

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 2/2014

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Piero Alberto Capotosti

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 2/2014

saggi

- Antonio D'Atena, *Il giovane Crisafulli e le anticipazioni dell'opera della maturità* 163
- Fabio Merusi, *L'incubo di Diocleziano. Riflessi della "convergenza" delle finanze pubbliche dei Paesi Euro sulla giurisdizione amministrativa italiana* 171
- Andrea Buratti, «Preferirei di no». *Rinvii, dinieghi e osservazioni presidenziali nelle carte dell'Archivio storico del Quirinale* 187
- Quirino Camerlengo, *Nel silenzio della Costituzione* 267
- Silvia Niccolai, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio* 313

osservatorio

- Alessandro Crosetti, *I beni "demo-etno-antropologici": origine e parabola di una categoria di beni culturali* 355

attualità

- Leonardo Pace, *Spunti di riflessione (per il futuro) dalla travagliata vicenda dell'art. 275 c.p.p.* 389

recensioni

- Fabio Merusi, *Eloisa Cristiani, Commento agli artt. 866, 867 e 868 cod. civ. sui vincoli idrogeologici e forestali in E. Cristiani, M. D'Addezio, E. Sirsi, Riordinamento della proprietà rurale, bonifica integrale, vincoli idrogeologici. Artt. 846-868, Milano 2013* 423
- Alberto Azzena, *Fabio Giglioni, Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento, ETS Pisa 2012* 429

SAGGI

Antonio D'Atena

IL GIOVANE CRISAFULLI E LE ANTICIPAZIONI DELL'OPERA DELLA MATURITÀ*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il giovane Crisafulli. – 3. La produzione giovanile e le anticipazioni dell'elaborazione successiva. – 4. Il macrocosmo: la teoria delle fonti e il primo embrione del criterio della competenza. – 5. Il primo scandaglio nel microcosmo: atto, disposizione e norma. – 6. La scuola come “concordia discors”.

1. *Premessa*

Per ragioni anagrafiche, le traiettorie del giovane Elia e del meno giovane Crisafulli alla Sapienza non si sono incontrate: tra i due correvano, infatti, 15 anni di differenza. Ciò significa che, quando Elia si laureava (1947), Crisafulli era da tempo professore ordinario a Trieste.

Le loro traiettorie non si sono incrociate nemmeno successivamente: nel 1977, quando Crisafulli, completato il suo mandato alla Corte costituzionale, tornò alla Facoltà giuridica romana. Poiché Elia, che in essa insegnava dal 1970, era stato nominato, nel frattempo, giudice costituzionale.

Cionondimeno, tra i due si era venuto a stabilire un legame molto forte testimoniato dalla staffetta nella direzione di Giurisprudenza costituzionale.

Del resto, il mio primo incontro con Elia avvenne proprio nello studio di Crisafulli alla Sapienza, nel quale mi ero recato per parlare della mia tesi di laurea. E, tra l'altro, ricordo che quel prof. Elia cui davo finalmente un volto, dopo averlo conosciuto nelle numerose citazioni del ma-

* Relazione al Convegno dal titolo “La Sapienza del giovane Leopoldo Elia (1948-1962)”, Roma 27 marzo 2014.

nuale di Mortati¹, mi suggerì la lettura di uno studio dovuto ad un costituzionalista asiatico di cui non ricordo il nome, apparso da poco nella *Révue du Droit Public*.

2. *Il giovane Crisafulli*

Dovendo, comunque, ambientare Crisafulli nella Sapienza del giovane Elia, penso che la soluzione più corretta sia quella di considerare gli studi del giovane Crisafulli, i quali, essendo stati elaborati in precedenza – tra il 1931 e il 1943 – potevano essere conosciuti dal giovane Elia, negli anni dei suoi studi universitari.

Crisafulli ed Elia, inoltre, sono entrambi scientificamente nati nell'ambito della grande scuola di diritto costituzionale dell'Ateneo romano. La quale, all'epoca era una delle più prestigiose d'Europa. Basti pensare che alla Sapienza Crisafulli ebbe l'opportunità di incontrare quattro grandissimi Maestri, che, in vario modo, contribuirono alla sua formazione: Giorgio Del Vecchio, con il quale si laureò, Vittorio Emanuele Orlando, poi rimosso dall'insegnamento, essendosi rifiutato di prestare il giuramento di fedeltà al fascismo, Santi Romano, succeduto ad Orlando, e Sergio Panunzio, titolare della cattedra di dottrina dello Stato e prefatore non compiacente della sua prima monografia: "Sulla teoria della norma giuridica", tratta dalla tesi di laurea e pubblicata a Roma nel 1935.

Debbo, comunque, aggiungere che il Crisafulli della maturità non era un estimatore del giovane Crisafulli. Amava ripetere, con una certa civetteria, che la sua esistenza era cominciata dopo il compimento del 30° anno. La vita precedente, scientificamente parlando, non contava. La sua produzione, sarebbe, quindi, iniziata con lo studio sulla formulazione legislativa dei principi generali del diritto, del 1940². Una volta ebbe a

¹ ... che qui cito in un'edizione successiva a quella da me usata nel corso degli studi universitari: MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, VIII ed., I, Padova 1969, 205, 420, 481, 506-507, 535, 538, 543-544, 551.

² *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus* 1940, che ha inaugurato un interesse che lo avrebbe accompagnato per tutta la vita. Basti esemplificativamente pensare: da un lato, a *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa 1943, 175 ss., d'altro lato, ai saggi raccolti in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, nonché alle riflessioni sul tema in *Disposizione (e norma)*, in *Enc. del Dir.*, XIII, Milano 1964, 197.

dirmi, che i suoi primi lavori erano delle “bambinate” (la citazione è letterale)³.

Del resto, questo corrispondeva ad un suo orientamento generale: non era un giovanilista. È, ad esempio, significativo che, nel 1968, quando imperversava la questione giovanile, in un bellissimo saggio sui partiti politici (pubblicato negli studi per il ventennale della Costituzione⁴), abbia affrontato la questione, ripescando una citazione di Benedetto Croce, tratta da “La Critica” del 1943, in base alla quale la questione dei giovani non esisterebbe, perché l’unico diritto e dovere insieme dei giovani sarebbe – cito alla lettera – “quello di cessare di essere giovani, di passare da adolescenti ad adulti, da intelletti immaturi ad intelletti maturi; ed a questo passaggio – proseguiva Don Benedetto – a questa ascesa bisogna esortarli, bisogna prepararli, in questa aiutarli, e non già darsi ad accrescere l’impeto, l’irriflessione e la baldanza loro”⁵.

Bisogna però dire che il giudizio del Crisafulli maturo nei confronti del giovane Crisafulli era un giudizio eccessivamente severo.

Inoltre, non andava preso alla lettera.

Non solo perché, a seguire pedissequamente l’ordine delle date, tra i lavori poco significativi sarebbe stato da annoverare anche lo studio pionieristico sull’indirizzo politico del 1939⁶ – la prima teorizzazione italiana di un fenomeno che si colloca nella zona oscura in cui le acque del diritto si mescolano con quelle della politica –, ma anche perché in questa svalutazione della sua opera giovanile c’era una punta di civetteria. Ricordo – ad esempio – quando a lezione, trattando dei caratteri distintivi della norma giuridica, ricordava che nella sua tesi di laurea aveva “trionfalmente dimostrato” (testualmente) che il tratto tipico della normatività fosse costituito dalla bilateralità. Si trattava evidentemente di un riferi-

³ Probabilmente il giudizio (comunque, eccessivamente severo) era formulato con riferimento agli studi iniziali, il primo dei quali era un articolo dal titolo *Il ‘Partito’ nella nuovissima letteratura italiana*, in *Lo Stato*, 1931.

⁴ *I partiti nella Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il ventennale della Costituzione*, II, Firenze 1969, 105 ss. (nonché in *Jus*, 1970).

⁵ La citazione letterale è a p. 140, in nota 20, dove Crisafulli concludeva: “Ma chi, avendo responsabilità politiche, avrebbe oggi l’audacia di ripetere questa verità?”. Per evitare equivoci, va comunque, detto che da allora i presupposti sono cambiati. Mentre Crisafulli, nel 1968, poteva considerare “grottesco” il tentativo teorico di inquadrare la protesta giovanile negli schemi della lotta di classe (*loc. ult. cit.*), oggi, in un tempo nel quale la disoccupazione giovanile raggiunge livelli drammatici ed in cui un’intera generazione rischia concretamente di essere privata del suo futuro, la costruzione di una “classe” su basi generazionali appare meno azzardata.

⁶ *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, Urbino 1939.

mento autoironico. Ma non era solo questo. Era anche la rivendicazione della paternità di una tesi scientifica che considerava non disprezzabile.

3. *La produzione giovanile e le anticipazioni dell'elaborazione successiva*

Perché la riflessione sull'opera giovanile è interessante?

Perché, pur essendo incontestabile che, come ogni studioso, anche Crisafulli non ha trovato se stesso (non è diventato Vezio Crisafulli) all'indomani della laurea, nelle opere giovanili, si avverte la preparazione e si colgono le anticipazioni del pensiero più maturo. E – come vedremo – si tratta di anticipazioni impressionanti.

A questo punto, prima di proseguire, debbo fare una doverosa precisazione: Crisafulli era un costituzionalista completo. Non v'è campo del diritto costituzionale nel quale non abbia lasciato contributi fondamentali. Nello stesso campo delle libertà, che era quello da lui meno coltivato, ha scritto delle pagine che restano⁷: in materia di libertà personale⁸, di libertà d'insegnamento e di scuola⁹, di libertà di associazione¹⁰, di libertà d'informazione¹¹, di libertà di stampa e diritto di cronaca¹².

Ciononostante, è fuori discussione che i campi in cui ha lasciato il segno più profondo sono due: quello della produzione normativa e quello della giustizia costituzionale. È quanto – ad esempio – riconosceva Leopoldo Elia nel commosso necrologio pubblicato ne “Il Tempo” di Roma del 22 maggio 1986. “Tra gli studiosi di diritto pubblico – scriveva – nessuno come lui ha scritto cose tanto profonde e sottili in tema di fonti e di giustizia costituzionale”.

Due temi, dei quali, ovviamente, soltanto per il primo, possono trovarsi anticipazioni nella produzione giovanile. Anticipazioni, le quali si colgono, sia con riferimento a quello che potremmo qualificare il *macrocosmo* della normatività – e, cioè, il sistema delle fonti –, sia con riferimento – per restare in metafora – al *microcosmo*: e, cioè, alla teoria del-

⁷ ... benché figurino, per lo più, in un genere letterario che non gode dei favori dell'ANVUR: quello delle note a sentenza.

⁸ *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. pen.*, 1955.

⁹ *In tema di libertà di insegnamento*, in *Giur. cost.*, 1957; *Libertà di scuola e libertà di insegnamento*, *ivi*, 1958; *Autonomia e libertà nella scuola*, in *Riv. giur. scuola*, 1965.

¹⁰ *In tema di libertà di associazione*, in *Giur. cost.*, 1962.

¹¹ *Problematica della libertà di informazione*, in *Il Politico*, 1964.

¹² *In tema di limiti alla cronaca giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1965.

l'atto normativo, in sé e per sé considerato e degli elementi in cui può essere scomposto (o di cui comunque è veicolo)¹³.

