesi negli anni nell'ambito della delimitazione delle competenze normative tra Governo e Parlamento.

³¹⁶ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution op. cit.*, 58 e ss.

La funzione primaria attribuita al Consiglio Costituzionale dai costituenti della V Repubblica risiedeva nella salvaguardia del rispetto, da parte del Parlamento, delle disposizioni atte a limitarne il potere, sostanzialmente risolvendosi tale attività nel «*surveiller le Parlement*³¹⁷».

Il quadro dei rapporti tra Parlamento e Governo delineato dal Titolo V della Costituzione francese, infatti, individua all'art 34 una serie di materie da disciplinare con legge del Parlamento, attribuendo poi all'art. 37 la competenza residuale alla potestà regolamentare del Governo.

A tutela di tale ripartizione di competenze normative, il Consiglio Costituzionale assume la funzione di «*arme contre la deviation du régime parlementaire*³¹⁸».

Il ritorno alla sfera regolamentare e nella potestà del Governo di materie ad essa sottratte dal Parlamento è regolato dal comma II dell'art. 37, ove è previsto:

- che il Governo possa intervenire, previo parere del Consiglio di Stato, a modificare testi legislativi adottati prima dell'entrata in vigore della Costituzione in materie adesso devolute alla potestà regolamentare del Governo in virtù della clausola residuale di cui si è sopra detto;
- che, nel caso di adozione, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, di testi aventi *forme législative* da parte del Parlamento su materie riconducibili al *domaine réglementaire*, il

³¹⁷ Funzione così sintetizzata da F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, 20.

³¹⁸ D. MAUS (a cura di), *Textes et documents sur la pratique institutionnel de la Ve République*, in *Documentation Française*, Paris, 1978, 5. In senso analogo, il Consiglio è concepito come “*institution au service de l'exécutif contre le Parlement*”, come osserva M. WALINE, *Preface aux grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2005

Governo potrà intervenire in senso modificativo, così da *recuperare* la potestà sottrattagli solo dopo che il Consiglio Costituzionale abbia dichiarato con sentenza che tali testi sono di natura regolamentare.

Dalle disposizioni su calendate emerge quindi il decisivo ruolo del Consiglio costituzionale nella delimitazione del domaine réglementaire e del domaine législatif, con le conseguenze che da ciò derivano sul piano dell'assetto dei rapporti tra Governo e Parlamento sotto il profilo della produzione normativa.

Non si tratta, peraltro, di un sindacato che si spinge fino al controllo di costituzionalità del testo legislativo adottato, ma che si arresta alla verifica della sfera, regolamentare o legislativa, di appartenenza.

Il Consiglio Costituzionale ha, in tal senso, cura di precisare che, ai sensi dell'art. 37, comma 2, che «*il appartient seulement au Conseil constitutionnel d'apprécier si les dispositions qui lui sont soumises relèvent du domaine législatif ou du domaine réglementaire*»³¹⁹.

Il Consiglio è quindi pienamente consapevole del limitato controllo di cui dispone e del ruolo – sostanzialmente circoscritto alla sorveglianza nei rapporti tra Governo e Parlamento – di cui è portatore, né emerge dalle sue prime pronunce alcuna rivendicazione o tentativo di ampliare l'area del proprio sindacato.

Ne è un esempio la Decisione del 6 novembre 1962, con la quale il Consiglio dichiara la propria incompetenza a statuire circa la costituzionalità della *Loi référendaire* relativa all'elezione del Presidente della Repubblica a suffragio universale diretto, adottata a seguito del referendum del 28 ottobre 1962.

³¹⁹ Décision n. 95-177 dell'8 giugno 1995

Adito dal Presidente del Senato, il Consiglio Costituzionale parte infatti dalla constatazione per la quale l'art. 61 della Costituzione, nel delineare le competenze del Consiglio, conferisce allo stesso la «*mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen*».

D'altro canto, osserva il Consiglio, la richiamata disposizione non precisa se tale competenza si estenda all'insieme dei testi di carattere legislativo, che siano questi adottati dal popolo a seguito di referendum, o che siano stati votati dal Parlamento, o se, al contrario, la competenza del Consiglio sia limitata esclusivamente a tale ultima ipotesi.

Tuttavia, la risposta a tale interrogativo risiede nell'*esprit de la Constitution*, alla luce del quale il Consiglio Costituzionale vede in sé stesso «*un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics*».

Dallo spirito della Costituzione, e dal ruolo che essa conferisce al Consiglio costituzionale nel quadro delle istituzioni discende quindi che il controllo di tale organo, come disciplinato dall'art. 61, è da considerarsi esclusivamente riferito alle leggi votate in Parlamento, e non anche alle leggi adottate a seguito di referendum e, come tali, espressione diretta della sovranità nazionale³²⁰.

Anche riconoscendo a sé stesso, in una sua prima fase, un controllo circoscritto ai rapporti tra ambito regolamentare ed ambito legislativo, il Consiglio non manca comunque di operare una graduale specificazione, per via interpretativa, delle disposizioni sul punto dettate dalla Carta.

³²⁰ Décision n. 62-20 DC del 6 novembre 1962, punto 2

In particolare, il Consiglio Costituzionale ha, sin dall'inizio della sua attività, dato spazio ad un'interpretazione in senso estensivo delle competenze tassativamente enumerate dall'art. 34 della Costituzione ed integranti il dominio legislativo.

Come noto, infatti, l'art. 34 in discorso individua in primo luogo le materie nelle quali è demandata alla legge l'individuazione delle norme da applicare (dove la legge è cioè chiamata a *fixer les règles*); indicando poi le altre con riguardo alle quali la legge è limitatamente abilitata alla determinazione dei principi fondamentali.

La giurisprudenza costituzionale ha di fatto alterato tale bipartizione³²¹, promuovendo una lettura tanto estensiva della generica nozione di *principes fondamentaux* di cui all'art. 34 da abilitare nella sostanza il Parlamento all'adozione di normative di dettaglio di per sé idonee ad esaurire la disciplina della materia di volta in volta in considerazione, finendo per configurare il potere regolamentare proprio del Governo come un *pouvoir partagé*³²².

Così, il Consiglio Costituzionale ha ritenuto che entro i confini della determinazione dei principi fondamentali in materia di "*libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources*" possa farsi rientrare l'effettivo trasferimento di una competenza da un ente territoriale allo Stato, sebbene poi spetti al

³²¹ Si è osservato in proposito come la giurisprudenza sviluppatasi nel senso che si descrive in queste pagine abbia avuto l'effetto di attenuare di molto la portata della potenziale rivoluzione che sarebbe potuta derivare dalla nuova bipartizione tra *domaine réglementaire* e *législatif* contenuta in seno alla Costituzione nell'equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento. Così J. RIVERO, in *Le domaine de la loi et du règlement*, PUAM, 1978, 263, constata che infine "*la révolution n'a pas eu lieu*"

³²² Considerazioni in tal senso sono sviluppate da M. CALAMO SPECCHIA, *I mutamenti costituzionali informali in Francia: un epifenomeno alla ricerca di una proiezione giuridica?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. IV, 2009, 1699 ss.

potere regolamentare la ripartizione delle attribuzioni statali tra i vari delegati del Governo³²³.

Il Consiglio Costituzionale ha parimenti ricondotto alla competenza del *pouvoir législatif*, quale determinazione dei principi generali regolanti la materia del “*droit du travail*” di cui all’art. 34, l’introduzione nei contratti collettivi di lavoro di disposizioni più favorevoli per i lavoratori rispetto alle leggi ed ai regolamenti in vigore³²⁴.

Anche sul versante delle materie in ordine alle quali il Parlamento è chiamato a fissare le regole il Consiglio predilige sin da subito una lettura estensiva tale da ampliare gli spazi di azione a disposizione del potere legislativo.

Così, interpretando ad esempio in modo ampio le “*garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques*”, il Conseil Constitutionnel vi riconduce la determinazione, ad opera del Parlamento, di regole procedurali in materia di *réclamation contentieuse* del contribuente in ambito fiscale³²⁵, e della disciplina delle modalità di gestione del servizio radiotelevisivo via cavo³²⁶.

³²³ Décision n. 70-63 del 9 luglio 1970, nella quale il Consiglio, al punto 2 della parte motiva chiarisce, con riguardo all’art. 34 che «*résulte de cette disposition que le transfert de compétence d’une collectivité locale à l’Etat est une opération qui met en cause les principes fondamentaux ci-dessus énoncés et qui, par suite, relève du domaine de la loi mais qu’il appartient au pouvoir réglementaire de répartir entre les délégués du Gouvernement et dans les limites de compétence ainsi tracées les attributions de l’Etat*». In senso analogo la n. 67-49 del 12 dicembre 1967, nonché la n. 70-63 del 9 luglio 1970 e la n. 80-120 del 30 dicembre 1980.

³²⁴ Décision n. 67-46 del 12 luglio 1967.

³²⁵ Décision n. 80-119 del 2 dicembre 1980

³²⁶ Décision n. 84-173 del 26 luglio 1984, ove il Consiglio premette che “*la désignation d’une autorité administrative indépendante du Gouvernement pour exercer une attribution aussi importante au regard de la liberté de communication que celle d’autoriser l’exploitation du service*

L'estensione del *domaine de la loi* rappresenta quindi il portato della promozione, ad opera del Conseil Constitutionnel di una lettura dell'articolo 34 in termini non esaustivi, la quale richiede, quindi di ricercare in altre disposizioni della Carta, e tramite un'interpretazione sistematica della stessa, le materie da considerare di competenza legislativa seppur non contemplate espressamente dall'art. 34 in esame.

Da tale impostazione, la giurisprudenza costituzionale ha tratto l'implicazione generale per la quale il Parlamento, chiamato a legiferare ogni qual volta venga in considerazione un *valeur constitutionnelle*, ed incaricato dalla stessa Costituzione di dare attuazione ad alcune disposizioni della Carta, non possa venire meno a tale compito facendo affidamento sull'adozione da parte dell'esecutivo di regolamenti.

Si è, quindi, sviluppata nel Conseil la tendenza a pronunciare censure per *incompétence négative*³²⁷, recanti veri e propri inviti al Parlamento ad esercitare pienamente la funzione legislativa spettantegli, ove risulti che, in una data materia, tale organo non sia

radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé constitue une garantie fondamentale pour l'exercice d'une liberté publique et relève de la compétence exclusive du législateur", pertanto, "la loi, ayant confié à la Haute Autorité de la communication audiovisuelle le soin de délivrer les autorisations d'exploitation des réseaux locaux, a méconnu sa compétence en renvoyant au décret le soin de définir un tel réseau par la fixation de ses limites maximales, abandonnant par là même au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application de la règle qu'elle pose". Ne discende che la disposizione esaminata va dichiarata conforme alla Costituzione nella parte in cui contiene le parole "par décret".

³²⁷ Per tale intendendo il mancato, o non pieno, esercizio, da parte del Parlamento, del potere di legiferare in una determinata materia in relazione alla quale la Carta gli conferisce la competenza normativa. La nozione di *incompétence négative* si identifica con la circostanza in cui "une autorité au lieu de franchir les limites de sa compétence, reste ed deçà, et refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir", così LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Berger-Levrault, Paris, 2 éd., 1896, tome 2, p. 519.

intervenuto a legiferare in maniera compiuta ed abbia delegato tale attività alla fonte regolamentare .

Più di recente il Consiglio Costituzionale ha chiarito che la *méconnaissance par le législateur de sa propre compétence* può farsi anche oggetto del controllo diffuso di costituzionalità, riconoscendo la possibilità che tale vizio sia invocato nel contesto di una *question prioritaire de constitutionnalité*, seppur a condizione che vi siano in gioco diritti o libertà garantite dalla Costituzione³²⁸.

Sulla progressiva evoluzione del ruolo del Conseil Constitutionnel, teso ad incidere e vigilare sul circuito dei poteri sotto il profilo del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali ci soffermeremo nel prosieguo.

Attraverso la censura del vizio di *incompetenza negativa*, il Conseil Constitutionnel è in grado di incidere sulla sfera politica ed in particolare sull'equilibrio dei poteri di Governo e Parlamento al fine di garantire il *domaine de la loi*, contestando non tanto un eccesso di potere nel senso dello sconfinamento da parte di un regolamento nell'ambito del *domaine législatif*, quanto piuttosto l'inerzia del legislatore, intesa come esercizio incompleto o carente del potere legislativo, e letta in termini di illegittima astensione del Parlamento ad intervenire in un campo nel quale ha invece l'obbligo costituzionale di legiferare³²⁹.

³²⁸ In tal senso la décision n. 2010-5 QPC del 18 giugno 2010, *SNC Kimberly Clark*, ove il Conseil Constitutionnel statuisce che « *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »; e nel medesimo senso la décision n. 2012-254 QPC del 18 giugno 2012, *Fédération de l'énergie et des mines-Force ouvrière FNEM FO*, ove si ribadisce che « *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de la constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* ».

³²⁹ Osserva G. BERGOUIGNOUS come tale nozione si traduca in un *moyen habile*, spesso utilizzato dall'opposizione, in quanto “tend à mettre en cause non pas un excès de pouvoir, mais une

Per tale via, il Consiglio Costituzionale entra nel vivo delle decisioni politiche della maggioranza, non soltanto promuovendo l'attivazione della funzione legislativa da parte del Parlamento, ma richiamando anche quest'ultimo all'esercizio di tale funzione in maniera sufficientemente compiuta ed esaustiva, sicché poco spazio rimane al *domaine réglementaire*.