4. *Il macrocosmo: la teoria delle fonti e il primo embrione del criterio della competenza*

Iniziando dal primo ambito tematico, non può non ricordarsi la prolusione patavina del 1960, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*¹⁴, che offre un'insuperata rappresentazione della rivoluzione introdotta nel sistema delle fonti dalla Costituzione rigida. L'avvento della quale non si sarebbe risolto in una sopraelevazione edilizia – nell'aggiunta del terzo piano al precedente edificio a due piani, rispettivamente corrispondenti alle leggi ed ai regolamenti – ma avrebbe dissolto dall'interno “lo stesso sistema gerarchico solitamente ripetuto ed insegnato”¹⁵.

L'elemento di rottura viene da lui ravvisato nell'irruzione della competenza. La costituzione rigida, infatti, regola il traffico tra le diverse fonti, tutte ad essa subordinate. E, nel far ciò, può riservare certi ambiti (certi oggetti o certi modi di regolazione) a fonti diverse dalla legge, chiamate ad intervenire in spazi a questa sottratti. Si pensi alle leggi regionali, ai regolamenti parlamentari, ai contratti collettivi di cui all'art. 39 Cost.

Ma la revisione crisafulliana non si ferma a questo punto. Essa mette in luce che la crisi del sistema gerarchico è molto più profonda, investendo la coordinata fondamentale da esso evocata: la forza formale. Egli, in particolare, dimostra che il sistema positivo mette in discussione lo stesso rapporto tra la forza e la forma degli atti¹⁶. In quanto, in più casi, la relazione gerarchica si stabilisce su basi sostanziali, o, in altri termini, in funzione del contenuto normativo, anziché del procedimento formativo¹⁷.

Il maggiore esempio al riguardo è rappresentato, come noto, dalla

¹³ L'uso della metafora è dello scrivente: *Teoria delle fonti, teoria dell'atto e problematicismo nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in *Giur. cost.*, 1994, 537 (in un'edizione parzialmente diversa: in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova 1994).

¹⁴ *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 779 ss.

¹⁵ *Gerarchia e competenza*, cit., 784.

¹⁶ *Gerarchia e competenza*, cit., 792, 807.

¹⁷ *Gerarchia e competenza*, cit., 809.

competenza concorrente su riparto verticale. La legge-cornice, infatti, non prevale sempre e comunque sulla legge regionale. Essa prevale solo se, ed in quanto, ponga principi fondamentali. Il che significa che, in casi come questo, la relazione gerarchica non si stabilisce su basi formali. Si tratta, quindi – come afferma icasticamente – di una gerarchia dei contenuti¹⁸, la quale si instaura tra le norme e non tra le fonti.

È appena il caso di dire che le riflessioni su questi temi del giovane Crisafulli non potevano raggiungere questo grado di specificazione e di raffinatezza. Non solo perché era ancora il “giovane” Crisafulli, ma anche per la ragione allora non c’era la Costituzione rigida e non esistevano le leggi regionali.

Tuttavia, sia pure in un sistema positivo tutto costruito sull’onnipotenza della legge, nei suoi scritti dell’epoca si rinviene la prima elaborazione degli strumenti concettuali che gli hanno successivamente consentito di “leggere” la nuova Costituzione. Si tratta del primo embrione di quel criterio della competenza che avrebbe trovato la sua più compiuta elaborazione nel Crisafulli della maturità.

Il terreno su cui tali anticipazioni possono cogliersi è quello delle norme corporative, le quali, ovviamente, non operavano in ambiti sottratti alla legge, che era onnipotente, ma erano poste al riparo dalle incursioni delle fonti regolamentari .

E, sul punto, l’argomentazione anticipa quella che avrebbe poi utilizzato in regime di costituzione rigida. Egli sottolinea, infatti, che sia la potestà regolamentare, sia la competenza delle norme corporative si fondano sulla legge. È, quindi, solo la legge a poter disporre degli ambiti loro attribuiti¹⁹. Su queste basi, conclude che, per effetto delle scelte positivamente compiute dal legislatore ordinario, le due fonti operano in regime di separazione: nei loro rapporti reciproci trovando, appunto, applicazione il “principio di separazione”²⁰, il quale costituisce l’antenato del successivo “criterio della competenza”²¹.

¹⁸ *La legge regionale nel sistema delle fonti*, in *Rass.giur.sarda*, 1961, 24.

¹⁹ *Prime osservazioni sul sistema delle fonti normative nella nuova codificazione*, in *Stato e Diritto*, 1942, 109 ss.

²⁰ *Prime osservazioni*, cit., 123.

²¹ Sul quale, da ultimo: CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*. II.1, *L’ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed., a cura di Francesco Crisafulli, Padova 1983, 228 ss.

5. Il primo scandaglio nel microcosmo: atto, disposizione e norma

Come si è anticipato, l'altro ambito in cui il contributo di Crisafulli resta imprescindibile, costituendo un'autentica scoperta scientifica, è quello dell'atto e degli elementi che lo compongono (o che, comunque, ad esso debbono il proprio ingresso nell'ordinamento positivo): la disposizione, la norma²².

L'atto è un atto giuridico caratterizzato da un certo procedimento di formazione, il quale imprime la propria forza a tutti i suoi contenuti prescrittivi; le disposizioni sono le dichiarazioni di volontà normativa contenute nell'atto; le norme, infine, sono il risultato dell'incontro tra le disposizioni e l'intero sistema normativo, attraverso la mediazione della giurisprudenza.

Di qui, tra l'altro, per alcuni allievi, il realismo di Crisafulli. Opinione suggestiva, che però non penso possa condividersi. A mio giudizio, infatti, nella costruzione crisafulliana l'elemento dominante è costituito dal problematicismo²³.

Anche di questa elaborazione si rinvergono anticipazioni nell'opera giovanile.

Quanto all'atto, può ricordarsi uno scritto del 1937²⁴, nel quale si legge: "da un punto di vista di dogmatica generale migliore sembra la concezione della legge come atto che pone la norma, allineandosi la figura della legge, accanto al contratto, alla sentenza, all'atto amministrativo etc., entro la vasta categoria degli atti giuridici". Perché – come specifica – ogni atto giuridico, in quanto atto umano, è atto di volontà. Dietro questa impostazione ci sono i tedeschi della seconda metà del XIX Secolo: c'è il *Gesetzgebungsgeschäft* di Paul Laband²⁵.

Quanto alla disposizione, osservazioni di grande finezza, si rinven-

²² Gli scritti dedicati da Crisafulli al tema sono numerosissimi. I lavori di riferimento sono, comunque, due voci dell'*Enciclopedia del Diritto: Atto normativo* (1959) e *Disposizione (e norma)* (1964).

²³ Sul punto: D'ATENA, *Teoria delle fonti, teoria dell'atto e problematicismo nel pensiero di Vezio Crisafulli*, cit.; ID., *La produzione normativa tra rappresentanza e consenso, nella riflessione di Esposito, Crisafulli e Paladin*, in CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin* (Atti del Convegno di studio per celebrare la Casa editrice CEDAM nel primo centenario dalla fondazione (1903-2003), tenutosi a Padova nei giorni 19-21 giugno 2003), Padova 2004.

²⁴ *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1937, 418 s.

²⁵ Su questa derivazione, sia permesso il rinvio a D'ATENA, *La produzione normativa tra rappresentanza e consenso, nella riflessione di Esposito, Crisafulli e Paladin*, cit.

gono nello stesso saggio²⁶, nonché in uno scritto del 1941²⁷. In essi esclude che i titoli degli atti normativi (esterni o interni che siano) possano considerarsi manifestazioni di volontà normativa, perché le disposizioni sono rinvenibili soltanto negli articoli, anche se, ovviamente, possono esserci articoli normativamente vacui.

6. *La scuola come "concordia discors"*

Prima di chiudere, se mi permettete, vorrei accennare alla scuola di Crisafulli. Una scuola – per riprendere le parole da lui dedicate alla Scuola di Vittorio Emanuele Orlando²⁸ – la quale non era “una gretta chiesuola, in cui i migliori sono i più zelanti ripetitori del pensiero del maestro” – non era, cioè, una scuola di epigoni e glossatori – ma “*concordia discors*”, in cui, attraverso il confronto critico delle diverse posizioni, si celebrava la libertà di pensiero.

Ebbene, questo è stata la scuola di Vezio Crisafulli, la quale ha consentito a ciascun allievo di sviluppare liberamente la propria personalità scientifica: e, quindi, di trovare se stesso.

Di ciò, a distanza di quasi 50 anni, sento il bisogno di dare, con immutata riconoscenza, pubblicamente atto.

²⁶ *Sulla motivazione*, cit., 426 ss.; 435.

²⁷ *A proposito del titolo delle leggi*, in *Stato e Diritto*, 1941, 472.

²⁸ *Significato dell'opera giuridica di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Annali triestini*, 1953, 32.

L'INCUBO DI DIOCLEZIANO.

RIFLESSI DELLA “CONVERGENZA” DELLE FINANZE PUBBLICHE
DEI PAESI EURO SULLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA*

SOMMARIO: 1. Quando Diocleziano “tosava” le monete. Un sogno di stabilità che si trasforma in un incubo. – 2. Mentre i Paesi Euro “convergevano” le loro finanze pubbliche arriva la crisi economica mondiale. L'incongrua risposta dell'Unione Europea. – 3. Quel che non si è fatto, e si doveva fare, e quel che si è fatto, ma non si doveva fare: la convergenza coatta ed accelerata delle singole finanze pubbliche. – 4. Precedenti germanici: le suggestive analogie con il piano Funk e con la c.d. “vendita di Dresda”. – 5. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio e l'allargamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo italiano a tutti i debiti pubblici delle Pubbliche Amministrazioni anche autonome. – 6. Il contenzioso amministrativo che verrà, se verranno attuate le previsioni del Trattato Internazionale sulla stabilità dell'Euro (il c.d. *Fiscal Compact*).

1. *Quando Diocleziano “tosava” le monete. Un sogno di stabilità che si trasforma in un incubo*

Il titolo della relazione che mi è stata assegnata è evidentemente ispirato al titolo di una mia raccolta recente di scritti: “Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche”¹.

È passato un po' di tempo da alcuni degli scritti ivi raccolti e non escludo che, sulla base di quello che dirò, qualche lettore osservi che il titolo giusto di questa relazione non sia più il sogno, ma l'incubo di Diocleziano. Anche perché alcuni avvenimenti recenti potrebbero suggerire qualche analogia con altre iniziative del nostro imperatore ancor più disastrose della sua pretesa di bloccare i prezzi con un editto.

* Relazione svolta al Convegno nazionale di studi organizzato dal Tribunale Amministrativo Regionale, Sezione di Lecce, a Lecce, il 23 e 24 maggio 2014 su “L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa”.

¹ Torino 2013.

A Diocleziano andò ancora peggio con una “manovra” monetaria che doveva fare da *pendant* all’editto sui prezzi. Si mise a “tosare” le monete per aumentare la circolazione monetaria², col risultato di inventare involontariamente una legge economica riportata poi per secoli nei manuali di economia: che “la moneta buona scaccia quella cattiva”. Perché, come si può vedere anche dai bassorilievi dell’epoca, i negozianti e i cambiavalute si munirono di una bilancia per scartare le sue monete “tosate” che pesavano meno di quelle “buone”.

Anche qui qualcuno potrebbe trovare qualche analogia con i recenti provvedimenti della Banca Centrale Europea che, invece di allargare la base monetaria, come sarebbe stato forse opportuno, ha intrapreso la “via indiretta” di incidere sulla liquidità monetaria acquistando sul mercato secondario, cioè sul mercato normale dei titoli obbligazionari, titoli del debito pubblico emessi da Paesi dell’Unione che hanno adottato come moneta comune l’Euro o di accordarsi con la Banca Centrale d’Inghilterra per rilanciare le cartolarizzazioni bancarie (le c.d. ABS), causa prima della crisi finanziaria statunitense, al fine di aumentare, artificialmente, la liquidità bancaria. Come dire giocare col fuoco dopo essersi scottati³.

Ma, al di là di queste suggestioni puramente retoriche fra accadimenti di epoche così diverse che li rendono, in realtà, incomparabili, è il caso di vedere schematicamente come stanno le cose all’interno della comunità dell’Euro, per vedere poi se i provvedimenti adottati, e quelli che potranno essere adottati, hanno avuto, o avranno, qualche incidenza sulla giurisdizione amministrativa, così come prevista nell’ordinamento italiano.

² Cfr. A. CAMERON, *Il tardo impero romano*, Bologna 1993, 55 ss.

³ Il documento comune fra la BCE e la Bank of England è riassunto su “Il Sole 24 ore” del 12 aprile 2014 dove è riportata anche la seguente definizione degli *Asset backed securities* (“*Gli Asset backed Securities (Abs) sono strumenti finanziari, emessi a fronte di operazioni di cartolarizzazione, del tutto simili alle normali obbligazioni. Il procedimento di creazione di un Abs è l’atto con cui una banca o società finanziaria scorpora dal suo bilancio una serie di crediti, per esempio mutui, li ‘impacchetta’ e li cede sul mercato tramite una società veicolo creata appositamente. Il veicolo, a sua volta, emetterà delle obbligazioni le cui cedole vengono pagate con i rimborsi dei crediti (per esempio le rate dei mutui). I crediti ceduti sono costituiti a garanzia del pagamento delle obbligazioni emesse*”). Che è la stessa cosa, con marginali variazioni, dei subprime di Freddie Mac e Fannie Mae che innescarono la crisi statunitense e, a seguire, quella mondiale, europea compresa. Per i guasti provocati dalle cartolarizzazioni del rischio di credito si rinvia alle ampie e analitiche rassegne di F. COLOMBINI, A. CALABRÒ, *Crisi globale e finanza innovativa. Irrazionale creazione, trasferimento e moltiplicazione del rischio di credito*, Torino 2009 e ID., *Crisi finanziarie. Banche e Stati. L’insostenibilità del rischio di credito*, Torino 2011.

Per comprendere gli avvenimenti recenti che hanno inciso sul governo dell'economia in sede di Eurosystema e nell'ordinamento italiano conviene partire dal principio, dal presupposto principale, per vedere la "foresta" e non disperdersi nella classificazione degli alberi, o magari delle loro radici e delle loro foglie, come invece fa buona parte della sterminata letteratura giuridica, economica e politologica che si è accumulata sulle "avventure" dell'Euro e del suo governo⁴.

2. *Mentre i Paesi Euro "convergevano" le loro finanze pubbliche arriva la crisi economica mondiale. L'incongrua risposta dell'Unione Europea*

In principio era l'Euro.

Ad un certo momento della sua storia la Comunità Europea, o meglio quasi tutti i Paesi che in quel momento aderivano alla Comunità Europea, decisero di fare un ulteriore passo avanti verso la costituzione di un ordinamento federale adottando una moneta comune che circolasse nel comune mercato che avevano costituito.

Forti del brocardo "dove c'è Stato c'è moneta, e dove c'è moneta c'è Stato", ritennero che l'adottare un'unica moneta, dopo aver sperimentato varie forme di legami automatici fra le monete dei singoli Stati⁵, potesse essere la via per addivenire ad uno Stato federale.

Ma l'adozione di un'unica moneta fu accompagnata dalla contemporanea adozione di una organizzazione di governo della nuova moneta, implicante un sistema di governo della politica economica dell'intera comunità che si apprestava a diventare un'unione semifederale, così come esplicitato anche nel nome: da Comunità a Unione Europea.

Si trattava del modello di governo funzionale alla stabilità economica, già da tempo sperimentato dalla Repubblica Federale Tedesca dalla c.d. *Stabilitätsgesetz* che persegue la stabilità dei prezzi attraverso il c.d. "triangolo magico", determinato dall'equilibrio tra base monetaria,

⁴ E come tale non utilizzabile per capire il significato di quanto è accaduto, o sta accadendo, nel "governo" dell'economia Euro. Una rassegna pressoché completa di tale letteratura si può trovare nei lavori raccolti a cura di M.E. BARTOLONI, A. CALIGIURI, B. UBERTAZZI, *L'Unione Europea e la riforma del governo economico della zona Euro*, Napoli 2013.

⁵ Sui quali, anche per i profili giuridico-istituzionali, si rinvia a R.S. MASERA, *L'unificazione monetaria e lo SME. L'esperienza dei primi otto anni*, Bologna 1980 e F. MERUSI, P.C. PADOAN, F. COLASANTI, G.C. VILELLA, *L'integrazione monetaria dell'Europa. Aspetti economici e politico-istituzionali*, Bologna 1987.

spesa pubblica e rapporto di cambio con le altre monete (in particolare col dollaro, moneta di riferimento del mercato mondiale)⁶.

Per la base monetaria viene creata la BCE, una banca centrale federale.

Rimane il problema della spesa pubblica, punto nevralgico di ogni organizzazione federale (o comunque fondata su centri autonomi di spesa) che voglia realizzare il triangolo magico con una “legge di stabilità”⁷.

La soluzione adottata è quella della “convergenza” progressiva del lato della spesa pubblica dei vari Paesi dell’Unione aderenti all’Euro.

Ma “convergenza” verso quale meta?

Verso una funzione federale sostitutiva, come di solito accade nel momento in cui si passa dagli Stati singoli ad una federazione? Invece di tanti eserciti un solo esercito, come sarebbe accaduto anche in Europa se gli Stati della Comunità Europea avessero, tanti anni fa, ratificato il trattato della CED?⁸.

Per il momento ci si accontenta di una convergenza procedurale che non si sostituisce alla funzione “esecutiva” dei singoli Stati. I singoli Stati dovranno convergere, coordinando le loro politiche di bilancio, verso la *media* delle finanze pubbliche dei singoli Paesi Euro esistenti al momento del passaggio all’unione monetaria, così come esplicitato in un protocollo al Trattato di Maastricht, il protocollo n. 12: “*I valori di riferimento ... del trattato sul funzionamento dell’Unione europea sono: il 3% per il rapporto fra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato; il 60% per il rapporto fra il debito pubblico e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato*” che non sono numeri arbitrari, come spesso si legge, bensì il riferimento alla media della

⁶ Sulla *Stabilitätsgesetz* e sulle sue origini si rinvia a F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino 2013, 19 ss.

⁷ La “compattazione” della finanza pubblica a fini di governo dell’economia costituisce il principale problema della finanza pubblica dei Paesi federali, o, comunque, caratterizzati da amministrazioni autonome nella spesa.

Il tema, ampiamente trattato negli studi di finanza pubblica, è stato oggetto anche dell’ultima riunione degli studiosi di diritto pubblico di lingua tedesca nella quale si veda in particolare la relazione di E. REIMER, *Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Zukunftsgestaltung durch öffentliches Recht*, con relazioni di U. HALTERN e E. REIMER su *Die künftige Ausgestaltung der Bundesstaatlichen Finanzordnung*, Berlin 2014, 103 ss.

⁸ Sulle vicende che segnarono il fallimento della progettata Comunità Europea di Difesa si rinvia a B. OLIVI, *L’Europa difficile. Storia politica della Comunità Europea*, Bologna 1993, 39 ss.

situazione esistente nella finanza pubblica dei vari Paesi dell'Unione sul presupposto del verificarsi di due altri indicatori di "garanzia" della stabilità dei prezzi, un aumento annuo del PIL del 5% (medio) e di una inflazione riferita alla nuova moneta unica del 2%.

Va da sé che se i lati del triangolo si muovono, essi vanno "governati" per riportarli in equilibrio.

La stabilità dei prezzi è un fine primario, la convergenza delle finanze pubbliche dei vari Stati dell'Unione federale, zoppa dal lato della finanza pubblica, un fine contingente, transitorio, strumentale al conseguimento della omogeneità di uno dei lati del triangolo magico: la finanza pubblica di una federazione finanziaria per il momento solo procedurale.

Gli Stati della nuova unione monetaria stavano facendo prove di convergenza anche del lato della finanza pubblica (essenzialmente di ridurre i casi di indebitamento "eccessivo" in quanto superiore al 60% del PIL) quando è intervenuta la crisi economica innescata dal mercato finanziario degli Stati Uniti.

Per la "nascente" convergenza delle finanze pubbliche dei Paesi Euro è un po' come se a metà del guado fossero arrivati, come alla Berecina, gli ussari dello Zar. Una catastrofe sicura, da affrontare con mezzi straordinari, magari sacrificando la retroguardia

Ma vediamo come ha reagito la neonata unione monetaria all'evento imprevisto...

3. *Quel che non si è fatto, e si doveva fare, e quel che si è fatto, ma non si doveva fare: la convergenza coatta ed accelerata delle singole finanze pubbliche*

Le cause della crisi economica proveniente dagli Stati Uniti, a differenza delle cause della generale crisi del 1929 a tutt'oggi controverse, almeno in letteratura, sono questa volta note: è una crisi, non economica, ma finanziaria derivante dalla cartolarizzazione di un rischio di credito. L'emersione del rischio di credito nel sottostante cartolarizzato provoca, a catena, la crisi di ogni titolo connesso per il quale può profilarsi errato il calcolo delle probabilità in base al quale è stato valutato il rischio di insolvenza del sottostante⁹.

La crisi finanziaria penetra anche in Europa estendendosi prima alle banche di alcuni Paesi e poi ai titoli del debito pubblico.

⁹ Amplius sull'argomento i già citati lavori di COLOMBINI e CALABRÒ.

Ma nei Paesi dell'Euro non in maniera omogenea, in alcuni Paesi, in particolare dove il rischio di insolvibilità dei sottostanti bancari o di quella particolare cartolarizzazione rappresentata dal debito pubblico, poteva apparire più elevata.

Va da sé che la crisi della finanza, pubblica o privata, si trasmette immediatamente all'economia reale, facendo venir meno, o riducendo, gli investimenti e, a seguire, i consumi.

Come reagire all'arrivo degli ussari dello Zar, avanguardia sicura dei cosacchi?

Se la reazione dei marescialli napoleonici alla Beresina è ancora oggi citata nei manuali delle Accademie militari come esempio di risposta tattica immediata, efficace, fondata sul sacrificio consapevole di una parte per salvare il grosso dell'esercito, di una parte per il bene della generalità, è invece del tutto improbabile che la risposta dell'unione monetaria all'"infezione" finanziaria statunitense sarà citata in futuro nei manuali di macroeconomia, se non forse fra gli esempi da non seguire in un sistema economico federale, o semifederale.

Trattandosi di una crisi finanziaria nel triangolo magico finalizzato alla stabilità, la risposta tattica sarebbe stata di competenza della Banca centrale, della BCE. Allargando la base monetaria, intervenendo sulla liquidità bancaria e sui titoli pubblici aggrediti dalla crisi, sia in maniera diretta, sia in maniera indiretta sul mercato dei titoli pubblici, in maniera generalizzata o selettiva a seconda dei punti in cui la crisi si manifestava.