La giurisprudenza costituzionale si è quindi in più occasioni dimostrata propensa a riconoscere la natura *partiellement réglementaire* delle materie enunciate dall'art. 34, con la conseguenza che i due ambiti materiali delineati in tale disposizione possono di fatto distinguersi in materie afferenti al dominio legislativo, quindi di titolarità esclusiva del Parlamento, e materie da disciplinare in condivisione tra Parlamento e Governo, con possibilità per il primo di andar ben oltre la fissazione dei soli principi generali e dovere, gravante sul secondo, di dare attuazione, con il regolamento, a quanto stabilito nella legge.

La configurazione ad opera del Conseil Constitutionnel del potere regolamentare come *pouvoir partagé* ben si evince dalla pronuncia *Blocage de prix et des revenus*³³⁰, nella quale viene di fatto attribuito al Parlamento un potere normativo generale, così sovvertendo i criteri di ripartizione delle competenze risultanti dal combinato disposto degli artt. 34 e 37 della Costituzione.

insuffisance, une abstention du législateur qui n'a pas assez usé de ses pouvoirs, qui n'est pas allé au bout de sa compétence. Les requérants – les plus souvent l'opposition – se font ainsi les défenseurs des compétences du Parlement tout en stigmatisant une majorité qui ne remplit pas son rôle législatif. De même, le Conseil fera plus aisément accepter une censure sur ce fondement qu'en sanctionnant une violation substantielle des droits et libertés”, *L'incompétence négative vue du Parlement in Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 46 – L'incompétence en droit constitutionnel*, Gennaio 2015, p. 41-45

³³⁰ Décision n. 82-143 del 30 luglio 1982

Con la decisione in oggetto, infatti, il Consiglio precisa la *ratio* della distinzione tra i due ambiti legislativo e regolamentare, chiarendo come la Costituzione con le richiamate disposizioni non abbia inteso sancire l'incostituzionalità di una disposizione avente natura regolamentare e, tuttavia, contenuta in una legge del Parlamento.

Diversamente, la Carta ha voluto riconoscere, accanto al *domaine réservé à la loi*, un ambito di dominio proprio del Governo per l'esercizio della potestà regolamentare, la quale non risulta comunque di per sé compromessa dall'introduzione di una disposizione di natura regolamentare in una legge, stante che la stessa Carta, per tali evenienze, individua le prerogative attivabili dal Governo e consistenti nella possibilità di opporre l'irricevibilità nel corso del procedimento legislativo di cui all'art. 41 e di ricorrere, una volta promulgata la legge, alla procedura di *délégation* di cui all'art. 37, comma 2.

Conseguentemente l'esame condotto dal Consiglio si conclude nel senso della conformità a Costituzione della *Loi sur les prix et les revenus*, ivi comprese le disposizioni di natura regolamentare in essa contenute.

Tali disposizioni, infatti, non sono di per sé incostituzionali, pur dando luogo alla possibilità per il Governo di ricorrere alle prerogative che la Carta gli riconosce nella misura in cui ritenga che la sua sfera di competenza sia stata invasa dal potere legislativo.

Il portato di tale orientamento giurisprudenziale si traduce, in definitiva, nel riconoscimento al Parlamento di un potere di produzione normativa generale, al di là delle ripartizioni di competenza elaborate in Costituzione, e nell'esclusione della valutazione di un eventuale sconfinamento in termini di costituzionalità o incostituzionalità, rimanendo al Governo solo la

possibilità di tentare *a priori* di paralizzare l'adozione della legge, mediante l'eccezione di irricevibilità ex art. 41, o mediante la sottoposizione all'esame del Conseil della legge da parte del Premier ministre, secondo quanto previsto dall'art. 61, comma 2; o di sollecitare un controllo *ex post* del Consiglio in vista della *délégalisation*.

2.2. Gli arrêts costitutivi nell'ambito del *bloc de constitutionnalité*

Come sopra visto, in una prima fase il Conseil Constitutionnel si configura essenzialmente quale istituzione preposta alla sorveglianza del Parlamento ed incaricata di arginare eventuali sconfinamenti di quest'ultimo nella sfera di competenza dell'esecutivo, sebbene lo stesso Conseil abbia portato avanti tale ufficio operando per più versi ed in via interpretativa un'estensione del domaine législatif.

Da questa prima fase, che vede il Conseil concentrarsi esclusivamente sull'equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento, si assiste ad una seconda stagione dell'attività della giustizia costituzionale, che si apre anche alla tutela dei diritti fondamentali avviata per mezzo di un mutamento contenutistico, nel senso del suo progressivo ampliamento e sempre in via interpretativa, del *bloc de constitutionnalité*³³¹ quale parametro di costituzionalità da impiegare, ivi incluso adesso il Preambolo della Costituzione e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino in questo richiamata.

Come noto, diversamente dalla Carta italiana che dedica la parte I ai diritti ed alle libertà fondamentali, la Costituzione francese del 1958 esordisce con un *Préambule* attestante la proclamazione da parte del

³³¹ L'espressione è di L. FAVOREU, *Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, 33 ss.

popolo francese dei diritti dell'uomo e dei principi di sovranità nazionale come definiti dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789.

In aggiunta alla Dichiarazione del 1789, si fa poi rinvio al Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946, recante la proclamazione dei principi politici, economici e sociali ed a sua volta contenente il richiamo alle *lois de la République*; nonché ai diritti e doveri definiti dalla *Charte de l'environnement* del 2004.

Aldilà di tale richiamo ai complessi normativi sopra citati è peculiare l'assenza nella Carta della precisa enunciazione dei diritti fondamentali dell'individuo da considerare, in quanto riconosciuti al superiore livello costituzionale, inviolabili da parte del legislatore ordinario.

Dal tenore e dalla sinteticità dei richiami svolti, e dalla circostanza che, senza ulteriori indugi, si passasse subito dopo alla disciplina dell'organizzazione dei poteri, senza poi ritornare sul punto, si traeva che l'intenzione dei costituenti si fosse limitata ad attribuire al Preambolo una funzione meramente evocativa³³².

Si poneva quindi il problema, che molte delle Costituzioni moderne risolvono già in sé stesse, di assicurare un'adeguata copertura costituzionale ai diritti e libertà fondamentali perché gli stessi possano far da argine all'attività di produzione normativa ordinaria.

La decisione del 16 luglio 1971 offre il destro al Conseil Constitutionnel per superare tale lacuna della Carta costituzionale e, al contempo, rivalutare in maniera significativa il proprio ruolo, reinterpretando sé stesso quale organo abilitato a "*influer sur les pouvoirs et à se retrouver lui-meme au sein du système politique, au*

³³² P. BLACHER, *Il Consiglio Costituzionale*, in D. Rousseau (a cura di), *L'ordinamento costituzionale della V Repubblica francese*, Giappichelli, Torino, 2000, 312

sein des pouvoirs”³³³, prima ancora che si fosse formalmente intervenuti in tal senso con la revisione costituzionale del 23 luglio 2008, mediante l’introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* quale via giurisdizionale specificamente finalizzata alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali.

L’auto-rivalutazione operata del Conseil, che, da *occhiuto controllore* preposto alla vigilanza dei rapporti tra Governo e Parlamento, scopre le basi per l’avvio di un’attività giurisprudenziale in senso manipolativo-creativo, sotto il segno della tutela dei diritti dell’individuo, apre la strada ad una nuova fase che vede il ruolo dell’organo in analisi elevato alla missione di “*difesa della costituzione contro gli abusi del legislatore e di protezione delle libertà fondamentali. Grazie al Consiglio la legge non è più uno strumento al solo servizio del potere*”³³⁴.

Come anticipato, la stagione in discorso si apre con la *décision* n. 71-44 del 16 luglio 1971, avente ad oggetto la conformità a Costituzione del progetto di legge deliberato dal Parlamento e teso ad integrare la legge dell’1 luglio 1901 avente ad oggetto il *contrat d’association*.

Nella specie, le disposizioni sottoposte al vaglio di costituzionalità del Conseil introducevano l’obbligo di preventiva autorizzazione tesa alla verifica, ad opera dell’autorità giudiziaria, della conformità alla

³³³ A. PAREINTE, *Le Conseil Constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs*, in A. Pareinte (a cura di), *La séparation des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2007, 66

³³⁴ Queste le parole dell’allora Presidente Sarkozy in apertura del *Colloque du cinquantenaire du Conseil Constitutionnel* celebrato a Parigi il 3 novembre 2008.

Sulle conseguenze favorevoli che l’ampliamento delle proprie competenze operato dal Conseil ha sortito in termini di rafforzamento della democrazia dell’ordinamento francese, anche J. WALINE, *Esiste-t-il un gouvernement du juge constitutionnel en France?*, in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l’honneur de Luis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, 487 e ss.; e F. DELPÈRÈE, *Le Conseil constitutionnel: état des lieux*, in *Pouvoirs*, n. 105, 2003, 13, ove si osserva che l’unità dello Stato riposa sulla Costituzione e si accompagna all’unità dell’interpretazione costituzionale, “*è in questo senso che, nella loro diversità se non nella loro eterogeneità, le decisioni del Consiglio costituzionale hanno potuto contribuire ad una buona sistemazione della Repubblica*”.

legge, quale condizione per la costituzione delle associazioni e per l'acquisto da parte delle stesse di capacità giuridica.

Con la pronuncia in discorso, il Conseil dichiara non conformi a Costituzione tali disposizioni adottando quale espresso parametro il Preambolo della Carta.

La *liberté d'association* rientra infatti a pieno titolo tra i *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution*, e, in virtù di tale principio, posto alla base della legge dell'1 luglio 1901, le associazioni si costituiscono liberamente, non potendo essere sottoposte, per la loro validità, a controlli preventivi operati tanto dall'autorità amministrativa quanto da quella giudiziaria³³⁵.

La portata innovativa della pronuncia in parola emerge sin dalle prime battute, quando il Conseil anticipa di aver statuito “*vu la Constitution et notamment son préambule*”, così espressamente estendendo la copertura costituzionale al Preambolo della Costituzione ed ai complessi normativi ai quali esso fa rinvio.

Pertanto, il Preambolo, lungi dall'aver una funzione meramente simbolica, apre la Carta ed è parte integrante della stessa, assurgendo a parametro di costituzionalità nella parte in cui solennemente proclama i diritti e le libertà alle quali il legislatore ordinario deve conformarsi.

L'individuazione di un parametro di costituzionalità nel Preambolo della Costituzione apre la strada ad un ulteriore ordine di problemi quando ci si trovi ad interrogarsi sul grado di specificazione dello stesso, ed in particolare del riferimento in esso contenuto, e mediato dal Preambolo del 1946, ai *principes fondamentaux reconnus par le*

³³⁵ Décision n. 71-44 DC del 16 luglio 1971, punto 2

lois de la République (complesso identificato con l'acronimo *PFRLR*), della cui enucleazione il Conseil si è fatto negli anni protagonista ampliando il *bloc de constitutionnalité* in misura significativa.

Una volta ravvisata, infatti, tra tali principi, la libertà di associazione, il Consiglio ha proseguito senza sosta nell'opera di ricostruzione della categoria, includendo, a titolo esemplificativo, nel suo alveo la libertà di insegnamento e la libertà di coscienza³³⁶, il rispetto del diritto di difesa³³⁷, l'indipendenza della giurisdizione amministrativa³³⁸.

Nelle decisioni appena richiamate, peraltro, il Conseil Constitutionnel si limita soltanto a pronunciarsi circa la riconducibilità o meno di una data materia ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica, senza dare indicazioni utili ad una più precisa enucleazione della categoria, la quale risulta, pertanto, di difficile identificazione *a priori*, formandosi

³³⁶ Décision n. 77-87 DC del 23 novembre 1977, dal cui tenore (invero comune a tutte le pronunce che hanno dato seguito al filone inaugurato con la sentenza *Liberté d'association* e che sono in questa sede richiamate) si evince come l'incorporazione del Preambolo nel tessuto costituzionale rappresenti ormai un dato acquisito e non più revocabile in dubbio. In apertura della parte motiva si legge, infatti, “*vu la Constitution*”, e nel prosieguo, specificando le motivazioni poste alla base della statuizione, ci si avvale come parametro della *liberté d'enseignement*, ravvisando in essa “*un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle*”, punto 3. Lo stesso è a dirsi, poco dopo, per la *liberté de conscience*, in ossequio al Preambolo della Costituzione del 1946, il quale stabilisce che “*Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances*”; da ciò discendendo che “*la liberté de conscience doit donc être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*”, punto 5.

³³⁷ Décision n. 76-70 DC del 2 dicembre 1976

³³⁸ Décision n. 80-119 DC del 22 luglio 1980

progressivamente in ragione della casistica di volta in volta giunta all'esame del Consiglio.