Ma la BCE non era dotata, almeno espressamente, di poteri di questo tipo, o almeno, anche se poteri del genere erano identificabili in via interpretativa¹⁰, i rappresentati degli Stati dominanti nel suo Consiglio di Amministrazione si opposero alla loro applicazione per paura degli effetti inflattivi (contrari quindi alla stabilità dei prezzi) di tali provvedimenti o all'ossessione, manifestatasi in un Paese, amante del diritto anche con ricorsi giurisdizionali alla Corte Costituzionale¹¹, che intervenendo,

¹⁰ Per la descrizione dei poteri della BCE e dei loro limiti, veri o presunti tali per interpretazione riduttiva, si rinvia a S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino 2013; C. ZILIOLI, M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Milano 2007; T. PADOA-SCHIOPPA, *L'euro e la sua banca centrale. L'unione dopo l'Unione*, Bologna 2004; A. MALATESTA, *La Banca Centrale Europea. Gli aspetti istituzionali della banca centrale della Comunità europea*, Milano 2003 e M. PELLEGRINI, *Banca Centrale Nazionale e Unione Monetaria Europea. Il caso italiano*, Bari 2003.

¹¹ Per un elenco delle sentenze emesse dal *Bundesverfassungsgericht* in seguito a ricorsi anticomunitari resi possibili in un ordinamento nel quale è possibile il ricorso diretto alla Corte Costituzionale si rinvia M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue in-*

non in generale, ma su singoli punti di crisi (ad esempio su singole crisi bancarie ancorché sistemiche o sull'acquisto dei titoli pubblici di un singolo Stato) qualche membro dell'Unione finisse per svolgere una funzione "federale" a favore dei singoli "federati", visto che una convergenza, ancorché mediana, sul lato della finanza pubblica era ancor in là da venire ... Qualche intervento sul lato monetario da parte della BCE è arrivato, ma tardi, quando già la crisi si era pesantemente trasferita sull'economia reale e entro limiti che, come abbiamo accennato, ricordano le "tosature" di Diocleziano

La risposta dell'Unione, in quanto organizzazione semifederale, è stata ancor peggio che assente come quella della banca federale: è stata del tutto incongrua.

Anziché rivedere i criteri di "convergenza" nelle finanze pubbliche dei singoli Stati in modo da adattarli alle esigenze dell'"equilibrio del triangolo magico" in presenza di una crisi finanziaria che si stava trasferendo all'economia reale, l'Unione ha deciso di accelerare la convergenza delle singole finanze pubbliche verso una "mediana" non più esistente, nel rispetto di parametri predeterminati resi privi di significato dalla scomparsa del parametro presupposto ormai travolto dalla crisi economica generalizzata, l'aumento del PIL del 5% ormai ridottosi quasi dovunque, a causa della crisi dell'economia reale, a pochi decimali di punto, dopo esser sceso in qualche caso sotto lo zero.

E con strumenti giuridici coattivi. Con regolamenti e direttive, il c.d. Six Pack (cinque regolamenti e una direttiva finalizzata ad intervenire preventivamente nel procedimento di formazione dei bilanci statali nazionali e nella correzione di eventuali squilibri economici, in particolare nella riduzione del deficit e di indebitamenti eccessivi), al quale ha fatto seguito una specie di "patto" di sangue fra i Paesi dell'Eurozona (fatta esclusione per la Repubblica Ceca che non ha ratificato il Trattato) per realizzare la convergenza tenendo conto della situazione differenziata delle finanze pubbliche dei singoli Stati che hanno adottato l'Euro¹².

Giuridicamente il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria (meglio noto nella definizione gergale di *Fiscal Compact*) non è una interpretazione del Trattato

fluenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni, in *Riv. Ital. Pubbl. Comunitario* 2013, 13 ss.

¹² Una cronaca delle convulse iniziative dell'Unione Euro si può leggere in M.P. CHITI, *La crisi del debito*, cit., e nei singoli Paesi senza intervento dell'Unione in G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e le misure di "riduzione dello Stato"*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2010, 1303 ss.

dell'Unione, del Trattato di Lisbona, bensì è un trattato di diritto internazionale fra alcuni Stati aderenti all'Unione che hanno adottato l'Euro e non fra tutti perché, come si è accennato, la Repubblica Ceca si è rifiutata di ratificarlo. Perché l'Italia vi abbia aderito, praticamente senza dibattito politico nell'ambito delle sue istituzioni governative e parlamentari (solo tre deputati, e fra questi un professore di economia monetaria, votarono contro la ratifica del Trattato e a titolo personale ...), risulta misterioso, viste le conseguenze che ne derivano e ne deriveranno¹³.

Perseguire la convergenza delle singole finanze pubbliche dei singoli Paesi Euro senza tener conto della variabile sopravvenuta della crisi economica, mutando se del caso le procedure, i tempi e gli indici di riferimento per la convergenza, non poteva che avere, come ha avuto, che una conseguenza: aggravare la crisi dell'economia reale nei Paesi in difetto rispetto alla media individuata per raggiungere la convergenza e aumentare il divario fra l'andamento dell'economia reale dei Paesi sotto media di convergenza rispetto a quelli sopra media. Si impone infatti fin da subito l'obbligo del pareggio di bilancio, da sancire con previsioni costituzionali, in modo da impedire deficit produttivi di ulteriori indebitamenti pubblici. Si riafferma l'indice dell'indebitamento inferiore al 60% del rapporto indebitamento PIL, da raggiungere da chi ha un "disavanzo eccessivo" al ritmo "medio di un ventesimo all'anno" dell'eccedenza del 60% sotto il "partenariato della Commissione e del Consiglio europeo", cioè nei modi e nei tempi suggeriti ed imposti o controllati (il c.d. monitoraggio nel contesto delle procedure di sorveglianza già previste) dai due organi di governo dell'Unione. Un passaggio alla federazione del lato della finanza pubblica, ancorché in *negativo*. Non per governare la finanza pubblica di una federazione neo costituita per Trattato internazionale, ma per costringere alla convergenza in tempi forzati le finanze pubbliche dei singoli Stati federati ancora divergenti da una media ritenuta ottimale, ancorché privata di un contesto di riferimento dalla sopraggiunta crisi, prima finanziaria e immediatamente dopo, conseguentemente, economica. Una soluzione del tutto incongrua dettata dal timore di dover pagare debiti altrui, o dei possibili effetti inflazionistici di interventi dal lato monetario, da parte dei Paesi, in particolare la Repubblica Federale di Germania, sotto media di convergenza nel lato della finanza pubblica e perciò particolarmente esposti al rischio di un contributo "fe-

¹³ La cronaca degli avvenimenti e della "inerzia" politica italiana al momento della ratifica del Trattato si può leggere in A. BARBERA, S. FELTRI, *La lunga notte dell'Euro*, Milano 2014.

derale” alla finanza pubblica dall'Eurosistema. Cioè ad un contributo federale positivo e non negativo, come quello che si è voluto imporre, a marce forzate, ai Paesi sottomedio.

E, trattandosi di soluzioni “tedesche”, qualche storico dell'economia ha trovato naturale cercare qualche analogia con precedenti di storia economica tedesca. E infatti qualche analogia c'è fra il *Fiscal Compact* combinato all'Eurosistema con il c.d. piano Funk elaborato al tramonto del Terzo Reich e fra il partenariato con la Commissione europea imposto ai singoli Stati sopramedio per ridurre il debito pubblico eccessivo, e la c.d. vendita di Dresda, che, nel 1746, portò all'azzeramento del debito pubblico del Ducato di Modena da parte del Principe elettore di Sassonia.

4. *Precedenti germanici: le suggestive analogie con il piano Funk e con la c.d. “vendita di Dresda”*

Mentre la seconda guerra mondiale volgeva al termine, mentre i russi dilagavano nelle pianure polacche e gli alleati risalivano verso Nord dopo esser sbarcati in Normandia, il governo del Terzo Reich si pose il problema di quale avrebbe dovuto essere l'assetto economico del continente europeo se i tedeschi avessero vinto la guerra ... se cioè avessero esteso il Reich a mezza Europa e fossero stati attorniti da Stati satelliti, come l'Italia e la Spagna. Fu costituita una commissione di esperti presieduta dal Ministro dell'Economia Funk, la quale elaborò un piano più volte esplicitato nelle sue linee generali dallo stesso Funk, donde appunto il nome di piano Funk¹⁴:

- in economia il grande spazio al quale faceva riferimento l'ideologia nazista doveva coincidere con l'Europa, dall'Atlantico agli Urali;
- lo spazio europeo così delimitato doveva costituire un unico mercato;
- ad un unico mercato doveva corrispondere un'unica moneta, il marco, con conseguente conversione nel marco delle monete degli Stati europei non ricompresi nel Reich;

¹⁴ Sul piano Funk e sulle sue vicende si rinvia a P. FONZI, *Nazional-socialismo e Nuovo ordine europeo. La discussione sulla Großraumwirtschaft in Germania durante la seconda guerra mondiale*, in *Studi storici* 2004, 313-365. L'attivismo di Walter Funk a proposito del futuro dell'economia europea, o comunque dei Paesi sui quali era immaginabile un influsso tedesco in caso di vittoria del Reich, si spiega anche col fatto che Funk era stato sostanzialmente privato di funzioni effettive, poiché la direzione dell'economia di guerra del Reich era stata affidata a Göring. Cfr. H-U. THAMER, *Il Terzo Reich. La Germania dal 1933 al 1945*, Bologna 1993, 136 ss.

- il mercato europeo doveva essere concorrenziale fra conglomerati (i *Konzernen*) di imprese private (con esclusione delle imprese pubbliche anche nella forma della pubblica determinante e perciò anche del modello IRI italiano¹⁵ e della sua imitazione introdotta in Germania da Göring nel settore della metallurgia¹⁶);

- dal punto di vista produttivo le imprese private dovevano seguire la vocazione naturale già delineatasi durante l'economia di guerra: la produzione industriale doveva concentrarsi in Germania, mentre gli Stati satelliti, l'Italia e la Spagna, avrebbero dovuto seguire la loro vocazione prevalentemente agricola e turistica.

Come è facile constatare, le analogie sono sorprendenti: c'è un unico mercato europeo nel quale concorrono imprese private; c'è un'unica moneta; mentre la "guerra", nella versione finanziaria produttiva di una crisi economica, determinerà una posizione egemone degli Stati, *in primis* la Repubblica Federale di Germania, che, essendo inferiori alla media europea della finanza pubblica al momento dell'introduzione dell'Euro, non sono costretti a convergere e perciò ad accentuare la crisi economica nel loro Paese. Una sorta di selezione naturale come quella determinatasi a seguito dell'economia di guerra ... quella vera, della seconda guerra mondiale.

Con una differenza: che fortunatamente il piano Funk rimase pura teoria, mentre il *Fiscal Compact* è in corso di attuazione.

E quanto al c.d. partenariato con Stati che hanno un debito pubblico eccedentario, al di là della moderna terminologia, si tratta di ingiungere allo Stato eccedente di alienare, con procedure più o meno sofisticate, parte del proprio "patrimonio nazionale" per diminuire il debito. Magari i cento quadri della galleria estense ceduti ad Augusto III di Sassonia dal Duca di Modena¹⁷.

Un'idea che è poi venuta in mente al primo Ministro finlandese per intervenire sul debito pubblico della Grecia ... naturalmente con riferimento, non a quadri, ma a sculture che avrebbero dovuto essere date in garanzia di un prestito ...¹⁸. Forse perché il proponente era reduce dai

¹⁵ Venivano espressamente rifiutati sia il corporativismo che lo statalismo imprenditoriale italiano seguiti sia dal Portogallo che dalla Spagna franchista.