Maggiori chiarimenti al fine di individuare la categoria *de qua* possono trarsi da alcune isolate pronunce, e, ad esempio, dalla *décision* n. 88-244 DC del 20 luglio 1988, ove il Conseil si sofferma a chiarire che la *tradition républicaine* può essere utilmente invocata quale parametro di costituzionalità solo allorquando essa abbia dato vita ad un principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica specificando altresì come occorra che essa si sia tradotta in disposizioni della legislazione repubblicana intervenute prima dell'entrata in vigore del Preambolo della Costituzione del 1946, per tale via circoscrivendo l'area di interesse alle prime tre Repubbliche³³⁹.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, ed ai fini del presente studio, non può sfuggire come, sotto il profilo ora in esame, il Consiglio costituzionale si sia reso, di fatto, autore di una trasformazione informale del tessuto costituzionale, consistita nella progressiva stesura di un catalogo di diritti e libertà inviolabili di cui la Carta era originariamente carente³⁴⁰.

Ciò è avvenuto, come sopra ricostruito, in prima battuta mediante l'incorporazione del Preambolo alla Costituzione in senso proprio, da cui è derivata l'individuazione nel Preambolo stesso, e nei complessi

³³⁹ Cfr. punti 11 e 12 della sentenza in commento.

³⁴⁰ In tal senso, M. CALAMO SPECCHIA *I mutamenti costituzionali* cit. conclude che l'operazione del Conseil Constitutionnel è consistita “*nell'aver precisato i corpi di disposizioni che fungono da parametro del sindacato di costituzionalità, i quali da esterni al testo della Costituzione del '58 ne divengono parte integrante, delineando quello che viene definito il bloc de constitutionnalité, che non può non esplicarsi nel senso di un potenziamento della tutela delle libertà pubbliche, mediante l'individuazione dei diritti e delle libertà cui il legislatore è tenuto a conformarsi*”, non avendo l'A. alcuna esitazione nel constatare che il Conseil ha così manifestato appieno il suo ruolo di *creatore* del diritto, 1710 ss.

normativi in esso richiamati, di un parametro costituzionale al quale conformare l'attività legislativa ordinaria e, in seguito, attraverso la graduale estensione del catalogo dei diritti e delle libertà costituzionalmente rilevanti, individuati nell'attività di specificazione dei contenuti di un *bloc de constitutionnalité* adesso ampliato.

Non può allora stupire che la decisione sulla *liberté d'association* sia stata definita come l'equivalente francese della sentenza *Marbury v. Madison*, produttiva di un *changement constitutionnel* vero e proprio³⁴¹; né che nella stessa si sia ravvisato un chiaro esempio di come le corti costituzionali hanno una capacità creativa idonea ad alterare le norme dettate nella costituzione, anche al fine di rinforzare la centralità e l'applicabilità della costituzione stessa nel perseguimento di una *good governance*³⁴².

Il risultato ultimo si traduce, mentre la Costituzione tace e non muta, nella posa della *pietra angolare* per un sistema di garanzie di creazione giurisprudenziale, direttamente innestato per via ermeneutica nel tessuto costituzionale, dal quale quindi prende il rango, e connotato da una dimensione dinamica per la quale nessuna lettura compiuta e tassativa potrà darsi dei diritti e delle libertà inviolabili, essendo, al contrario, la categoria in parola eternamente *in progress* e gradualmente specificata dalla giurisprudenza.

³⁴¹ Il paragone è di O. BEAUD, *Les mutations de la V République. Ou comment se modifie une Constitution écrite*, in *Pouvoirs*, 2001/4, n. 99, 27

³⁴² Il riferimento è alle considerazioni di A. STONE SWEET, il quale, citando proprio a titolo esemplificativo la sentenza in questione, letteralmente osserva che “*trustee courts, however, have the capacity to alter the norms set out in the constitution, not least in order to enhance the centrality and enforceability of the constitutional law as framework of good governance*”, in *Constitutional Courts*, pubblicato, in *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP, 2012, 11. In *The Juridical Coup d'Etat and the Problem of Authority*, (2007), 8 *German Law Journal*, 915 e ss. l'Autore è propenso ad identificare nel caso di specie un vero e proprio *coup d'Etat* operato dal Conseil Constitutionnel.

CAPITOLO IV

IL FENOMENO DEI MUTAMENTI COSTITUZIONALI INFORMALI NELL'ESPERIENZA EUROUNITARIA

Sommario:1. La graduale elaborazione del principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto italiano quale corollario dell'art. 11 Cost. - 2. La *costituzionalizzazione* dell'Unione europea

1. La graduale elaborazione del principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto italiano quale corollario dell'art. 11 Cost.

È noto e spesso osservato in dottrina come l'inserimento nell'organizzazione sovranazionale della Comunità europea, adesso Unione europea, abbia determinato nell'ordinamento costituzionale italiano come delineato dalla nostra Carta svariate e vistose innovazioni non operate secondo la procedura di cui all'art. 138, ma sviluppatasi piuttosto per via di legislazione ordinaria e, soprattutto, della giurisprudenza costituzionale formatasi attorno ai principi posti dall'art. 11 Cost.

È parimenti noto, e sovente ribadito, come la disposizione appena richiamata, ed il consenso da essa prestato alle *limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamenti che assicurino la pace e la giustizia tra le Nazioni*, abbia di molto travalicato i limiti della concezione che le era stata attribuita in sede costituente in vista dell'allora potenziale ingresso dell'Italia nell'organismo delle Nazioni Unite.

Si è autorevolmente sostenuto che, a prescindere dalle intenzioni dei costituenti, ed anche riconoscendo che non vi fossero allora le condizioni per immaginare che avrebbe successivamente preso l'avvio un processo di integrazione tanto incisivo quanto quello poi

conosciuto, la disposizione fosse invero di per sé generica, nella parte in cui individua il fine, già ambiguo, del mantenimento della pace e della giustizia tra le Nazioni, e non si sofferma sull'individuazione dei possibili mezzi per il perseguimento dello stesso, semplicemente dichiarando la futura tolleranza (fino a quale soglia?) di fronte alle *limitazioni di sovranità* che fossero risultate necessarie allo scopo³⁴³.

Se, stante il tenore attribuitogli dai costituenti, nell'art. 11 Cost. avrebbe dovuto ravvisarsi l'espressione di una norma di valore, tale disposizione è stata invece riplasmata a norma sulla produzione giuridica, all'esito di un'evoluzione giurisprudenziale da considerare ad oggi *in progress*.

L'esperienza dell'integrazione europea risulta di particolare interesse per la nostra ricerca proprio perché, trattandosi di un processo ancora in corso, è in grado di esporre il nostro ordinamento a continui e profondi mutamenti orientati verso il fine dell'adeguamento alle tappe di volta in volta raggiunte nell'avanzamento del processo.

Si è in proposito correttamente osservato che l'*ordo ordinans* che si svolge nella dimensione europea incide sugli ordinamenti statali in quanto già *ordines ordinati* e che «*ciò che nella vita normale di uno stato dovrebbe essere manifestazione soltanto di attuazione costituzionale, per effetto del processo europeo, diventa esercizio di un potere costituente che, come tale, può arrivare a modificare la costituzione stessa*»³⁴⁴.

³⁴³ Così S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana* cit., 276, ove l'A. confronta la disposizione in commento con l'art. 7 della Costituzione, il quale pure sancisce una limitazione della sovranità statale a fronte del riconoscimento della sovranità della Chiesa cattolica, ma che, tuttavia, fa espresso rinvio ai Patti Lateranensi per la regolamentazione delle limitazioni delle rispettive sovranità in discorso.

³⁴⁴ MORRONE A., *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, pubblicato in data 24 ottobre 2018 in www.federalismi.it

Non può infatti sfuggire come l'ormai acquisito principio del primato del diritto europeo sul diritto interno, ed il conseguente obbligo gravante sul giudice di non applicare la normativa nazionale eventualmente in contrasto vada ad incidere in via diretta sul sistema delle fonti come delineato in Costituzione e rappresenti una *deroga* di fatto alle disposizioni costituzionali sotto più profili, e, almeno, di quanto statuito dagli articoli 70 e 101 della nostra Carta.

Analizzeremo adesso i momenti salienti del processo di integrazione comunitaria attraverso l'esame delle pronunce della Consulta tese a fornire una valida copertura al processo stesso, legittimandone le ripercussioni al livello interno, in assenza di una disciplina specifica tra le disposizioni della Costituzione, assenza parzialmente superata dall'introduzione, con la riforma del Titolo V, del riferimento esplicito, ma altresì generico, agli "*obblighi comunitari*" nell'art. 117, comma 1 Cost.

La tematica dei rapporti tra il diritto comunitario ed il diritto interno, ed il suo inquadramento ad opera quasi esclusiva della Consulta, rappresentano, invero, un chiaro esempio di come, da un lato, il tessuto costituzionale riesca, talvolta tollerando manipolazioni, ad adattarsi alle esigenze presentatesi nell'esperienza ordinamentale concreta³⁴⁵, e, dall'altro, la giurisprudenza costituzionale non esiti a farsi autrice di tali manipolazioni *alterando* la Carta in sede di assunzione della stessa a parametro nel giudizio di costituzionalità.

³⁴⁵ Si è detto che le elaborazioni della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, e segnatamente l'aver riportato sotto la copertura dell'art. 11 il principio del primato del diritto sovranazionale, unitamente alle tecniche volte a garantirlo, costituiscono la più lampante testimonianza di come l'esperienza giurisprudenziale possa "*riempire a colpi di sentenze una pagina bianca della Carta costituzionale*", RUGGERI A., *Lacune costituzionali* cit., 30.

Il percorso in oggetto si aprì nel segno di un aperto contrasto tra la Consulta ed il giudice comunitario.

Ed infatti, come noto, chiamata a risolvere i casi di conflitto tra norme interne ed europee, in un primo tempo la Corte costituzionale si è limitata all'applicazione degli ordinari criteri di risoluzione delle antinomie, e segnatamente di quello cronologico.

Tale orientamento si fondava sull'adesione ad una lettura in termini di dualismo puro dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale, in virtù della quale le fonti del diritto comunitario, in quanto aventi natura di diritto internazionale pattizio, avrebbero avuto la stessa efficacia giuridica dell'atto di trasposizione sul piano interno e, pertanto, di legge ordinaria, come tale derogabile da una *lex posterior* nazionale.

In tali termini la Corte si esprimeva nella nota sentenza *Costa* del 1964 quando, pur già ravvisando nell'art. 11 Cost. il fondamento delle limitazioni alla sovranità nazionale derivate dall'adesione alla Comunità economica europea, si affrettava a chiarire che «*ciò non importa alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto*³⁴⁶».

La Consulta si manifestava, peraltro, restia a far discendere dall'art. 11 una regola generale secondo la quale il diritto europeo dovesse prevalere sempre sul diritto interno, rintracciando piuttosto nella disposizione in parola la *ratio* di norma permissiva, e non attributiva di un valore privilegiato alla legge esecutiva del trattato istitutivo della Comunità europea rispetto alle altre leggi ordinarie.

³⁴⁶ Sentenza della Corte costituzionale n. 14 del 24 febbraio 1964

Non avrebbe potuto, pertanto, darsi luogo a questioni di costituzionalità, risolvendosi il conflitto tra fonti di pari rango alla luce del criterio cronologico³⁴⁷.

Così statuendo, la Consulta si poneva in aperto contrasto rispetto alla posizione assunta dalla CGCE, la quale era già giunta ad affermare che alcune disposizioni dei trattati fossero perfettamente idonee a produrre direttamente degli effetti negli ordinamenti interni, tanto imponendo obblighi quanto attribuendo diritti soggettivi, non essendo a tal fine richiesto alcun intervento legislativo degli Stati membri che facesse da tramite.

Ciò in quanto *«la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel capo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani»*³⁴⁸.

E tale fu la posizione mantenuta dalla Corte di giustizia quando le venne posta la questione Costa c. Enel e colse l'occasione per affermare la regola della *primauté* del diritto comunitario sui diritti nazionali, ribadendo come, aderendo alla Comunità, gli Stati avessero limitato, sia pure in campi circoscritti, i propri poteri sovrani, e che *«scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il*

³⁴⁷ “Nessun dubbio che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti e nessun dubbio che il trattato spieghi l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione. Ma poiché deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità”.

³⁴⁸ CGCE, sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963, causa 26/62

proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità»³⁴⁹.

Il netto contrasto di posizioni tra Corte di giustizia e Corte costituzionale si è risolto in virtù di un radicale mutamento di prospettiva della seconda, la quale, aprendosi al riconoscimento del principio del primato del diritto comunitario sulla normativa nazionale, ha avviato quello che è stato definito il suo *cammino comunitario*³⁵⁰.

Di tale nuovo indirizzo si trova una prima traccia nella sentenza n. 183 del 1973 (*Frontini*), ove la Corte, pur non abbandonando la propria posizione dualista, riconosce che *«Esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie, - non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati -, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in*

³⁴⁹ CGCE, sentenza *Costa c. Enel* del 15 luglio 1964, causa 6-64. Sulla scorta dei principi delle sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa c. Enel*, la Corte di giustizia riaffermò la prevalenza del diritto comunitario sui diritti nazionali con la sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978, precisando che *«in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere "ipso iure" inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui fossero incompatibili con norme comunitarie»*, par. 17.

³⁵⁰ L'espressione è di BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1983, 2406 e ss.

vigore e conseguire applicazione uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari»³⁵¹.

Tali principi venivano ribaditi nella sentenza n. 232 del 30 ottobre 1975 (*Soc. I.c.I.c. contro Ministero del commercio con l'estero*), nella quale la Corte affermava che il contrasto fra un regolamento e una legge successiva dello Stato dovesse essere risolto a favore del primo, mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge interna incompatibile.

Si consideri, peraltro, che in questa prima fase del *cammino comunitario* la via optata dalla Corte per giustificare l'utilizzabilità del diritto della Comunità quale parametro del proprio giudizio di costituzionalità era rappresentata dalla configurazione della violazione del diritto comunitario da parte di una norma interna in termini di indiretta violazione dell'art. 11 della Costituzione, il quale quindi assumeva le vesti di norma interposta.

Indicativa di un'iniziale, poi abbandonata, cautela osservata dalla Consulta era anche la precisazione, nella sentenza n. 232 sopra richiamata, della netta esclusione della possibilità che il giudice italiano potesse autonomamente disapplicare le norme interne successive ed incompatibili con il regolamento comunitario, essendo all'uopo necessario che la norma nazionale in contrasto venisse abrogata o dichiarata costituzionalmente illegittima dall'organo costituzionale competente.

Sicché ciò che usciva dalla porta, rientrava dalla finestra: la Corte, infatti, da una parte, riconosceva che alcune fonti di derivazione

³⁵¹ Corte cost., sentenza n.183 del 27 dicembre 1973. Sulla pronuncia si vedano BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss., PANICO G., *La legittimità costituzionale della normativa comunitaria di effetto diretto: luci ed ombre della sentenza della C. Cost. n. 183 del 1973*, in *Riv. dir. eu.*, 1974, 201 ss.; MONACO R., *La legittimità costituzionale dei regolamenti comunitari*, in *Foro.it*, 1974, I. 315 ss.

comunitaria fossero in grado di produrre effetti diretti al livello interno senza alcun bisogno di atti di recepimento e, dall'altra, subordinava di fatto l'applicabilità della norma europea ad una pronuncia di incostituzionalità e, quindi, sempre ad un atto interno dello Stato.

Partendo dalla norma facultizzante contenuta nell'articolo 11, la Consulta riconosceva, pertanto, a sé stessa l'inedito ruolo di custode dell'osservanza del trattato

Residuava, quindi, un parziale disallineamento rispetto alla posizione ormai assunta dalla Corte di giustizia la quale, nella sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978 auspicava la promozione di un controllo diffuso dei giudici interni in sede di applicazione delle norme comunitarie, al fine di garantire la piena ed omogenea efficacia di queste ultime³⁵².

La svolta³⁵³ nella ricostruzione, ad opera della Consulta, dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario e nella configurazione di quest'ultimo come parametro di costituzionalità è da rintracciare nella celebre sentenza n. 170 del 1984, nota come sentenza *Granital*, con la quale si apre una nuova stagione del *cammino comunitario* che, seppur partendo da premesse diverse e sempre dualistiche – una volta preso atto che “*l'assetto dei rapporti (...) è venuto evolvendosi,*

³⁵² In tal senso, nella sentenza *Simmenthal* era stabilito che “*il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere ed attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*”.

³⁵³ Più che una svolta, MONACO R. descrive una “*marcia di avvicinamento alle prospettive ed alla giusta ottica comunitaria...prudente e graduale, come conviene nelle costruzioni giurisprudenziali che segnano un momento importante nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*”, in *La legittimità costituzionale dei regolamenti comunitari*, in *Foro.it*, 1974, 1, 315 e ss.

*ed è ormai ordinato sul principio secondo cui il regolamento della CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno*³⁵⁴” – conduce la Corte verso il pieno allineamento alla Corte di giustizia.

Si tratta, invero, della prima tappa di un percorso che ha ad oggi condotto la Consulta a ridisegnare l’impianto dei rapporti tra l’ordinamento interno e l’ordinamento eurounitario incidendo, come agli esordi anticipato, in via profondamente manipolativa sul parametro costituzionale.

L’allineamento in parola è attuato dalla Consulta mediante il superamento della ricostruzione del contrasto tra norma interna e norma comunitaria in termini di violazione indiretta dell’art. 11 Cost., ed il contestuale riconoscimento a ciascun giudice interno della possibilità di *disapplicare* direttamente la legge italiana, applicando la norma comunitaria.

L’abilitazione del giudice a disapplicare la disposizione italiana, in particolare, in contrasto con quanto stabilito dall’art. 101, comma 2 della nostra Carta costituzionale è giustificata non in virtù di un ravvisato vizio della disposizione stessa, quanto piuttosto dall’assunto per il quale i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, ciascuno valido ed efficace nel proprio ordinamento, sono retti dal principio di competenza che, stante l’adesione da parte dell’Italia ai Trattati europei opera, in caso di contrasto, in favore del diritto di derivazione comunitaria.

La Corte ne fa discendere l’obbligo per il giudice italiano di accertare se il legislatore europeo sia intervenuto a regolare la materia

³⁵⁴ È con tale presa d’atto quasi rassegnata che la Consulta esordisce al *Considerato in diritto*, punto 3, della sentenza n. 170 del 1984, ammettendo, più avanti, che gli argomenti che sorreggono la tesi in precedenza affermata che vede il giudice privo del potere di accertare e dichiarare incidentalmente alcuna nullità devono adesso essere riveduti.

sottoposta al suo esame e, in caso di esito positivo, di farne applicazione in luogo della norma dettata dal legislatore italiano, la quale, al di fuori dell'ambito materiale in cui vige la disciplina dell'Unione, conserva pienamente la propria efficacia³⁵⁵.

Resta fermo, come la Consulta ha cura di ribadire³⁵⁶, che la legge di esecuzione del Trattato sia assoggettata al sindacato di legittimità costituzionale con riguardo ai principi fondamentali del nostro ordinamento.

Quali le conseguenze di tale nuova lettura della Consulta sul piano delle fonti?

In assenza di una specifica disposizione in tal senso nella Carta, a parte l'art. 11 e le *limitazioni di sovranità* da esso consentite, il diritto comunitario, posto al livello delle fonti primarie, assume anzi

³⁵⁵ Se la sentenza n. 170 del 1984 fa specifico riferimento ai regolamenti comunitari, la giurisprudenza costituzionale successiva perviene alle medesime conclusioni con riguardo alle norme delle direttive self executing. Si veda in proposito la sentenza n. 168 del 1991, nella quale la Consulta sintetizza i passi in avanti compiuti a seguito della sentenza n. 170 riportando che, a partire da essa, “*La successiva giurisprudenza di questa Corte ha confermato ed ulteriormente sviluppato questo orientamento arricchendo con nuove tessere il complessivo mosaico della diretta applicabilità della normativa comunitaria. Ed infatti con sentenza n. 113 del 1985 è stata ritenuta l'immediata applicabilità anche delle statuizioni delle sentenze interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee pronunciate in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Successivamente analogo efficacia è stata riconosciuta, con [sentenza n. 389 del 1989](#), anche alle norme comunitarie come interpretate in pronunce rese dalla medesima Corte in sede contenziosa ai sensi dell'art. 169 del Trattato; la medesima pronuncia ha anche affermato che la normativa comunitaria deve trovare immediata applicazione non solo da parte del giudice nazionale nell'esercizio della sua giurisdizione, ma anche della stessa pubblica amministrazione nello svolgimento della sua attività amministrativa. Questo sviluppo coerente ha da ultimo toccato anche le direttive comunitarie la cui possibilità di immediata applicabilità è già stata riconosciuta – nei limiti indicati dalla Corte di giustizia – da questa Corte nella sentenza n. 64 del 1990”*, cfr. sentenza n. 168 dell'8 aprile 1991, Considerato in diritto 4.

Si consideri, inoltre, che nella successiva giurisprudenza all'espressione *disapplicazione* si ha cura di sostituire la “*non applicazione*”, suggerendo la nozione di disapplicazione l'esistenza di vizi della legge interna invero insussistenti.

³⁵⁶ *Considerato in diritto*, punto 7, della sentenza in commento. I “controlimiti” erano già stati puntualizzati nella sentenza *Frontini* n. 173 del 1983, al n. 9 della parte motiva.

una posizione, in un certo senso, privilegiata³⁵⁷, essendo le sue norme sostanzialmente trattate al pari delle norme costituzionali: non sono derogabili da parte di una legge ordinaria ed incontrano, come le leggi di revisione costituzionale, l'unico limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo.

Il diritto comunitario finisce quindi per assumere la natura di fonte *paracostituzionale* quanto a forza attiva, e di fonte *supercostituzionale* quanto a forza passiva “*convertendosi automaticamente la sua rimozione, pur se ad opera di leggi approvate con le procedure dell'art. 138 Cost., in violazione o menomazione di uno o più dei principi di base dell'ordinamento*”³⁵⁸.

L'incisività dell'intervento del diritto comunitario, coperta dalla Consulta con il richiamo all'art. 11 Cost., ben si comprende alla lettura delle parole impiegate in sede dottrinale dall'estensore della sentenza *Granital*, quando questi osserva che la “non applicazione” della norma interna costituirebbe l'effetto di un *arretramento dell'ordinamento nazionale*, e che, di fronte al diritto comunitario, la legge italiana rimarrebbe *invisibile*³⁵⁹.

Giunta la Consulta ad allinearsi alla posizione della Corte di giustizia in punto di riconoscimento della regola della *primauté* del diritto

³⁵⁷ Di diritto comunitario *sopravalutato* a partire dalla sentenza n. 179/84 RUGGERI A. tratta in *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. 170/84, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla “teoria” della separazione alla “prassi” della integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.* 1991.

³⁵⁸ RUGGERI, “Nuovi” *diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in Romboli R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 58.

³⁵⁹ Queste le espressioni utilizzate da LA PERGOLA A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, 2432.

comunitario, risulta di particolare interesse per la nostra ricerca sintetizzare i diversi significati attribuiti, nel corso del *cammino comunitario* sopra descritto, alla norma dettata dall'art. 11 Cost.

Si è infatti partiti con il riconoscimento nella disposizione in parola di una legittimazione per le necessarie limitazioni della sovranità nazionale e per i conseguenti trasferimenti di funzioni sovrane ad entità sovranazionali.

Si è poi precisato che il diritto prodotto dalla Comunità europea fosse destinato a trovare applicazione diretta sul territorio nazionale, sempre in forza dell'art. 11 Cost., il quale garantisce che l'applicazione della normativa in discorso sia *piena e continua*³⁶⁰.

Stante, poi, la necessità di garantire la tempestiva applicazione del diritto comunitario e la sua preminenza ed uniforme osservanza all'interno degli Stati membri, si è giunti ad abilitare i giudici interni all'applicazione diretta della norma comunitaria in luogo della legge italiana, prescindendo da un previo giudizio di costituzionalità avente ad oggetto quest'ultima.

Nell'art. 11 Cost. si arriva quindi a ravvisare il fondamento per l'arretramento della sovranità nazionale innanzi al legislatore comunitario e, contestualmente, la regola che impone la piena e corretta osservanza del diritto comunitario ed il costante adeguamento a quest'ultimo al livello interno.

Non v'è quindi da stupirsi se, sin dagli esordi del cammino comunitario, alla più avveduta dottrina non sia sfuggito come il percorso in parola si sia sviluppato sul solco di "*un'interpretazione disinvolta ed opinabilissima di quella disposizione chewing-gum che è ormai l'art. 11 Cost*", "*in varia guisa stiracchiato dagli addetti al*

³⁶⁰ Corte cost., sentenza n. 170 del 1984

*diritto europeo allo scopo di attribuire a quest'ultimo una posizione di privilegio rispetto al diritto interno*³⁶¹”.

2. La costituzionalizzazione dell'Unione europea

Le considerazioni sopra svolte circa l'alterazione registratasi sul piano delle fonti a seguito del riconoscimento del principio del diritto comunitario vanno integrate con ulteriori considerazioni da sviluppare questa volta con riguardo, non specificamente agli ordinamenti interni degli Stati membri, quanto piuttosto allo stesso ordinamento dell'Unione, del quale si osserva sovente la tendenza alla *costituzionalizzazione*³⁶².

Da una prospettiva rovesciata, tesa ad individuare i mutamenti costituzionali informali registratisi nell'ordinamento eurounitario, infatti, emerge la chiara aspirazione di quest'ultimo ad una dimensione sovranazionale essenzialmente costituzionale, nel tempo stimolata da svariati interventi creativi della Corte di giustizia, tali da incidere con ancor più decisione all'interno degli ordinamenti degli Stati membri.

Si sono, in sostanza, registrate, per mano della Corte di giustizia, diverse riletture delle disposizioni contenute nei Trattati, riconducibili alla nozione di mutamenti costituzionali informali ed

³⁶¹ Così CONDORELLI L., *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due Corti a confronto*, in *Giur. cost.*, 1978, 669 ss.; CONFORTI B., *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro.it*, 1976, 542 ss.

³⁶² Sul graduale processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo si vedano WEILER J.H.H., *La trasformazione dell'Europa*, in *La Costituzione dell'Europa*, a cura di F. Martines, Bologna, 2003, 33 ss.; MANGIAMELI S., *La Costituzione europea*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 3, 2007, 419 ss.; AMIRANTE C., *European governance e costituzione europea: tra revisione tacita e 'anestesia' dei sistemi costituzionali degli Stati membri*, in *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio, Milano, 2007, 221 ss.; RUGGERI A., *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, Torino, 2010

aventi l'effetto di ampliare notevolmente le competenze dell'Unione e, per converso, comportare ulteriori limitazioni della sovranità nazionale, invero sempre tollerate in virtù del fondamento rinvenuto nell'art. 11 Cost.