¹⁶ Che con la modestia che lo contraddistingueva, erano denominati "stabilimenti del Reich Herman Göring". Le soluzioni del piano Funk si spiegano anche in base alle tensioni esistenti fra i due gerarchi. Funk era considerato vicino agli industriali privati tedeschi.

¹⁷ Sulla vicenda della c.d. vendita di Dresda si rinvia a J. WINKLER, *Storia di un acquisto straordinario* in J. WINKLER (a cura di), *La vendita di Dresda*, Modena 1989, 27 ss.

¹⁸ Il fatto è narrato in A. BARBERA-S. FELTRI, *La lunga notte dell'Euro*, cit.

recenti festeggiamenti di Dresda per il centenario di Augusto il Forte, nei quali era stato messo in risalto in più modi che l'unico merito per il quale era ricordato il suo successore, Augusto III¹⁹, era la "vendita di Dresda", cioè l'intervento per ripianare il "gran debito" del Duca di Modena ... che aveva portato all'acquisizione dei cento quadri della galleria estense²⁰.

Ma si sa, il ricordo del passato difficilmente distoglie da errori del presente. Al massimo si può provare un gran dolor ... per essere costretti a fare un viaggio fino a Dresda per ammirare "La notte" del Correggio.

5. *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio e l'allargamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo italiano a tutti i debiti pubblici delle Pubbliche Amministrazioni anche autonome*

Lasciamo per il momento gli effetti economici dell'aver reagito alla crisi economica importata dagli Stati Uniti con una accelerazione della "convergenza" delle finanze pubbliche degli Stati Euro per vedere quali sono stati e quali potranno essere gli effetti giuridici della "convergenza" forzata ed accelerata nell'ordinamento italiano.

Diligentemente lo Stato italiano ha recepito in Costituzione il principio del pareggio di bilancio. Come voleva il *Fiscal Compact*²¹.

¹⁹ Per la politica culturale di Augusto III v. anche F. HASKELL, *Mecenati e pittori*, Firenze 1966, 410 ss.

²⁰ "Scacciato dalla sua residenza dopo aver subito sconfitta dopo sconfitta insieme agli alleati spagnoli, nel timore di dover subire, oltre agli insuccessi politici e militari, anche una bancarotta finanziaria: questa è tra la fine del 1743 e l'inizio del 1744 la situazione del duca Francesco III di Modena. E proprio in questa situazione, per caso o per calcolo astuto, gli si offre la possibilità di guadagnare senza grandi sforzi una notevole somma di denaro. L'offerta viene dalla Sassonia, da quel principato che negli ultimi cinquant'anni ha trovato uno spazio sempre più importante nella politica europea ed ha conosciuto un progresso economico e uno splendore culturale crescenti. La Sassonia doveva la sua importante posizione di forza politica alla evoluzione economica, che si era realizzata rapidamente all'epoca di Augusto il Forte e che l'aveva collocata nei decenni seguenti ai primi posti tra i paesi manifatturieri d'Europa". Così J. WINKLER, *Storia di un acquisto*, cit. 37. La pubblicazione della ricerca è stata promossa da un giurista particolarmente sensibile al diritto pubblico dell'economia, Gustavo Vignocchi. Si direbbe con spirito profetico. Ma, come spesso accade, i profeti non godono della simpatia dei posteri. Vignocchi è stato infatti dimenticato nel recente *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONI, M.N. MILETTI, Bologna 2013.

²¹ Sulle conseguenze di tale recepimento v. da ultimo E. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali* 2014, 51 ss ed ivi indicazioni sulla letteratura formatasi in proposito.

Ma nel far ciò la novella costituzionale del 20 aprile 2012 si è preoccupata di “compattare” l’intero lato della finanza pubblica, comprendendo nella disciplina del debito pubblico anche il debito degli enti locali (Comuni, Province, città metropolitane e Regioni), ad imitazione di quanto era accaduto anche nell’ordinamento federale tedesco dopo l’introduzione della *Stabilitätsgesetz*²².

Dopo aver mutato la disciplina costituzionale dell’indebitamento delle autonomie locali all’art. 119, la novella ha poi stabilito, in generale, all’art. 97, che “*le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, assicurano l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*”, compreso evidentemente anche quello degli enti locali nei limiti e con la disciplina particolare prevista dall’art. 119.

Ma, se è così, la “compattazione” della finanza pubblica ha una rilevante conseguenza giurisdizionale: la giurisdizione esclusiva in materia di debito pubblico prevista dall’art. 133 c.p.a., il quale ripete una norma di un decreto sabauda risalente al 1819 passato indenne attraverso tutte le normazioni sul “contenzioso” amministrativo susseguitasi fino al recente codice del processo amministrativo²³, si estende anche al debito pubblico delle autonomie locali. Alle emissioni obbligazionarie e ai contratti ad esse connessi (come ad esempio i contratti assicurativi e le garanzie fideiussorie). Il che dovrebbe porre fine alla lunga *querelle* sulla giurisdizione in materia di derivati contratti dagli enti locali in connessione ad emissioni obbligazionarie a lungo termine che ha visto di recente l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato cedere le armi alla Corte di Cassazione²⁴.

²² Cfr. in proposito la rassegna riferita all’ordinamento federale tedesco contenuta in G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino 2012.

²³ Fu persino escluso, nel 1865, dall’abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo con la deroga “premissa” all’allegato E con l’allegato D, nella legge di unificazione amministrativa nazionale.

²⁴ Si tratta della Adunanza Plenaria 5 maggio 2014, n. 13 la quale riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo solo per la procedura ad evidenza pubblica che precede la stipulazione del contratto derivato mentre riconosce la giurisdizione del giudice ordinario conformemente a quanto affermato dalla Corte di Cassazione per la stipulazione del contratto derivato come è di solito accaduto a proposito dei contratti derivati connessi alla negoziazione o rinegoziazione di contratti di debito pubblico a lungo termine. Per una rassegna della giurisprudenza in materia si rinvia a A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2013, 1116 ss., ma per il contenuto e la tipologia dei contratti derivati stipulabili con la pubblica amministrazione cfr. ora A. SCOGNAMIGLIO, *La ristrutturazione del debito degli enti pubblici ed il problema dei derivati*, in corso di pubblicazione.

La questione in realtà si complica anche dopo la comparsa della giurisdizione ammi-

Non si tratta più di decidere se si tratta di giurisdizione ordinaria o di giurisdizione amministrativa di legittimità sulle delibere di contrazione del contratto derivato, bensì di giurisdizione amministrativa esclusiva sul debito pubblico prima riservata al solo debito dello Stato. Per sopravvenienza costituzionale in “coerenza con l’ordinamento dell’Unione Europea”.

6. *Il contenzioso amministrativo che verrà, se verranno attuate le previsioni del Trattato Internazionale sulla stabilità dell'Euro (il c.d. Fiscal Compact)*

Ma fin dalle origini del “contenzioso amministrativo” alla francese, recepito in Italia dagli Stati napoleonici, al debito pubblico ha sempre fatto da *pendant* una procedura “innaturale” di estinzione: la vendita del “patrimonio nazionale” per destinarne il ricavato all’estinzione del debito.

Un caso giurisprudenziale di vendita di un bene “nazionale”, il caso Bogliacco, è, come è noto, addirittura all’origine dell’“invenzione”, da parte di Romagnosi, del diritto amministrativo come nuovo diritto con caratteristiche autonome e peculiari²⁵.

Ragionevole pensare che anche le procedure di riduzione forzata del debito pubblico italiano al ritmo del 20% annuo della parte eccedente il 60% (un altro 60% dal momento che il debito pubblico italiano supera il 120% del PIL!) possa produrre nell’immediato futuro un frequente contenzioso amministrativo, sia che si scelga la via delle “privatizzazioni”

nistrativa esclusiva a seguito dell’estensione costituzionale del debito pubblico anche alle amministrazioni locali poiché i contratti derivati finora stipulati contengono molto spesso una clausola di deroga alla giurisdizione nazionale in favore di altra giurisdizione (di solito quella inglese), mentre la deroga alla giurisdizione ordinaria, sia pur nei limiti di una interpretazione estremamente restrittiva in base alla quale basterebbe una domanda non connessa al contenuto del contratto per recuperare la giurisdizione nazionale anche con riferimento ad altre domande connesse ad oggetto contrattuale (cfr. in proposito Corte Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2012, n. 2926): per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la deroga è applicabile? La risposta dovrebbe essere positiva se si accetta l’impostazione della Corte di Giustizia Europea per la quale la deroga è esclusa solo per gli atti di esercizio del potere “sovrano” del quale non sono espressione né le delibere a contrarre né i contratti delle pubbliche amministrazioni.

²⁵ Per cui cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1814, ed. anastatica a cura dell’ISAP, Sala Bolognese 1985, 4 ss.

di “beni nazionali” (per i quali il c.p.a. all’art. 119 lett. c. prevede una procedura accelerata), sia che si scelgano altre vie “indirette” su imposizione coattiva del partner (il partenariato della Commissione europea).

Essendo del tutto da escludere che la riduzione del 20% annuo della parte che eccede il 60% richiesta dal *Fiscal Compact* possa avvenire “mantenendo il pareggio strutturale di bilancio” come ha curiosamente sostenuto di recente il Governatore della Banca d’Italia in una sede universitaria (il Collegio Borromeo di Pavia nella lezione magistrale tenuta il 25 marzo 2014: “L’uscita dalla crisi del debito sovrano: politiche nazionali, riforme europee, politica monetaria”).

Perché ciò accadesse, come riconosce lo stesso Governatore, occorrerebbe che aumentasse il PIL, se non nella misura prevista dall’originario protocollo di Maastricht del 5%, almeno in una misura superiore al 3%. Il che, continuando l’attuale crisi dell’economia reale, appare quanto meno improbabile...²⁶. Più probabile quindi che il c.d. partner se ne esca con qualche “vendita di Dresda”.

Sulla cui legittimità si potrebbe già avanzare qualche dubbio da spendere in sede di contenzioso amministrativo, utilizzando non argomenti di diritto amministrativo come nello storico caso Bogliacco, ma di diritto internazionale.

Abbiamo visto che il *Fiscal Compact* non è una fonte comunitaria, né dell’Unione, né dell’Eurosistema, bensì un normale trattato internazionale²⁷. Esso è cioè il presupposto di atti amministrativi dell’amministrazione italiana, così come in via esecutiva è la fonte della legittimità di atti

²⁶ Persino l’ottimistico European Recovery Plan della Commissione Europea nel 2009 non andava oltre un complessivo 1,5% del PIL, poi non verificatosi. Cfr. in proposito M.T. SALVEMINI, *L’Europa e la crisi*, in *Queste Istituzioni* 2009, 2 ss.

²⁷ Così come è un trattato internazionale, e non una normazione comunitaria, la fonte del tardivo e ormai scarsamente efficace tentativo, dopo aver sperimentato organizzativamente una società di diritto privato di diritto lussemburghese (!), di creare un fondo di intervento federale a favore di singoli Stati in difficoltà finanziarie (il c.d. Meccanismo Europeo di Stabilità, in acronimo MES).

Questa volta per eludere l’art. 125 del Trattato dell’Unione il quale prevede che “L’Unione non risponde, né si fa carico, dagli impegni assunti dalle amministrazioni statali”, norma richiesta dai Paesi che temevano che la “federazione” finisse per pagare i debiti dei singoli Stati. Sulla contorta vicenda del MES, che ha trovato marginali applicazioni a favore del Portogallo, dell’Irlanda e della Grecia, si rinvia alla “cronaca” di G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell’Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 461 ss. Va da sé che quel che manca in queste contorte discipline organizzative funzionali è un governo, anche soltanto procedurale, dell’“equilibrio” del “triangolo magico”, necessario per conseguire la “stabilità economica”.

coercitivi degli organi di governo comunitari nei confronti di organi dell'amministrazione italiana.