Rappresenta di ciò un chiaro esempio l'elaborazione della teoria c.d. dei *poteri impliciti*, in virtù della quale fanno capo all'Unione, oltre che i poteri espressamente enumerati nei Trattati, tutti gli altri che, seppur non espressamente attribuiti, risultino indispensabili per il raggiungimento efficace degli obiettivi ai quali le competenze attribuite si riferiscono.

Tramite la teorizzazione dei c.d. poteri impliciti, la Corte di giustizia è giunta a ricavare dei poteri *funzionalmente complementari* a quelli enucleati dai Trattati.

Tra le pronunce più celebri si rammenta la sentenza AETS, con la quale la Corte di giustizia ha affermato la competenza comunitaria a stipulare accordi internazionali in materia di trasporti, nonostante la mancanza di un'esplicita previsione al riguardo, in virtù del principio del *parallelismo* tra poteri interni ed esterni, dal quale si fa discendere la possibilità per l'Unione di concludere accordi internazionali in tutte le materie per le quali disponga del potere di adottare un atto sul piano interno³⁶³

La Corte di giustizia ha poi assunto un ruolo da protagonista nell'affermazione di alcuni principi ormai incontestabilmente da ricondurre all'*acquis* comunitario, quali il principio del primato del

³⁶³ Sentenza 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, secondo la quale la competenza esterna della Comunità europea “non deve essere in ogni caso espressamente prevista dal Trattato (...) ma può desumersi anche da altre disposizioni del Trattato e da atti adottati, in forza di queste disposizioni, dalle istituzioni della Comunità”. Nel caso di specie, avendo la Comunità europea già adottato con regolamento norme comuni nel settore oggetto dell'accordo europeo, risulta pertanto competente a concludere l'accordo stesso.

diritto comunitario e l'effetto diretto di quest'ultimo, come sopra già ricostruito, nonché la creazione di una forma comunitaria di tutela dei diritti fondamentali ancor prima che intervenisse in proposito un autonomo catalogo dei diritti fondamentali, adesso contenuto nella Carta di Nizza.

Si ricorderà infatti, sotto tale ultimo profilo, come la tutela comunitaria dei diritti fondamentali sia stata il frutto di un'elaborazione tutta giurisprudenziale sviluppata in una serie di sentenze della Corte di giustizia tra le quali si rammentano le pronunce *Stauder* e *Nold*, ove essa viene ricondotta ai principi generali del diritto che le istituzioni devono rispettare e alla cui osservanza la Corte è preposta, e si precisa altresì che quest'ultima è tenuta, al fine della tutela dei diritti in parola, “*ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*”, nonché “*ai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito*”³⁶⁴.

La Corte si è così resa autrice di un'innovazione per via ermeneutica ed informale che solo successivamente sarebbe stata consacrata dall'art. 6 TUE nella sua versione originaria, a mente del quale “*l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*” (art. 6, par. 2).

Circa la progressiva rilettura delle disposizioni dei Trattati da parte della Corte, tradottasi nella revisione per via informale dei Trattati

³⁶⁴ Sentenza del 12 novembre 1969, causa 26/69, *Stauder* e sentenza del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*.

stessi si è parlato in dottrina in termini di “*governo dei giudici*”³⁶⁵, e di “*formazione primariamente giurisprudenziale del diritto costituzionale dell’Unione europea*”³⁶⁶”.

Se, già dalla sentenza *Van Gend en Loos* sopra citata, la Corte di giustizia si riferisce ai principi fondamentali del sistema comunitario implicitamente contenuti nello *spirito* dei trattati³⁶⁷, la stessa non manca poi di rintracciare nei trattati stessi la “*carta costituzionale di base*” dell’ordinamento comunitario³⁶⁸, attribuendo ad essi, peraltro, un certo grado di “rigidità costituzionale”.

Ci riferiamo, in particolare, alla serie di pronunce e pareri espressi dalla Corte e dai quali è dato trarre la parziale indisponibilità dei Trattati da parte degli Stati membri anche mediante i procedimenti di revisione all’uopo delineati.

Così nel parere 1/91³⁶⁹, la Corte sembra individuare un nucleo intangibile di principi fondamentali come tali sottratti alla revisione

³⁶⁵ STONE SWEET A., *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford UP, 2000

³⁶⁶ TONIATTI R., *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell’Unione europea*, in S. Gambino (cur.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2002, 503 ss.

³⁶⁷ Sentenza *Van Gend en Loos* citata, sub II B, ove si fa riferimento allo “*spirito, alla struttura ed al tenore*” del trattato.

³⁶⁸ Così la sentenza del 23 aprile 1986, *Parti écologiste “Les Verts” contro Parlamento europeo*, causa 294/83, punto 23

³⁶⁹ CGCE, 14 dicembre 1991, parere 1/91, in *Racc.*, I-6079: il parere aveva ad oggetto la proposta di istituire un sistema giurisdizionale all’interno dello Spazio Economico Europeo (SEE) tramite la sottoscrizione di un accordo in seno al quale era prevista l’istituzione di una Corte SEE, con competente circoscritte al settore in questione. Ad avviso della Corte, tale sistema non era compatibile con il diritto comunitario, poiché capace di “*pregiudicare il sistema delle competenze definito dai Trattati e, di conseguenza, l’autonomia dell’ordinamento giuridico comunitario di cui la Corte assicura il rispetto a norma dell’art. 164 (ora 220) del Trattato*”, al contempo “*condizionando l’interpretazione futura delle norme comunitarie in materia di libera circolazione e di concorrenza, il meccanismo giurisdizionale istituito dall’accordo pregiudica l’art. 164 del*

formale dei trattati, così accostandosi all'idea, diffusa presso le dottrine della costituzione contemporanee, che i principi fondamentali di un testo costituzionale rappresentino un limite non superabile neppure dando luogo alla canonica procedura di revisione prevista dal medesimo testo.

D'altronde, l'idea della sottrazione dei risultati ormai raggiunti nel corso del processo di integrazione eurounitaria dalla disponibilità degli Stati membri si coglie anche nella sentenza *Simmenthal* sopra commentata, quando la Corte non manca di evidenziare il “*carattere reale di impegni incondizionatamente ed irrevocabilmente assunti, in forza del trattato, dagli Stati membri*”³⁷⁰.

In definitiva, per la sua natura di processo non ancora definitivamente compiuto, l'esperienza dell'integrazione eurounitaria rappresenta un terreno particolarmente fertile per i mutamenti costituzionali informali registrabili, oltre che all'interno degli Stati membri (in ragione della necessità di adeguare l'ordinamento nazionale ad una sempre più stretta integrazione), anche al livello eurounitario in sé, ed in tali ambiti attuati in misura preponderante in via pretoria.

Trattato e, più in generale, gli stessi principi fondamentali della Comunità”. La Corte precisava che, venendo in considerazione i principi generali dell'ordinamento comunitario, neppure una modifica formale dell'art. 238 del Trattato CEE (norma competenzaale in materia di conclusione di accordi internazionali) avrebbe potuto sanare l'incompatibilità del sistema giurisdizionale previsto dall'accordo rispetto al diritto comunitario.

³⁷⁰ Così la Corte di giustizia al punto 18 della sentenza *Simmenthal* già citata.

PARTE III

Sommario: 1. I limiti di legittimità dei mutamenti costituzionali informali: alcune osservazioni sui *principi supremi* dell'ordinamento costituzionale - 2. Conclusioni

1. I limiti di legittimità dei mutamenti costituzionali informali: alcune osservazioni sui *principi supremi* dell'ordinamento costituzionale

Adesso alcune doverose precisazioni.

Un'analisi della tematica dei mutamenti costituzionali informale risulterebbe carente se, una volta constatata la circostanza per la quale il tessuto costituzionale subisce, da varie parti, modificazioni operate al di fuori della canonica procedura di revisione, e pur prese in considerazione alcune vicende a tal proposito emblematiche, non si soffermasse a riflettere sull'esistenza di alcuni, necessari limiti, alla *rilettura* per via informale della Carta.

Invero, a sottacere l'esistenza dei limiti invalicabili in questione, si cadrebbe nell'equivoco di considerare la fenomenologia in parola come aperta ad ogni possibile esito e da qui, la funzione ordinante della Costituzione risulterebbe del tutto vanificata.

Chi scrive intende, pertanto, precisare di essere consapevole che l'esperienza concreta dell'ordinamento costituzionale, che, come sopra visto, riporta costantemente quest'ultimo verso esiti inediti, ed innanzi ai quali la Costituzione ha dato ripetutamente prova di saper reggere l'avanzare del tempo, non può comunque mai giungere a risultati erosivi del nucleo duro della Costituzione, indisponibile per ogni operatore del sistema, ed in particolare per il potere politico.

Se la dottrina tratta dunque di *elasticità* delle disposizioni costituzionali, strutturate *a maglie larghe*, connotate da una

fattispecie aperta, l'intenzione non è certamente quella di legittimare ogni condotta che si voglia adottare in applicazione delle norme costituzionali.

È evidente, infatti, che se le modificazioni apportate alle disposizioni costituzionali in via informale ed in sede applicativa delle stesse possono essere oggetto di esame e riflessione, e possono indurre a delineare una sfera di discrezionalità più o meno ampia che la Carta abbia inteso concedere, d'altro canto, allorquando tale discrezionalità sfoci in abuso, l'atteggiamento dello studioso naturalmente cambia, potendo l'osservazione della realtà del mutamento essere orientata al più al fine di predicarne la natura *contra Constitutionem*.

L'applicazione della Costituzione da parte dei soggetti dell'ordinamento ruota quindi attorno ad una *“inesauribile dialettica di disponibilità ed indisponibilità dei valori fondamentali, che attraversa ogni manifestazione di potere pubblico, chiamata a implementare discrezionalmente – cioè con un tasso più o meno ampio di innovatività – il quadro assiologico e normativo posto dal grado superiore³⁷¹”*.

Senonché si assiste qui al paradosso per il quale i principi supremi che riconosciamo quale limite ultimo ed invalicabile per i soggetti dell'ordinamento nell'applicazione delle disposizioni costituzionali, superato il quale deve ritenersi che il mutamento informale sia andato oltre la soglia di tolleranza del sistema costituzionale, sono

³⁷¹ Queste le riflessioni di D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema* cit., 300. In proposito l'A. richiama i suggerimenti formulati da E. Garzón Valdés (in *Representación y democracia*, 1989, in Id., *Derecho, Ética y Política*, Madrid, 1993, 631 ss.), consistenti nella delimitazione nei sistemi di democrazia rappresentativa di un *codo vedado* (terreno proibito), per tale intendendo una sfera costituzionale che, includendo principi e regole il cui rispetto assicura un fisiologico funzionamento dei meccanismi democratici, “stabilisce restrizioni costituzionali all'esercizio delle decisioni prese a maggioranza”.

essi stessi soggetti ad una continua attività di interpretazione tesa a specificarne il significato ed i corollari.

Lo stesso art. 139 Cost., nel dichiarare immutabile la forma repubblicana, non si sofferma ad individuarne i caratteri essenziali, così di fatto rinviando ad altra sede la delimitazione dell'area entro la quale la *manutenzione* del testo costituzionale possa dirsi legittima.

Ed anche qui, infatti, la Consulta si è riservata un ruolo da protagonista nell'identificazione dei principi supremi i quali, se non sono sovvertibili neppure per via di una legge di revisione, *a fortiori* non potranno risultare compromessi in sede di concreta applicazione delle disposizioni costituzionali da parte dei soggetti dell'ordinamento.

In tal senso, la Corte ha già in tempi risalenti ritenuto di dover precisare che quali principi supremi dell'ordinamento costituzionale vanno considerati, accanto a quelli esplicitati dalla Carta, gli altri i quali *“pur non testualmente inseriti tra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana³⁷²”*.

³⁷² Così la sentenza n. 1146 del 1988, ma in tal senso già con altre pronunce la Corte aveva fatto ricorso ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato per giustificare il proprio controllo di costituzionalità sulle fonti immesse nel nostro ordinamento ed autorizzate a derogare alle disposizioni costituzionali: in proposito le sentenze n. 30, 31 e 32 del 1971, in materia di leggi di esecuzione del Concordato; la sentenza n. 48 del 1979, in materia di consuetudini internazionali generalmente riconosciute; le sentenze n. 183 del 1973 e 170 del 1984 in materia di trattati comunitari.

Tra i contributi dottrinali attorno a tale filone giurisprudenziale si veda GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, 323 ss.

Sul tema anche SILVESTRI G., *Il potere costituente come problema teorico-giuridico* cit., ad avviso del quale *“L'immodificabilità del nucleo essenziale della costituzione trascende il livello della giuridicità formale dell'ordinamento per attingere un livello superiore sostanziale che possiamo definire in tanti modi – se il termine sovranità non piace e se l'espressione costituzione materiale è stata irrimediabilmente inquinata dalle cattive interpretazioni – ma che non è quello della sistematica formale delle fonti (...) Giustamente è stato precisato che «la primazia del valore-principio non ha nulla a che vedere con una sorta di superiorità gerarchica tra fonti o tra norme», perché «quando si parla dei principi supremi non si allude a norme superiori ad altre, bensì ad entità diverse, irriducibili al normativo”* 1632 (tra virgolette, citazione di F. Modugno, *Il problema*

Ne discende che sia sempre la Corte, per mezzo della propria attività interpretativa, ad esplicitare ciò che la Costituzione implicitamente detta, enucleando i principi supremi valevoli quali limiti insuperabili a pena di sconvolgere l'intero impianto costituzionale.

Ancora una volta, quindi, viene in soccorso l'attività creativa della Consulta ad individuare i principi supremi sui quali l'ordine costituzionale si fonda, aventi una valenza superiore rispetto alla stessa Costituzione ed *assiologicamente sovraordinati* rispetto alle altre disposizioni di rango costituzionale.

L'attenzione ritorna, pertanto, sugli ampi spazi che la Carta lascia all'attività manipolativa della Consulta proprio in punto di determinazione del parametro di costituzionalità da adottare nel proprio giudizio.

L'individuazione, infatti, nel giudizio di costituzionalità della sede di enucleazione dei principi sui quali si regge l'ordinamento costituzionale è l'ennesima dimostrazione di come non per l'intero la Carta sia stata *obiettivizzata* in Assemblea costituente, essendo stata consegnata alla Consulta la delicata attività dell'isolamento dei principi supremi in parola, in un terreno, quello dei *valori*, nel quale, deve riconoscersi, la valutazione si fa sempre più intima e discrezionale.

Dovrebbe certamente discenderne un forte tasso di consapevolezza, presso la Corte, della responsabilità³⁷³ che le compete in termini di salvaguardia dei pilastri fondanti dell'ordine costituzionale.

dei limiti alla revisione costituzionale (in occasione di un commento al messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991), in Giur. Cost., 1992, 1672 ss.).

³⁷³ *“Quella che dovrebbe, per il giudice costituzionale, essere attività volta al controllo del rispetto di norme-principio (in quanto tali eteronome) potrebbe diventare elaborazione e posizione implicita di entità parametriche autonome, con conseguenze inquietanti per quanto riguarda il*

2. Conclusioni

La molteplicità dei contributi dottrinali reperiti nel corso della ricerca attesta l'attenzione da sempre posta alla tematica delle trasformazioni informali del tessuto costituzionale, attenzione costante e soltanto corroborata dall'avanzamento del processo di integrazione sovranazionale ed europea e dal crescente riconoscimento dei c.d. "nuovi diritti".

Sin dagli esordi dello studio ci si è, peraltro, avveduti di come la materia in questione sfugga ad ogni compiuto tentativo di classificazione tassativa, prestandosi piuttosto ad un lavoro di osservazione ed esemplificazione che, probabilmente, mai potrebbe dirsi esaurito.

Ciò, forse, in ragione della circostanza per la quale i mutamenti informali in parola, chiunque ne sia l'autore, che sia la Corte o le forze politiche, paiono sorretti da una forte dimensione teleologica, che li spinge verso il raggiungimento dell'obiettivo in concreto perseguito e che, in vista di esso, opta per le strade di volta in volta più adatte al fine.

Si è, pertanto, scelto di adottare una concezione ampia e generale di mutamento costituzionale ritenendo che, a ben guardare, lo stesso possa registrarsi non soltanto in termini nettamente modificativi, ma anche, e soprattutto, per via integrativa e specificativa.

Alla luce di tale nozione ampia, abbiamo inteso ravvisare una modificazione tacita ogni qual volta la disposizione costituzionale, andando oltre il semplice tenore letterale della Carta, risulti *diversa* in esito all'esperienza interpretativa ed applicativa, in ciò volendo

mantenimento reale del modello informato alla separazione dei poteri", RIMOLI F., *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione dei valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3777.

includere anche la *specificazione* del significato della disposizione stessa.

Ed infatti, nella circostanza che il significato della disposizione sia stato specificato, e sia stato quindi esplicitato e declinato uno dei possibili sensi da attribuire alla disposizione costituzionale *elastica*, può ravvisarsi un mutamento in termini di *arricchimento* della disposizione costituzionale.

Non ci si è concentrati sull'individuazione del momento a partire dal quale il mutamento costituzionale informale possa dirsi effettivamente realizzato, ritenendo in questa sede di dover soffermare l'attenzione sugli effetti in concreto delle trasformazioni in parola, i quali intanto si producono sul tessuto costituzionale e sull'ordinamento nel suo complesso, in virtù di una peculiare applicazione e/o interpretazione della Carta, a prescindere dall'accertamento della natura permanente o reversibile dell'evoluzione di volta in volta in considerazione³⁷⁴, con esclusione, resti inteso, delle oscillazioni del tutto sporadiche ed occasionali.

³⁷⁴ Sembra che tale approccio sia condiviso da BOGNETTI G., quando questi ritiene essenziale, perché possa parlarsi di *trasformazione* un consolidamento forte, diffuso e protratto del nuovo valore negli atteggiamenti degli organi autoritativi. Non è invece giusto, ad avviso dell'A., “*esigere la permanenza indefinita nel tempo del nuovo valore, sia perchè non può mai esservi sicurezza che in futuro nuovi indirizzi interpretativi non scalzino quelli al presente vincenti, sia perchè, in prospettiva storica, se una interpretazione innovativa è riuscita a guidare l'opera dei Poteri per qualche decennio ed è poi tramontata, per quei decenni realisticamente la Costituzione la Costituzione stata in concreto all'opera nell'ordinamento è quella risultante dai contenuti di quella interpretazione*”, in *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione* citata, 73.

Un esempio in tal senso potrebbe trarsi dall'esaminata vicenda relativa alla prassi della reiterazione, arrestata dalla Consulta con un deciso intervento teso a relegarla all'area dell'incompatibilità con la forma di governo ed il principio della separazione dei poteri, ma, prima della fissazione di tale argine, alimentatasi in forza di un'applicazione distorta dell'art. 77 Cost.

Giova, peraltro, precisarsi come nel corso del presente approfondimento, ci si sia avveduti di come la tematica oggetto di studio si collochi in realtà in un terreno strettamente contiguo a quello della normale attività interpretativa.

Ed invero, sono le stesse caratteristiche della Carta, e delle norme da essa dettate, a rendere ardua una netta distinzione tra la vera e propria modifica tacita e l'attività interpretativa.

Tuttavia, dovrebbe forse concludersi nel senso che l'attività di interpretazione delle disposizioni costituzionali il più delle volte non sia di per sé "semplice", finendo i due concetti di interpretazione e modificazione informale del testo per risolversi. E ciò in quanto, nell'ambito costituzionale, l'interpretazione reca sovente in sé una qualche dimensione di mutamento, dal momento che una cospicua parte delle norme costituzionali si connota per una dimensione *polisemantica*, come tale non riconducibile ad un'interpretazione univoca e lineare.

Abbiamo osservato, soprattutto nella I Parte del presente studio, ed in linea con la pressoché unanime dottrina, come diverse disposizioni costituzionali siano caratterizzate da un elevato grado di *elasticità*.

Tale connotazione delle disposizioni costituzionali si esplica fondamentalmente verso tre *canali*:

- gli spazi interstiziali tra le disposizioni, nel tempo riempiti da elementi di derivazione *esogena* intervenuti in funzione integrativa, quali prassi, convenzioni, regole affermatesi nei rapporti tra i poteri e ricondotte al valore della correttezza costituzionale;
- le espressioni vaghe utilizzate da alcune delle disposizioni costituzionali – di per sé suscettibili di plurime interpretazioni,

- anche variabili nel tempo – dietro alle quali può apprezzarsi la lungimiranza dei costituenti nell’edificazione di un’architettura costituzionale che resistesse alle *scosse* dovute alla costante ed accelerata evoluzione del contesto socio-politico del Paese³⁷⁵;
- l’enunciazione, all’interno della Carta, di principi generali destinati a convivere e combinarsi tra loro, anche qui con risultati non sempre identici a sé stessi, e ad assumere, alla luce di una lettura sistematica e congiunta, significati di volta in volta diversi in esito al bilanciamento effettuato.

Siamo giunti a ravvisare in un tessuto costituzionale *a maglie larghe* una scelta opportuna, tale da consentire una costante attualizzazione del testo, piuttosto che imbrigliare quest’ultimo in rigide e tassative predeterminazioni.

Come abbiamo visto, la conformazione semantica delle norme costituzionali determina la necessità di approcciarsi alla Costituzione guardando a ciò che essa rappresenta nella sua effettiva vigenza, alla luce, cioè, della sua interpretazione, coincidendo di fatto *la Carta con “quello che la Corte costituzionale dice che sia”*, e nella consapevolezza di come la stessa, nella sua apparente e formale immobilità, celi *“un movimento interiore”*³⁷⁶.

³⁷⁵ PITRUZZELLA G., *Considerazioni su l’idea di costituzione e il mutamento costituzionale*, in *Arch. dir. cost.*, Torino, 1993, 77, rinvia alla distinzione elaborata da R. Dworkin (*I diritti presi sul serio*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1986, 245 ss.) tra *concetti* e *concezioni*, per dimostrare come alcuni *concetti* indicati nella Carta (tra gli altri, ad esempio l’eguaglianza e l’ordine pubblico) vengano intesi secondo una *concezione* variabile nel tempo. Ne discende una naturale ed inevitabile “mutabilità” del diritto costituzionale solo parzialmente definito dalla Costituzione, ed in larga parte rimesso alle concezioni politiche e sociali di cui la cultura giuridica e politica del paese è portatrice in un preciso momento storico.

³⁷⁶ Così TREVES, *Duttilità della Costituzione* citata, 637

Non riteniamo, invero, che la struttura *duttile* delle disposizioni costituzionali rappresenti di per sé una minaccia per la tenuta dell'impianto costituzionale, potendo anzi tradursi, in ultima analisi, in un rafforzamento dello stesso.

L'esplicazione del testo costituzionale per via interpretativa ed applicativa rappresenta, pertanto, il naturale portato delle scelte adottate in Assemblea costituente, e può anzi leggersi come *prosecuzione* delle stesse.

La Costituzione non può ridursi, sotto tale profilo, ad un atto puntuale e *statico*, rifacendosi in via esclusiva al momento della sua dazione, dovendo, al contrario, assecondare la propria naturale tendenza ad essere protagonista di un processo storico/dinamico, *“contemporaneamente ricettivo di nuovi interessi (che assurgono a valori costituzionali) e sospensivo di originarie istanze costituenti (che giuridicamente affievoliscono di fronte all'imprevedibile corso della storia)”*³⁷⁷.

Ci troviamo, cioè, di fronte ad una Costituzione da guardarsi, non come *prodotto* dato ed immutabile, ma piuttosto, per citare Habermas, come quel *“progetto che fonda una tradizione a partire da una certa data temporale. Tutte le generazioni successive devono così confrontarsi con il compito di attualizzare l'inesauribile sostanza normativa di un 'sistema dei diritti' che è immanente al testo costituzionale originario”*³⁷⁸.

³⁷⁷ Queste le riflessioni di SPADARO A. in *Il parametro del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Il parametro nel giudizio di costituzionalità, Atti del Seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Giappichelli, Torino, 2000, 67

³⁷⁸ HABERMAS J., *Stato di diritto e democrazia: nesso paradossale di principi contraddittori?*, in *Teoria politica* XVI, n. 3, 2000, 11

E si tratta di un progetto che non giunge mai alla completa realizzazione, configurandosi la Costituzione come “*processo* (perennemente) *aperto*” di democratizzazione in continua evoluzione, nel quale assume le vesti di attore la “*società aperta degli interpreti*”³⁷⁹.

Tornano alla mente, allora, le preziose riflessioni svolte da Zagrebelsky ne “*Il diritto mite*”, quando si fa discendere dall’assunzione del pluralismo nelle forme di una costituzione democratica la conseguenza che quest’ultima si configuri come *compromesso delle possibilità*, piuttosto che come progetto rigidamente ordinante da imporre aprioristicamente³⁸⁰.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, siamo indotti a concludere che le innovazioni prodotte in via informale per il tramite dell’interpretazione ed applicazione delle disposizioni costituzionali si mantengano entro la dimensione *fisiologica* del naturale sviluppo al quale tende la Costituzione di fronte all’esperienza ordinamentale concreta.

Alcune considerazioni vanno tuttavia formulate, a conclusione del presente studio, circa le condizioni che si ritiene debbano sussistere perché i mutamenti informali in parola non sfocino in *involuzioni*

³⁷⁹ La teoria della *costituzione come processo aperto* (“*Verfassung als öffentliche Prozesse*”) è stata esposta da P. HÄBERLE in svariate opere, tra le quali si ricordano *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993; *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001; *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo: saggi*, Milano, 2003.

³⁸⁰ Solo a questa condizione, prosegue Zagrebelsky, “*possiamo avere costituzioni “aperte” , che permettono, entro i limiti costituzionali, sia la spontaneità della vita sociale che la competizione per l’assunzione della direzione politica, entrambe condizioni della sopravvivenza di una società pluralista e democratica*”, *Il diritto mite* citato, 10.

*patologiche*³⁸¹, e possano considerarsi oltre che una via per il *fisiologico* sviluppo della Carta, anche un utile strumento per riaffermarne di continuo l'autorevolezza nel perseguimento di un'interpretazione costituzionale *magis ut valeat*.