Ma l'atto presupposto è ancora vigente, tenuto conto che non si è verificata, e ragionevolmente non si verificherà, la presupposizione sulla quale è fondato il trattato, e che cioè il PIL italiano aumenti del 5% quando invece siamo a decimali dello zero, e che l'inflazione oscilli attorno al 2%, quando invece si sta avvicinando allo zero in seguito al determinarsi di una curva deflattiva? O quanto meno se ne può chiedere la sospensione dell'efficacia di alcune prescrizioni che risultano condizionate da fatti non verificatisi?

Trattandosi di un normale trattato internazionale dovrebbe ritenersi sottoposto alla Convenzione di Vienna che disciplina le cause di invalidità e/o di sospensione dell'efficacia dei trattati internazionali, sempreché tutti i Paesi aderenti al trattato l'abbiano ratificata (ad esempio la Convenzione, che è del 1969, è stata ratificata dall'Italia solo nel 1980), altrimenti dovrebbero applicarsi i principi generali in materia di validità e vigenza di convenzioni desunti dal diritto romano comune. E, fra le cause di invalidità, potrebbe addursi il non verificarsi della presupposizione (che vi sia un aumento annuo del PIL adeguato per giustificare il rientro del debito pubblico) oppure, nell'attesa che si verifichi il fatto presupposto, la sospensione dell'efficacia, in tutto o in parte, di alcune clausole del trattato.

Con conseguente ricorso al contenzioso internazionale, così come previsto dalla Convenzione di Vienna, oppure alla denuncia unilaterale nel caso di non applicabilità di detta convenzione²⁸.

A tale ipotesi non si potrebbe opporre la clausola compromissoria contenuta nel Trattato secondo la quale, per dirimere eventuali liti sull'applicazione del Trattato, la Commissione europea e gli Stati aderenti al trattato possono adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea in funzione evidentemente di arbitro fra le parti, perché la clausola compromissoria si riferisce all'applicazione del Trattato, non alla sua validità o al suo venir meno per qualunque causa e giustificazione²⁹.

Salvo che qualche Stato aderente al Trattato non ne denunci unilate-

²⁸ Per una efficace sintesi della sterminata letteratura in materia di validità ed efficacia dei trattati internazionali si rinvia a G. GAJA, alla voce *Trattati internazionali* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 1989, 344 ss.

²⁹ Sul valore e gli effetti di tale clausola compromissoria si rinvia a G. RUGGE, *La competenza arbitrale della Corte di giustizia dell'UE e il Fiscal Compact*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario* 2013, 199 ss ed ivi una rassegna della letteratura formatasi sull'argomento.

ralmente la validità e non richieda con successo di addivenire ad una nuova normativa che preveda un sistema di governo del triangolo magico dell'Unione Euro funzionale alla ricerca dell'equilibrio, che tenga conto dello stato del ciclo economico anche per graduare i tempi e i modi della "convergenza" delle varie finanze pubbliche di singoli Stati Euro.

Ipotesi che renderebbe vane le precedenti ipotesi di una proliferazione di un contenzioso ad esito di procedure di convergenza così come prospettato nel *Fiscal Compact*. Proliferazione non solo internazionale, poiché nel contenzioso amministrativo interno, almeno nell'ordinamento italiano, si potrebbe invocare la illegittimità derivata di atti dell'amministrazione italiana per illegittimità (o sospensione dell'efficacia) del trattato internazionale presupposto e degli atti del suo recepimento nell'ordinamento italiano, con conseguente invalidazione di atti amministrativi che traggano origine dal *Fiscal Compact*.

Un futuro del quale non sembrano per il momento apparire segni ... donde il legittimo perdurare di un incubo simile a quello che tormentava Diocleziano quando "tosava" le monete.

Andrea Buratti

«PREFERIREI DI NO»

RINVII, DINIEGHI E OSSERVAZIONI PRESIDENZIALI NELLE CARTE DELL'ARCHIVIO STORICO DEL QUIRINALE

SOMMARIO: 1. L'apertura al pubblico dell'Archivio storico del Quirinale e la sua utilità per lo studio delle prassi costituzionali repubblicane. – 2. Il rinvio delle leggi e gli altri strumenti di interdizione dell'indirizzo legislativo di Governo e maggioranza. – 3. La presidenza Einaudi, dalla collaborazione con il Governo alle "prediche inutili". – 4. Il primo interventismo presidenziale nella funzione legislativa: le presidenze Gronchi e Segni. – 5. Le presidenze deferenti: da Saragat a Leone. – 6. L'abbandono della deferenza: Pertini e il ritorno del protagonismo presidenziale. – 7. Rinvii, osservazioni, dinieghi: la prima fase della presidenza Cossiga. Lo scontro sulla decretazione d'urgenza e il valore ordinamentale della legge n. 400. – 8. "Picconate" presidenziali: Cossiga nel biennio 1991-1992. – 9. Contropoteri presidenziali: verso una consuetudine costituzionale.

1. *L'apertura al pubblico dell'Archivio storico del Quirinale e la sua utilità per lo studio delle prassi costituzionali repubblicane*

Nel panorama della recente letteratura giuridica sul Presidente della Repubblica, efficacemente definita «alluvionale»¹, è possibile rinvenire un vivace interesse per la ricerca sulle fonti storiche e documentali in grado di svelare le radici e le prime affermazioni delle prassi costituzionali, e di collocare le attività del Presidente all'interno di un contesto politico ed istituzionale più comprensivo e dunque più chiaro. La dottrina segnalava da tempo un forte disagio per la difficoltà di ricostruire con precisione lo sviluppo delle prassi presidenziali², così come per la correlata necessità di procedere «attraverso notizie o indiscrezioni giornalistiche»³. I lavori più recenti hanno cercato di far fronte a questo disagio ricorrendo ai contatti

¹ M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in *Rivista Aic*, 1/2014, 1.

² A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Roma-Bari 1985, VII.

³ V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica e controllo in sede di emanazione dei de-*

personali⁴, allo scavo nelle fonti giornalistiche⁵, oppure alle raccolte degli atti presidenziali elaborate ad uso interno dal Segretariato generale della Presidenza della Repubblica⁶. Queste fonti, tuttavia, presentano dei limiti: quelle personali così come quelle giornalistiche sono fonti indirette, che non garantiscono l'esattezza dei dati né la loro veridicità; le raccolte curate dal Segretariato generale, a loro volta, hanno riprodotto i materiali ufficiali, ma isolando l'attività presidenziale dalla dialettica istituzionale in cui essa ha preso forma e dalla interazione con gli altri attori istituzionali, decontestualizzandola e rendendola poco comprensibile.

A partire dal 2009 l'analisi diretta delle fonti documentali è divenuta possibile grazie all'apertura al pubblico dell'Archivio storico della Presidenza della Repubblica, con sede in Palazzo sant'Andrea, in via del Quirinale⁷. Istituito nel 1996 tramite l'accorpamento e la razionalizzazione di depositi separati precedentemente gestiti da diversi uffici, l'Archivio conserva tutta la documentazione relativa agli affari conclusi trasmessi dagli uffici di supporto del Capo dello Stato. All'interno dell'Archivio, di massimo rilievo è la sezione costituzionale, suddivisa, per ogni settimana, in diverse voci che rimandano alle funzioni presidenziali. La trasmissione all'Archivio di questa ingente mole di documentazione dagli uffici che fino a quel momento la custodivano ha dunque favorito un accesso più largo ai documenti.

creti-legge, in *Quad. cost.*, 1989, 542. Cfr. ora M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, in *Pol. Dir.*, 3/2009, 427.

⁴ G. GUIGLIA, *L'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi*, Torino 1991.

⁵ È soprattutto il caso di G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica e l'emanazione degli atti con forza di legge*, Torino 2000, spec. 139 ss., e D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, Milano 2011.

⁶ P. VIPIANA, *L'emanazione presidenziale degli atti governativi con forza di legge*, Padova 2012.

⁷ In seguito all'adozione dell'apposito regolamento, l'Archivio è stato aperto al pubblico, sebbene con le limitazioni vigenti per l'accesso ai documenti attinenti alla politica interna ed estera e a quelli contenenti dati sensibili, ai quali è possibile accedere solo dopo, rispettivamente, cinquanta e quaranta anni, a meno di autorizzazione alla consultazione anticipata.

Ho avuto la possibilità di accedere all'Archivio storico del Quirinale durante la collaborazione all'allestimento della mostra sul Quirinale nell'Italia unita, organizzata dalla Presidenza della Repubblica quale evento di chiusura delle celebrazioni per il centocinquantesimo dell'unità (*Il Quirinale. Dall'Unità dall'Italia ai nostri giorni*, Roma, Palazzo del Quirinale 30 novembre 2011 – 17 marzo 2012, a cura di Paola Carucci e Louis Godard). Desidero ringraziare la professoressa Paola Carucci, direttrice dell'Archivio, per i preziosi colloqui quotidiani e la guida nella ricerca. I materiali consultati presso l'Archivio saranno qui citati con l'abbreviazione ASPR (A.C.).

Diversi recenti lavori di taglio storico hanno attinto ai materiali dell'Archivio. Al contrario, nel panorama della letteratura costituzionalistica questa preziosa fonte appare ancora trascurata⁸. Eppure, la consultazione dei materiali archivistici conservati presso la Presidenza della Repubblica risulta di fondamentale importanza per la ricostruzione degli istituti costituzionali alla luce delle prassi, e fornisce un materiale ricostruttivo molto più ampio rispetto a quello emerso dalle altre fonti indirette fin qui compulsate.

Basti un esempio, su di un tema che pure esula dall'oggetto specifico di questo scritto: nell'autunno del 1975 il Presidente Leone assume l'iniziativa di presentare un articolato messaggio alle Camere, contenente una propria valutazione sullo stato del Paese e l'indicazione di prioritarie linee di riforma legislativa⁹. Prima di allora, solo il Presidente Segni aveva fatto ricorso al potere di messaggio, peraltro sollevando un problema molto specifico, relativo all'opportunità della previsione costituzionale di un divieto di rielezione del Presidente della Repubblica e la conseguente abrogazione del c.d. semestre bianco¹⁰. Predisposta la bozza del messaggio, Leone lo trasmette alla Presidenza del Consiglio «in visione». Il Presidente del Consiglio Aldo Moro replica con un lungo elenco di osservazioni: rifiuta espressioni quali «incompleta attuazione della Costituzione», additando rischi di «deformazioni»; difende le prerogative del Governo circa la sua organizzazione interna, contestando il diritto del Presidente di ingerirsi in tali ambiti; suggerisce sostituzioni di parole e soppressioni di interi righi, anche per ragioni di opportunità, rispetto a temi oggetto di polemica politica che potrebbero minare l'accordo tra i partiti di maggioranza¹¹. Siamo ben lontani, come si vede, da quel «paio

⁸ Con la pregevole eccezione di I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano 2011, 239 ss.

⁹ Il testo del messaggio è in *Atti Camera*, 15 ottobre 1975. Come è noto, le reazioni politiche furono molto fredde: per evitare di assumere esplicitamente una posizione sul contenuto del messaggio, le Camere ritennero di non svolgere un dibattito parlamentare in merito (cfr. lo *speech* del Presidente del Senato Spagnoli in *Atti Senato*, 22 ottobre 1975). Leone non nascose il proprio disappunto per la scarsa attenzione riservata dalle forze politiche al messaggio (cfr. la lunga intervista rilasciata ad "Epoca" dell'8 novembre 1975).