Se si vuole, cioè, intendere la Costituzione, piuttosto che come punto dal quale tutto deve partire, come centro al quale tutto deve infine convergere³⁸², allora deve giocoforza ritenersi che tutti i mutamenti costituzionali, ivi compresi quelli operati per via informale, qualunque ne sia il protagonista, i giudici o gli attori politici, debbano orientarsi tutti in sensi tra loro in ultima analisi concordanti. Solo in tal modo, infatti, nello sviluppo delle disposizioni costituzionali nelle dimensioni applicativa ed interpretativa può rintracciarsi l'inveramento della volontà costituente, distinto dal mero arbitrio e dal perseguimento di interessi particolari degli organi detentori dei poteri.

Si impone, secondo la prospettiva ora adottata, il progressivo consolidamento di un *idem sentire de re publica*³⁸³ nel senso più tradizionale del concetto, alla luce del quale tutti gli organi statuali concordino circa la vigenza e piena operatività di alcune regole di coscienza qualificabili in termini di *etica costituzionale*³⁸⁴, e,

³⁸¹ Ci riferiamo qui alla necessità di evitare il rischio, potenzialmente sfociante nella totale anarchia, che le aree lasciate *grigie* dalla Costituzione, gli spazi interstiziali di cui si è detto, siano intese dai soggetti dell'ordinamento quali zone franche nelle quali tutto è permesso e rimesso all'esclusiva discrezionalità degli attori dello scenario istituzionale. Sulla necessità per ogni ordinamento giuridico di garantire al contempo un certo tasso di stabilità ed un certo tasso, opposto, di mutabilità, poiché la stabilità senza mutabilità è "stagnazione", e la mutabilità senza stabilità diventa "anarchia" si veda BARAK A., *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. dir.*, 2003, 15.

³⁸² Sempre riprendendo le riflessioni di Zagrebelsky in *Il diritto mite* citato

³⁸³ Si veda in proposito TOSI S., *Modificazioni tacite della Costituzione* cit., 23

³⁸⁴ CAMERLENGO Q. ipotizza la presenza di una sorta di *codice etico* la cui osservanza è imposta agli organi costituzionali ed ai soggetti politici coinvolti nelle massime vicissitudini istituzionali, cfr. *I*

riconosciuto tale presupposto, esercitino i poteri che gli competono nella consapevolezza che non ogni uso può farsi delle disposizioni costituzionali.

In altri termini, per superare il tenore letterale della Carta e perché le disposizioni costituzionali possano essere in qualche misura riadattate alla luce del *contesto* nel quale sono destinate ad essere applicate, senza che con ciò debbano dirsi violate, è imprescindibile che si tenga a mente l'esistenza di un *pre-testo* - fondato su una condivisa e pacificamente riconosciuta morale costituzionale - di per sé intangibile³⁸⁵.

Tuttavia, anche volendo realisticamente riconoscere che l'*idem sentire* di cui si è detto costituisca oggi, più che un valore già acquisito, un obiettivo ancora da perseguire appieno, e che, per quanto concerne la specifica materia oggetto del presente studio, alcuni mutamenti costituzionali informali siano stati talvolta spinti da intenti distorsivi della lettera della Carta, non di meno interesse risulta comunque l'osservazione anche di tali ultimi mutamenti.

Ciò in quanto si ritiene che, di fronte alla Costituzione, la prospettiva da adottare debba essere duplice, ed imprescindibilmente rivolta a guardare sia a ciò che *deve* essere, che a ciò che *in concreto* è.

fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale cit., 187, e più avanti, ove si osserva che il rischio di un caotico e incoerente funzionamento dell'apparato istituzionale di vertice può essere circoscritto grazie all'affermazione di regole, non necessariamente giuridiche, volte a favorire una leale cooperazione tra gli organi ed i soggetti politici, 190.

³⁸⁵ Per tale via, seguendo le riflessioni sviluppate da SPADARO in *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo storico"* cit., si supera il limite letterale della Carta giungendo infine "a un parametro forse più incerto, ma non meno vincolante: il *meta-testo* (o *superparametro*)", in ultima analisi identificato dall'A. nel valore implicito supercostituzionale della dignità umana, quale valore principale dal quale tutti gli altri discendono e che costituisce il *background* culturale attraverso il quale tutti gli altri, espliciti, acquistano senso.

BIBLIOGRAFIA

- AMATO G., *L'elasticità delle costituzioni rigide*, Relazione al Convegno "Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale", rinvenibile in *Nomos* 1-2016
- AMIRANTE C., *European governance e costituzione europea: tra revisione tacita e 'anestesia' dei sistemi costituzionali degli Stati membri*, in *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio, Milano, 2007, 221 ss.
- ANGIOLINI V., *Costituente e costituito nell'Italia Repubblicana*, Cedam, Padova 1995, 207.
- ASCARELLI T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957
- AVRIL P., *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, coll. Lèviathan, 1997, 108
- AZZARITI G., *La costituzione materiale e le forze politiche «dominanti»*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Giuffrè, Milano 2001
- BARAK A., *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. dir.*, 2003, 15
- BARBERA A., *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, Introduzione al volume "Una e indivisibile", Milano 2007, anche in *forumcostituzionale.it*
- BARILE P., *La costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze 1951, 59.
- BARILE P., voce *Costituzione italiana*, in *Novissimo digesto italiano*, IV, p. 1054 e ss.
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 e ss.
- BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e Società*, 1982, p. 605-626
- BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004
- BEAUD O., *Les mutations de la V République. Ou comment se modifie une Constitution écrite*, in *Pouvoirs*, 2001/4, n. 99
- BENVENUTI F., *La Costituzione fra attuazione e revisione: lo Stato in una società pluralistica*, in *Dir. soc.* 1983

- BERGOUIGNOUS G., *L'incompétence négative vue du Parlement in Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 46 – L'incompétence en droit constitutionnel*, Gennaio 2015, p. 41-45
- BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949
- BIN R., *Capire la Costituzione*, Laterza, 1998, cit., 20
- BIN R., *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.* 2007
- BIN R., *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico nei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi (cur.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1993, 8 ss.
- BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre, A. Spadaro (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, 79 ss.
- BIN R., *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, in forumcostituzionale.it
- BLACHER P., *Il Consiglio Costituzionale*, in D. Rousseau (a cura di), *L'ordinamento costituzionale della V Repubblica francese*, Giappichelli, Torino, 2000, 312
- BOBBIO N., «Lacune del diritto», *Nov. Dig. It.*, IX, (1963), 419 ss.
- BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960
- BOBBIT P., *Constitutional Interpretation*, Blackwell, Oxford-Cambridge, 1991
- BOGNETTI G., *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, Iustitia, 1977, 24 ss.
- BOGNETTI G., *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole)*, pubblicato nel sito A.I.C.
- BRYCE J., *“Studies in History and Jurisprudence”*, Clarendon Press, Oxford, 1901
- CALAMO SPECCHIA M., *I mutamenti costituzionali informali in Francia: un epifenomeno alla ricerca di una proiezione giuridica?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. IV, 2009, 1699 ss.
- CAMERLENGO Q., *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002
- CAPITANT R., *La coutume constitutionnelle*, Conférence au stage des avocats au Conseil d'état, *Gazette du Palais*, 20 dicembre 1929, riprodotto in *RDP*, 1979, n° 4, pp. 959-970, cit. p. 968

- CARDUCCI M., voce «*Revisione tacita della costituzione*», in *Glossario di Diritto pubblico comparato*, a cura di Pegoraro L., Carocci editore, 2009
- CATELANI A., *La costituzione materiale e il diritto vivente*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di Catelani A. e Labriola S., Giuffrè, Milano 2001
- CATELANI A., LABRIOLA S., *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, (a cura di), Giuffrè, Milano 2001
- CAVINO M., *Diritto vivente*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, IV aggiornamento, UTET, Torino, 2010, pp. 134 e ss.
- CHESSA C., *Nomina del primo ministro e nomina dei ministri: quali sono le differenze?*, in lacostituzione.info
- CHIARELLI G., *Elasticità della costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano 1952
- CONDORELLI L., *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due Corti a confronto*, in *Giur. cost.*, 1978, 669 ss.
- CONFORTI B., *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro.it*, 1976, 542 ss.
- CONTE A.G., «*Norma generale esclusiva*» e «*Norma generale inclusiva*», in *Nov. Dig. It.*, XI, 1964, 329-330
- CORTESE F., *Le trasformazioni recenti dell'ordinamento italiano tra revisione e attuazione della Costituzione repubblicana*, in *La manutenzione costituzionale*, a cura di F. Palermo, Cedam 2007, 181 e ss.
- CRISAFULLI V., *Costituzione* (voce) in *Enciclopedia del '900*, 1030 e ss.
- D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè 2005, p. 282 e ss
- DELPÈRÈE F., *Le Conseil constitutionnel: état des lieux*, in *Pouvoirs*, n. 105, 2003, 13
- DOGLIANI M., *Il posto del diritto costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1993, 538
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli Editore, Milano 1982, 12 ss.
- ELÌA L., voce *Governo (Forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, 634-675
- ESPOSITO F., in *La validità delle leggi*, ristampa inalterata della edizione del 1934, Giuffrè, Milano, 1964
- ESPOSITO F., voce *Consuetudine (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IX, Giuffrè 1961

- FARIAS D., *Idealità e indeterrminatezza dei principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 1981
- FAVOREU L., *Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, 33 ss
- FIORAVANTI M., *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sulla attuazione della Costituzione repubblicana*, rinvenibile in astrid-online.it
- FIORAVANTI M., *L'attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale*, Relazione al Convegno "La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino", svoltosi a Bergamo, 28-29 ottobre 2005
- FOIS S., *Costituzione legale e costituzione materiale*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Giuffrè, Milano 2001
- GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, Paris, 1919
- GIANNINI M. S., *La costituzione «fluida»*, in *Società*, 1951, p. 497 ss.
- GRASSO N., *La cultura italiana di fronte ai mutamenti costituzionali informali*, *Riv. diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, IV
- GRIMM G., voce *Diritto e politica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1993, pp. 113-119
- GROPPI T., *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in www.forumcostituzionale.it
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè editore, Milano 2004
- HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993
- HÄBERLE P., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001
- HÄBERLE P., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo: saggi*, Milano, 2003
- HABERMAS J., trad. it. *Morale, Diritto, Politica*, Torino, Einaudi, 1992
- HABERMAS J., *Stato di diritto e democrazia: nesso paradossale di principi contraddittori?*, in *Teoria politica* XVI, n. 3, 2000, 11
- HAURIOU M., *La Theorie de l'institution et de la fondation*
- HAURIOU M., *Principes de droit public*
- HOLMES O., *Natural Law*, 32 *Harvard Law Review*

- IADICICCO M.P., *Il limite del testo tra modifiche tacite ed interpretazioni creative*
- JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1905
- JELLINEK G., *Verfassungsänderung und verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Berlin, Haring, 1906, secondo la traduzione di O. Beaud in *Les mutations de la V République. Ou comment se modifie une Constitution écrite*, in *Pouvoirs*, 2001/4, n. 99, p.19, trad. it. a cura di M. Carducci, *Mutamento e riforma costituzionale*, Pensa, 2004
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952, 109
- KELSEN H., *Prefazione a Reine Rechtslehre* (1933), trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino: Einaudi, 1952 (dal 1967 col titolo «Lineamenti di dottrina pura del diritto»)
- KORZENIOWSKI W., *L'ermeneutica di Emilio Betti*, 2010
- LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Berger-Levrault, Paris, 2 éd., 1896, tome 2, p. 519
- LANCHESTER F., *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nello Stato unitario*, Roma-Bari, Laterza, 2004
- LA PERGOLA A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, 2432
- LASSALLE F., *Sulla natura delle costituzioni*, Milano, Casa editrice Ambrosiana, 1945
- LIPPOLIS V., *Il Presidente della Repubblica*, pubblicato in *Rivista AIC* n° 3 del 10 luglio 2018
- LUCHAIRE F., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, 20.
- MALINCONICO G., *Sull'autodichia della Presidenza della Repubblica (nota all'ordinanza delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione 17 marzo 2010, n. 6529)*, pubblicato in *federalismi.it*, n. 7/2010
- MANGIAMELI S., *La Costituzione europea*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 3, 2007, 419 ss.
- MANZELLA A., *I controlli parlamentari*, I, Milano, Giuffrè, 1970
- MAUS D. (a cura di), *Textes et documents sur la pratique institutionnel de la Ve République*, in *Documentation Française*, Paris, 1978, 5
- MEROLA CHIERCHIA P., *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Cedam, Padova 1978

- MIRKINE- GUETZÉVITCH P., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris 1931, p. XI
- MIRKINE-GUETZÉVITCH B., *L'échec du parlementarisme rationalisé*, in *Rev. int. hist. pol.*, 1954, 102
- MODERNE F., "Rèviser" la Constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, 19.
- MODUGNO F., *Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano 1977, 197 ss.
- MODUGNO F., voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto* XXX, 1980
- MONACO R., *La legittimità costituzionale dei regolamenti comunitari*, in *Foro.it*, 1974, 1, 315 e ss.
- MORRONE A., *Governo di cambiamento*, Editoriale del 6 giugno 2018 in *federalismi.it*
- MORRONE A., *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *federalismi.it*
- MORTATI C., *La costituente*, 1945
- MORTATI C., voce *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, ora in "Una e indivisibile" (con prefazione di A. Barbera), Milano, Giuffrè, 2007
- MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, 1941, ristampa inalterata con una premessa di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 1998
- NIGRO M., *Costituzione ed effettività costituzionale*
- NIGRO M., *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969
- NINO C.S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosòfico, jurídico y politològico de la practica constitucional*, Buenos Aires, Astrea Depalma, 2005, terza edizione
- PACE A., *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Cedam, Padova 1995.
- PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova 1997, II ed. 2002
- PALERMO F., *La «manutenzione» costituzionale*, Cedam 2007