Rilevante anche il dibattito sulla stampa suscitato dal messaggio: A.M. SANDULLI, *La voce della coscienza degli italiani*, in *Il Tempo*, 16.10.1975; L. ELIA, *Tutto nel segno della Costituzione*, in *Il Giorno*, 16.10.1975; A.C. JEMOLO, *Il dovere della parola*, in *La Stampa*, 26.10.1975.

¹⁰ È il messaggio alle Camere del 16 settembre 1963 (le carte relative sono in ASPR (A.C.), f. 20).

¹¹ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica, 13.10.1975 (ASPR (A.C.), f. 20).

di correzioni puramente formali» di cui parlò Leone stesso in alcune interviste¹². Leone si adegua a gran parte delle richieste di Moro, al contempo respingendo la pretesa avanzata dal Presidente del Consiglio, di “dettare” modifiche del messaggio: le modifiche sono accolte non perché impositive, ma in ragione della «coincidenza di vedute del redattore del testo e del cortese e attento lettore»¹³.

La vicenda dimostra che nel 1975, mentre in dottrina era univoca la riconduzione del potere di messaggio al novero dei poteri sostanzialmente presidenziali¹⁴, perfino al punto da far ritenere ad alcuni che l'atto fosse sottratto al vincolo della controfirma¹⁵, la prassi – anche in ragione del diverso spessore delle personalità politiche coinvolte – si atteggiava in modo diverso: nella vicenda descritta gli attori istituzionali si muovono nella convinzione della spettanza per il Presidente del Consiglio non già di una paritaria partecipazione, ma senz'altro di un sindacato stringente sulle valutazioni presidenziali, anche con riferimento alle ricadute che queste potrebbero comportare rispetto all'attuazione dell'indirizzo politico di Governo e maggioranza¹⁶.

A far prevalere anche nelle prassi degli organi costituzionali la tesi dottrinale della esclusiva spettanza presidenziale del potere di messaggio sarebbero state le coincidenti convenienze politiche di Governo e Capo dello Stato durante il difficile biennio conclusivo della presidenza Cossiga, con l'accettazione da parte del Governo di un ruolo meramente certificatorio della provenienza formale dell'atto. Illuminante, in questo senso, il carteggio tra il Presidente della Repubblica Cossiga ed il Presidente del Consiglio dei Ministri Andreotti circa la apposizione della controfirma al messaggio alle Camere del 26 giugno 1991, sulle riforme istituzionali.

¹² Cfr. A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., 199.

¹³ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri, s.d. (in ASPR (A.C.) f. 20).

¹⁴ Per tutti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6^a ed., Padova 1962, 574. Nella vicenda l'Elia sostenne il ruolo meramente formale della controfirma ministeriale, qualificandola come «atto dovuto» (L. ELIA, *Tutto nel segno della Costituzione*, cit.). Cfr. pure M.C. GRISOLIA, *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Milano 1986, spec. 37 ss.

¹⁵ In questo senso, soprattutto, G. MOTZO, *Messaggio*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano 1976, 150-1.

¹⁶ Il margine di intervento ritagliatosi da Moro nella vicenda coincide dunque esattamente con quello a suo tempo ipotizzato da V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, I, Milano 1960, 644, che ammetteva una resistenza governativa all'adozione di un messaggio presidenziale che interferisse con l'indirizzo politico del Governo.

Il messaggio non è ancora noto nei suoi contenuti, ma già preannunciato alla stampa dal Presidente. Andreotti, interpellato sul punto da taluni parlamentari con atti ispettivi, pone a Cossiga un dubbio circa la natura della controfirma nel caso specifico:

È chiaro che la controfirma non suppone in questo caso il Ministro proponente. Ma è pur vero che il Governo non potrebbe andare a difendere posizioni su punti essenziali delle quali non concordasse.¹⁷

L'8 giugno 1991 il Presidente della Repubblica risponde al Presidente del Consiglio sostenendo che il potere di messaggio sarebbe soggetto ad una controfirma ministeriale dal valore meramente consultivo, da cui comunque non potrebbe in alcun modo farsi discendere l'assunzione di una responsabilità giuridica in capo al Governo¹⁸. Il 22 giugno, poi, annunciando l'imminente adozione del messaggio, Cossiga scrive ad Andreotti:

Mi sono "ritirato" con i miei collaboratori per mettere a punto detto messaggio, che è mia intenzione inviare al Parlamento in tempi brevissimi. [...] Mi farò un dovere di inviargliene preventivamente una copia, per avere, secondo una prassi del tutto conforme ai principi, "il Suo avviso, incoraggiata-

¹⁷ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 5.6.1991 (ASPR (A.C.), f. 21 e 22).

¹⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8.6.1991 (ASPR (A.C.), f. 21 e 22). Il Quirinale, peraltro, aveva proceduto ad acquisire taluni pareri sulla materia, anch'essi conservati in Archivio. Tra questi, il parere del prof. Lucatello era nel senso di escludere il vincolo della controfirma sul messaggio libero. Di identico tenore una seconda missiva, del 17 giugno 1991, (anch'essa in ASPR (A.C.), f. 21 e 22, dove pure i pareri *pro veritate*).

Cossiga sposava così quella dottrina per cui, nel caso del messaggio presidenziale, la controfirma assolvesse una funzione formale, o al più di «controllo di merito consultivo» (secondo la definizione elaborata da G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 960 ss., 985), mentre escludeva tanto la teoria monofunzionale della controfirma (su cui anzitutto C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 286, peraltro ora recuperata, pur da prospettive diverse, da O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, Napoli 2010, 16-18 e G. SALERNO, *Presidente della Repubblica*, in *Diz. Diritto Pubblico*, dir. da S. Cassese, V, Milano 2006, spec. 4452), quanto l'esistenza di un potere interdittivo del Governo (secondo quanto ipotizzato da V. Crisafulli, *Aspetti problematici*, cit., 644). Per una critica a questa impostazione, che marginalizzando il ruolo del Governo nella controfirma delle manifestazioni di pensiero presidenziali finiva per svuotare il controllo parlamentare, G. FILIPPETTA, *Le esternazioni del Capo dello Stato tra controfirma ministeriale e "sindacato" parlamentare*, in *Giur. cost.*, 1992, 3218 ss.

mento, consiglio e avvertimento” e per acquisire la controfirma del Governo; questa è necessaria non già a “copertura” del merito della “esternazione” – come da prassi ormai consolidata, che trova contrappeso nella “responsabilità diffusa” cui il Capo dello Stato va incontro per atti e comportamenti soltanto a lui riconducibili – bensì a cagione del fatto che, trattandosi di un atto tipico espressamente previsto dalla Costituzione, deve essere controfirmato ai fini della sua regolarità formale.¹⁹

Andreotti non si oppone al fermo indirizzo presidenziale: in una lettera vergata di suo pugno subito dopo aver ricevuto il testo, il Presidente del Consiglio, pur criticando nel merito e nei toni il messaggio presidenziale, preannuncia la controfirma del messaggio, che sarebbe stata posta, o da parte del Ministro Guardasigilli o da parte sua, «per atto di ossequio nei tuoi confronti»²⁰.

Le vicende appena descritte dimostrano come la prassi costituzionale, letta attraverso i materiali archivistici, può risultare sensibilmente diversa da come si è soliti rappresentarla in sede analitica; e quanto rilievo essa rivesta nell’attestare interpretazioni costituzionali condivise in funzione di concretizzazione della Costituzione²¹, specie in una materia,

¹⁹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 22.6.1991 (ASPR (A.C.), f. 21 e 22).

Quanto al virgolettato, si tratta della citazione di un noto passo di Bagehot, che tuttavia si riferiva al ruolo della Corona rispetto al Governo, e non viceversa ...

²⁰ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 26.6.1991 (ASPR (A.C.), f. 21 e 22). Il passo citato è sottolineato nel testo.

²¹ La nozione di «concretizzazione» della Costituzione è qui usata nell’accezione di K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (20^a ed., 1999), ora nella tr. it. a cura di A. DI MARTINO, G. REPETTO, *L’unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli 2012, 92 ss.

Sul rilievo della prassi nell’interpretazione della figura presidenziale la dottrina italiana è pressoché concorde: per tutti, L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, cit., 236.

Cautele sul rilievo della prassi nello studio della forma di governo in M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, *Enc. dir.*, *Annali III*, Milano, 2010, 540-1. Posizioni già espresse, con particolare con riferimento all’istituto del Presidente della Repubblica, in M. LUCIANI, *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna 1997, 11. Medesimi rischi di «inversione logica» tra prassi e regola sono evocati da P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi*, Milano 2000, 57, 173-4. Sul punto v. però le condivisibili osservazioni di E. CHELI, *Tendenze evolutive nel ruolo e nei poteri del Capo dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1/1985, 34 ss., A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, in ID. (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino 2011, par. 2, nonché, ora, di M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica nelle recenti esperienze costituzionali*, Napoli 2013, 11.

come questa, che nella espressa disciplina costituzionale rimane «allo stadio di un abbozzo»²². Di qui, l'interesse per lo studio dell'Archivio storico del Quirinale.

Nell'impossibilità di dar conto in questa sede dell'intero contenuto dell'Archivio, ho ritenuto di concentrare la mia ricerca sulle attività presidenziali di interposizione nella funzione legislativa di Governo e Parlamento: il tema – di grande attualità nella riflessione costituzionalistica degli ultimi anni²³ – è forse uno dei più ricchi ed articolati all'interno della massa documentaria conservata in Archivio; la sua illustrazione potrà dare immediatamente la sensazione dell'utilità dello studio dell'intero Archivio, illustrando le radici, fin'ora in parte sconosciute, di prassi presidenziali oggi al centro dell'attenzione degli studiosi, ai fini del loro inquadramento costituzionale.

2. *Il rinvio delle leggi e gli altri strumenti di interdizione dell'indirizzo legislativo di Governo e maggioranza*

La consultazione dell'Archivio storico del Quirinale permette anzitutto di ricostruire le vicende e i problemi istituzionali connessi ai diversi rinvii adottati dai Presidenti della Repubblica: dalla predisposizione di studi preparatori e bozze da parte degli uffici di più diretta collaborazione, alla interlocuzione con Governo, Ministri, soggetti privati interessati al provvedimento legislativo, consulenti giuridici, fino all'attività di monitoraggio sul seguito del rinvio presidenziale. Sono carte che permettono di contestualizzare storicamente e politicamente l'atto di rinvio, aiutando a chiarire l'intenzione presidenziale al di là delle parole del messaggio di accompagnamento²⁴.

Ma limitare l'analisi degli strumenti presidenziali di partecipazione alla funzione legislativa al solo istituto, positivamente disciplinato, del

²² Così L. PALADIN, *Presidente*, cit., 171.

²³ Sul valore «esemplare e paradigmatico» del tema per l'inquadramento dell'istituto presidenziale nel suo complesso, G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *Rivista Aic*, 1/2011, 1.