- PANICO G., *La legittimità costituzionale della normativa comunitaria di effetto diretto: luci ed ombre della sentenza della C. Cost. n. 183 del 1973*, in Riv. dir. eu., 1974, 201 ss.
- PAREINTE A., *Le Conseil Constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs*, in A. Pareinte (a cura di), *La séparation des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2007, 66
- PARESCHE F., voce *Interpretazione (filosofia)*, in Enc. Del dir., XXII, Milano 1972
- PATRUNO L., *L'elasticità della Costituzione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012;
- FIORAVANTI M., *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *Accademia dei Lincei*, Roma, 2008, vol. *La Costituzione ieri e oggi*, pp. 21-51.
- PIERANDREI F. – BOBBIO N., *Introduzione alla Costituzione*, Bari 1959
- PIERANDREI F., *L'interpretazione della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Rossi*, Milano, 1952
- PIERANDREI F., *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione*, in *Scritti di diritto costituzionale*, con Prefazione di Leopoldo Elia, Vol. I, Giappichelli, Torino
- PINO G., *Di interpretazione e interpreti della Costituzione*, in *Diritto e società*, 2, 2013
- PITRUZZELLA G., *Considerazioni su l'idea di costituzione e il mutamento costituzionale*, in *Arch. dir. cost.*, Torino, 1993
- PIZZORUSSO A., *La Costituzione ferita*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 47 ss.
- PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni"*, Giuffrè, Milano, 1994
- RICCOBONO F., *Appunti per una storia di «costituzione in senso materiale»*, in *La costituzione in senso materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Giuffrè, Milano 2001
- RIMOLI F., *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione dei valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3777
- RIVERO J., in *Le domaine de la loi et du règlement*, PUAM, 1978, 263
- ROMANO R., *Il diritto pubblico italiano*, Giuffrè, 1988
- ROMANO S., *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche (1903)*, in *Scritti minori*, I
- ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, 1969

- ROMANO S., *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, 1918, riedito con aggiunte da Sansoni, 1946
- ROMANO S., *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1947
- ROSSI L., *La elasticità dello Statuto albertino* (1939), in *Scritti vari di diritto pubblico*, vol. VI, Giuffrè, Milano 1941
- RUGGERI A., *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. 170/84, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" della integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.* 1991
- RUGGERI A., "Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in Romboli R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 58
- RUGGERI A., "Evidente mancanza" dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008), in *Rivista AIC* e in *Il Foro Italiano* – 133 (2008), n. 10, pt. 1, p. 3048-3052
- RUGGERI A., *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *forumcostituzionale.it*
- RUGGERI A., *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica 2012
- RUGGERI A., *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale* n. 4/2008
- RUGGERI A., *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, Torino, 2010
- RUGGERI A., *Lacune costituzionali*, in *Rivista A.I.C.* n. 2 del 2016
- RUGGERI A., *Le modifiche tacite della Costituzione settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*
- RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009 (quarta ed.)
- SCHMITT C., *Verfassungslehre*, Berlin 1928, trad. it. *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, edita da Giuffrè 1984

- SCIALOJA V., *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, in *Studi giuridici*, Vol. III, Diritto privato, Prima parte, Anonima romana editoriale, 1932
- SILVESTRI G., *Il potere costituente come problema tecnico-giuridico*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999
- SILVESTRI G., *Il problema costituente come problema tecnico-giuridico*
- SMEND R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munchen-Leipzig, 1928, trad. it., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 150-153
- SPADARO A., *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro di costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali* 3/1998, e anche in *Il parametro nel giudizio di costituzionalità, Atti del Seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Giappichelli, Torino, 2000, 1-71
- SPINELLI S., *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale a margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte Costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*
- STONE SWEET A., *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford UP, 2000
- STONE SWEET A., in *Constitutional Courts*, pubblicato, in *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP, 2012, 11)
- STONE SWEET A., *The Juridical Coup d'Etat and the Problem of Authority*, (2007), 8 *German Law Journal*
- TESAURO A., *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova, 1957
- TONIATTI R., *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in S. Gambino (cur.), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2002, 503 ss.
- TOSI S., *Diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1993
- TOSI S., *La direttiva parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1969
- TOSI S., *Modificazioni tacite della costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1959
- TREVES G., *Duttilità della Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. IV, Vallecchi Editore, Firenze 1969.

- V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione* (1948), in ID, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 27 ss.
- VERDE G., *Quali materiali giuridici dobbiamo utilizzare per lo studio della forma di governo?*, in *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verde, duepunti Edizioni, Palermo 2012,
- VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 1999
- VIRGA P., *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1948, III, 243-280
- WALINE J., *Esiste-t-il un gouvernement du juge constitutionnel en France?*, in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Luis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, 487 e ss.
- WALINE M., *Preface aux grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2005
- WEILER J.H.H., *La trasformazione dell'Europa*, in *La Costituzione dell'Europa*, a cura di F. Martines, Bologna, 2003, 33 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992
- ZAGREBELSKY G., *Premessa a La costituzione in senso materiale*, 1998, XXXVI.
- ZANGARA V. (*Costituzione materiale e costituzione convenzionale (notazioni e spunti)*)
- ZANGARA V., *La rigidità delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano 1974
- ZANGARA V., *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, 602 e ss.

GIURISPRUDENZA

Pronunce della Corte costituzionale:

- Sent. n. 1 del 1956
- Sent. n. 14 del 24 febbraio 1964
- Sent. n.183 del 27 dicembre 1973
- Sent. n. 232 del 30 ottobre 1975
- Sent. n. 16 del 1978

- Sent. n. 170 del 5 giugno 1984
- Sent. n. 108 del 1986
- Sent. n. 243 del 1987
- Sent. n. 1033 del 1988
- Sent. n. 1035 del 1988
- Sent. n. 1044 del 1988
- Sent. n. 1146 del 1988
- Sent. n. 168 dell'8 aprile 1991
- Sent. n. 263 del 1994
- Sent. n. 391 del 1995
- Sent. n. 7 del 1996
- Sent. n. 360 del 1996
- Sent. n. 398 del 1998
- Sent. n. 16 del 2002
- Sent. n. 6 del 2004
- Sent. n. 178 del 2004
- Sent. n. 196 del 2004
- Sent. n. 285 del 2004
- Sent. n. 171 del 23 maggio 2007
- Sent. n. 62 del 2005
- Sent. n. 272 del 2005
- Sent. n. 116 del 2006
- Sent. n. 128 del 2008
- Sent. n. 355 del 2010
- Sent. n. 83 del 2010
- Sent. n. 138 del 21 aprile 2010
- Sent. n. 93 del 2011
- Sent. n. 79 del 2011
- Sent. n. 22 del 16 febbraio 2012
- Sent. n. 1 del 15 gennaio 2013
- Sent. n. 237 del 2013
- Sent. n. 32 del 2014
- Sent. n. 170 dell'11 giugno 2014
- Sent. n. 251 del 2014

- Sent. n. 10 del 2015
- Sent. n. 154 del 2015
- Sent. n. 186 del 2015
- Sent. n. 94 del 2016
- Sent. n. 287 del 2016
- Sent. n. 170 del 2017
- Sent. n. 169 del 2017
- Ord. n. 429 del 2007
- Ord. n. 72 del 2015

Pronunce della Corte di cassazione:

- Sez. I civile, sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007
- SS. UU. civili, ord. n. 6592/2010
- sentenza n. 12614/89 Corte di cassazione

Pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

- CGCE, sentenza del 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62
- CGCE, sentenza del 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, causa 6-64
- CGCE, sentenza del 12 novembre 1969, *Stauder*, causa 26/69
- CGCE, sentenza del 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, causa 22/70
- CGCE, sentenza del 14 maggio 1974, *Nold*, causa 4/73
- CGCE, sentenza del 9 marzo 1978, *Simmenthal*, causa 106-77
- CGCE, sentenza del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, causa 294/83
- CGCE, 14 dicembre 1991, parere 1/91, in *Racc.*, I-6079

Pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo:

- Sentenza del 28 aprile 2009, *Savino ed altri c. Italia*

Pronunce del Conseil Constitutionnel:

- Décision n. 95-177 dell'8 giugno 1995
- Décision n. 62-20 DC del 6 novembre 1962
- Décision n. 70-63 del 9 luglio 1970
- Décision n. 67-49 del 12 dicembre 1967

- Décision n. 70-63 del 9 luglio 1970
- Décision n. 80-120 del 30 dicembre 1980
- Décision n. 67-46 del 12 luglio 1967
- Décision n. 80-119 del 2 dicembre 1980
- Décision n. 2010-5 QPC del 18 giugno 2010, *SNC Kimberly Clark*
- Décision 2012-254 QPC del 18 giugno 2012, *Fédération de l'énergie et des mines Force ouvrière FNEM FO*
- Décision n. 82-143 del 30 luglio 1982, *Blocage de prix et des revenus*
- Décision n. 71-44 DC del 16 luglio 1971
- Décision n. 77-87 DC del 23 novembre 1977
- Décision n. 76-70 DC del 2 dicembre 1976
- Décision n. 80-119 DC del 22 luglio 1980

Altra documentazione consultata:

- Ricorso depositato dalla Camera dei deputati il 17 settembre 2008 ed iscritto al n. 16 del registro dei conflitti tra poteri dello Stato;
- Ricorso del Senato della Repubblica ed iscritto al n. 17 del registro dei conflitti tra poteri dello Stato 2008;
- Senato, Doc. XVI n. 1-b;
- Appunti redatti dal Comitato per la legislazione istituito presso la Camera dei Deputati aggiornati al 23 settembre 2018;
- *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni del 7 maggio 2018 per la formazione del nuovo governo*, consultabile sul sito web della Presidenza della Repubblica;
- *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio il professor Giuseppe Conte del 27 maggio 2018*, consultabile in forma integrale sul sito della Presidenza della Repubblica;
- *Dichiarazione costituzionalisti della scuola fiorentina pubblicata il 28 maggio 2018*

Maria Laura Vergara

Università degli Studi di Palermo – Dottorato in “*Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali (internazionale)*”

Co-tutelle avec l’Université Paris II - Panthéon Assas

LES MUTATIONS CONSTITUTIONNELLES INFORMELLES

Mes recherches se sont concentrées sur l’observation des expériences concrètes d’interprétation et d’application des dispositions constitutionnelles qui, au fil du temps, ont conduit au delà de la formulation littérale de la Charte constitutionnelle, notamment dans les systèmes juridiques italien et français. Partie I de l’étude est consacrée à la dialectique entre dimension normative et dimension descriptive, en tant qu’élément particulier du droit constitutionnel.

En fait, nous observons que le droit constitutionnel se compose, ainsi que des règles découlant des dispositions constitutionnelles, également des éléments d’origines différentes, que nous appelons *exogènes*, destinés à interagir avec la dimension formelle dans le cadre d’une intégration mutuelle.

On essaye de souligner comment l’objectif d’une exact *actio finium regundorum* du droit constitutionnel devrait partir du principe selon lequel ce domaine du droit se développe comme “droit écrit” et, en même temps, comme “droit non écrite”.

Partie II de l’étude est consacrée à la notion de *mutation constitutionnelle informelle*, et au débat doctrinal sur ce thème.

La deuxième partie de la thèse contient aussi un aperçu des événements emblématiques de l’ordre constitutionnel italien et français, à la suite desquels il peut être enregistré un changement du cadre constitutionnel, au vu des résultats à chaque fois obtenus par l’interprétation des dispositions constitutionnelles.

Dans la Partie III, nous concluons au sens de la dimension *physiologique* de la phénoménologie en question, en tant qu’inhérent à la nature même des

constitutions modernes, lesquelles sont à entendre, plutôt qu'au sens purement statique, en tant que *processus*.

Maria Laura Vergara

Università degli Studi di Palermo – Dottorato in “*Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali (internazionale)*”

Co-tutelle avec l’Université Paris II - Panthéon Assas

INFORMAL CONSTITUTIONAL CHANGES

My research has focused on the observation of the concrete experience of interpretation and application of constitutional provisions that, over time, have led beyond their literal tenor, with particular reference to Italian and French legal systems.

Part I is devoted to the dialectic between prescriptive and descriptive dimensions, as distinctive character of constitutional law.

We observe that constitutional law, besides the rules arising from the written provisions, is composed of further elements, that we define *exogenous*, destined to interact with formal dimension in the framework of a mutual integration.

The considerations developed in Part I lead us to conclude that the aim of a precise *actio finium regundorum* of constitutional law should be based on the assumption for which such field of law evolves both as *written law* and as *unwritten law*.

Part II concerns the concept of *informal constitutional change*, the doctrinal debate, and the modalities of the informal changes into speech.

Therefore, we sum up some emblematic events of Italian and French legal systems, following which it is possible to report a change of the constitutional framework in light of the outcomes of the interpretation carried out.

In Part III, we conclude observing the physiological dimension of the category into speech, as inherent to modern constitutions, which must be approached, rather than in a static sense, as a *process*.