²⁴ Un'impostazione molto diversa sorregge invece il lavoro di S. CALZOLAIO, *Il rinvio delle leggi nella prassi*, in *Quad. cost.*, 4/2006, la cui analisi – pur incentrata sulla prassi, cui si riconnette massimo valore nell'inveramento dell'istituto – è condotta «evitando di avvicinarsi troppo alle pre-condizioni storico-politiche dei singoli rinvii (alla *cronaca*, dunque, anche se *costituzionale*), lasciando travolgere l'analisi giuridica dalle contingenze, emergenze e, in ultima analisi, opzioni politiche dei diversi Presidenti e dello stesso scrivente».

rinvio delle leggi – benché inquadrato all'interno del contesto storico e politico in cui l'attività degli organi ha preso forma – comporta il rischio di una rappresentazione parziale e probabilmente inesatta del rilievo quantitativo e qualitativo che nella prassi costituzionale ha assunto l'interposizione presidenziale nella produzione legislativa, così come della funzione sostanziale che i diversi Presidenti hanno esercitato nei confronti dell'indirizzo legislativo di Parlamento e Governo, rischiando di suscitare superficiali diagnosi di evanescenza del potere presidenziale di interdizione della legislazione.

Occorre invece prendere atto che, già a partire dalla presidenza Einaudi, dal tronco del potere di rinvio è germogliata tutta una serie di strumenti atipici esercitati dai Presidenti della Repubblica allo scopo di interpersi nella produzione legislativa: un'attività che si è rapidamente diffusa nel corso degli anni²⁵, prendendo il sopravvento rispetto all'istituto del rinvio presidenziale delle leggi. Rimasta per molti anni coperta dal riserbo, a partire dalla presidenza Pertini l'attività del Capo dello Stato di interposizione nella funzione legislativa è stata resa pubblica attraverso note diffuse dal Quirinale, almeno con riferimento ai casi di maggiore rilievo per l'opinione pubblica. Per apprezzarne compiutamente la mole e la natura, tuttavia, tale prassi deve essere studiata dalla sua genesi, risalente alle presidenze di Einaudi e Gronchi, e con riferimento alla generalità della casistica.

L'esame di questo materiale archivistico permette di abbozzare una prima classificazione degli altri strumenti presidenziali, diversi dal rinvio delle leggi, di interposizione nella produzione legislativa, che conviene premettere all'esposizione della prassi.

a) Il Presidente può anzitutto interferire nella funzione legislativa in una fase preliminare all'adozione di un disegno di legge, all'emanazione di un decreto-legge o di un decreto legislativo, ed all'approvazione di una legge. In questi casi, egli formula al Governo o, più raramente, alle Camere, sollecitazioni circa iniziative legislative da intraprendere, decreti in corso di elaborazione o progetti di legge all'esame delle Camere. Così, il Presidente della Repubblica svolge un'attività di tipo persuasivo, al fine

²⁵ A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con "motivazione" ... contraria?*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, VI, 2, Torino 2003, 125: «... le manifestazioni più frequenti ed efficaci di "potere presidenziale" sono proprio quelle che non si formalizzano e che, anzi, pur laddove rimangono allo stato per dir così "fluidi", si esprimono lungo canali sotterranei». M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in *Annuario Aic 2010. Decisione conflitti controlli*, Napoli 2012, 37, parla di «surrogati» del potere di rinvio.

di evitare di dover esercitare i più severi poteri interdittivi che l'ordinamento gli riconosce. Questa attività, che suole ora essere designata con il termine *moral suasion*²⁶, si esprime tanto in via informale, attraverso contatti e comunicazioni destinate a non lasciare traccia, quanto in forma scritta: dalla consultazione dell'Archivio storico del Quirinale si contano infiniti documenti contenenti solleciti ed osservazioni di questo tenore. In tempi più recenti, il ricorso a tale attività è aumentato, come attestato dallo stesso Presidente Ciampi²⁷. E il Governo stesso sembra aver favorito lo sviluppo di canali comunicativi di questo genere, proprio per prevenire il ricorso ai più radicali strumenti del rinvio o del diniego di emanazione. Così, esso ha preso l'abitudine di coinvolgere il Presidente della Repubblica in via preventiva, specie sugli schemi di decreto-legge che saranno sottoposti alle sedute del Consiglio dei Ministri, verificando in questa sede la disponibilità del Capo dello Stato all'emanazione.

L'intensificazione di questa prassi durante le più recenti presidenze ha posto dubbi di legittimità costituzionale per l'alterazione del corretto rapporto tra Presidente e Governo nella attività normativa di quest'ultimo, ed il correlato indebolimento del ruolo di garanzia attribuito al Capo dello Stato²⁸.

b) L'esercizio della *moral suasion* nei confronti dei membri del Governo si intensifica in sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi alle Camere, primo momento in cui il Presidente è istituzionalmente coinvolto nella determinazione dell'indirizzo legislativo. Nella dottrina, si è progressivamente consolidata la tesi che inquadra questo potere in una più generale funzione di garanzia della Costituzione, a scapito di quelle ricostruzioni dell'autorizzazione quale atto dovuto, mera verifica della sussistenza dei requisiti formali del disegno di legge, o circoscritta ad interventi monitori rivolti ai membri del Governo²⁹.

²⁶ Il termine fu utilizzato per la prima volta da Carlo Azeglio Ciampi. Einaudi parlava invece di «cordiale cooperazione». Cfr. I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio*, cit., 207-8.

²⁷ Una «collaborazione» che – in un'intervista rilasciata nel 2007 – Ciampi ritenne «utile per evitare errori e contrattempi, nell'interesse di tutti e quindi anche del governo in carica» (cit. in I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio*, cit., 207). Cfr. pure M. MANETTI, *I due Presidenti. Il settennato di Ciampi alla prova del bipolarismo*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 188-9.

²⁸ Cfr., tra gli altri, E. FRONTONI, *Promulgazione e pubblicazione*, in S. CASSESE (dir.), *Diz. Dir. Pubbl.*, V, Milano 2006, 4639; I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio*, cit., 210; E. ORLANDI, *Moral suasion del Presidente della Repubblica e funzione legislativa*, in *Percorsi costituzionali*, 2/2011, spec. 78 ss.; A. SPADARO, *I diversi tipi di responsabilità del Capo dello Stato nell'attuale forma di governo italiana*, in *Rivista Aic*, 1/2011, 17.

²⁹ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale cfr. G. GUIGLIA, *L'autorizzazione*, cit., 15 ss.

L'interlocuzione presidenziale in sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge alle Camere è stata frequente sotto le presidenze di Einaudi, Gronchi, Segni, Pertini e Cossiga, mentre è stata rara sotto le presidenze di Saragat e Leone. I rilievi hanno riguardato tanto vizi di legittimità, specie nella forma della scorretta copertura finanziaria, quanto profili di merito politico. I Presidenti hanno esercitato nella massima parte dei casi un potere di *autorizzazione con osservazioni*, e molto più raramente un potere di *rinvio con richiesta di riesame*. Nel primo caso, essi formulano le proprie osservazioni in uno con la restituzione del decreto di autorizzazione regolarmente firmato, affidandosi al Governo per l'acquisizione delle osservazioni. L'efficacia delle osservazioni presidenziali non è peraltro circoscritta al mero consiglio, giacché le perplessità presidenziali possono preludere ad un rinvio della legge. In casi meno frequenti i Presidenti hanno ritenuto di sospendere la firma del decreto in attesa di delucidazioni e modifiche del provvedimento governativo, o ancora più esplicitamente di rinviare al Governo il disegno di legge. Occorre comunque precisare che, nello svolgimento concreto, la distinzione tra le due figure delle osservazioni alla firma del decreto di autorizzazione e della richieste di riesame è assai sfumata, potendosi apprezzare la reale portata, collaborativa o interdittiva, dell'intervento presidenziale solo avuto riguardo al tono del messaggio presidenziale ed al contesto politico in cui esso si inquadra.

La prassi ha invece escluso la spettanza presidenziale di un potere di rifiuto dell'autorizzazione a seguito del riesame governativo, come pure si era sostenuto in dottrina: in simili circostanze, i Presidenti Segni e Pertini – che pure esercitarono con determinazione i loro poteri interdittivi – ritennero di dar seguito alla autorizzazione, benché talora esplicitando l'intenzione di ricorrere al rinvio *ex art. 74 Cost.* in assenza di modifiche parlamentari³⁰.

c) Rileva, quindi, la *promulgazione delle leggi con osservazioni* o *riserve*. In questi casi il Presidente promulga la legge, ma esprime attraverso lettere indirizzate prevalentemente al Governo, contestuali alla promulgazione, le proprie osservazioni circa il contenuto dell'atto normativo, formulando auspici di correzione con ulteriori provvedimenti legislativi, suggerimenti per un'adeguata integrazione regolamentare, interpretazione o applicazione, nonché moniti circa la qualità redazionale, il mancato coordinamento con altre disposizioni di legge, le prassi normative adottate, i procedimenti seguiti.

³⁰ Cfr. *infra*, §§ 4 e 6.

Benché sovente appoggiate su motivazioni di carattere costituzionale, le osservazioni formulate dai Presidenti in sede di promulgazione delle leggi perseguono un obiettivo che non può essere ricondotto alla mera funzione di garanzia costituzionale: in realtà, sin dalla presidenza Einaudi, e poi sistematicamente con la presidenza Gronchi, i Presidenti hanno affidato a questo genere di osservazioni rilievi orientati al rispetto dell'equilibrio del quadro istituzionale e dell'ordinamento normativo nel suo complesso, talora dando voce a perplessità ed avvisi formulati da esponenti qualificati della società civile. Ma in molti casi essi hanno esteso il raggio d'azione di tali osservazioni ai contenuti dell'atto normativo, formulando rilievi di merito ispirati dalle proprie opzioni politiche.

A partire dalla presidenza Ciampi, la gran parte di queste osservazioni ha ricevuto rilievo pubblico tramite la pubblicazione in rete sul sito del Quirinale, ingenerando la percezione di una loro novità, o irrealità, rispetto all'attività del Capo dello Stato: certamente, la prassi di diffondere pubblicamente le osservazioni presidenziali, coerente con un più generale canone di pubblicità dell'attività del Capo dello Stato, conferisce alle osservazioni ulteriori funzioni, poiché apre un dibattito pubblico³¹ e consente al Presidente di separare la propria responsabilità dall'indirizzo della maggioranza³²; tuttavia, questi tipi di promulgazione si innestano in una vena archivistica che risale, feconda ed ininterrotta, alle presidenze di Einaudi e Gronchi³³.

La derivazione di questo strumento dal potere di rinvio delle leggi è di tutta evidenza: i Presidenti vi ricorrono ogni qualvolta ritengano opportuno soprassedere dal rinvio di una legge, attraverso uno strumento dotato di un'efficacia di tipo monitorio. Ciò nondimeno, la promulgazione con osservazioni ha finito, negli anni, per acquisire una sua auto-

³¹ A. RUGGERI, *Verso una prassi*, cit., 125. Dello stesso A., v. pure *Ancora un caso di promulgazione con "motivazione" ... contraria (a proposito del mancato rinvio della legge sulla sicurezza)*, in *Forum di Quad. cost.* (24 luglio 2009).

³² Così G. SCACCIA, *La funzione presidenziale*, cit., 8.

³³ Mentre Einaudi stesso divulgò molti dei suoi interventi, la prassi Gronchi era rimasta per lo più riservata. Ne dava parzialmente conto G. GROTTANELLI DE' SANTI, *La formazione delle leggi. Art. 73-74*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1985, 219, nt. 12 (che riportava solamente tre casi di promulgazione con osservazioni). Sul punto, da ultimo, M.E. BUCALO, *L' "anomala" estensione dei poteri presidenziali a fronte della "ritrosia" della Corte costituzionale nell'epoca del maggioritario*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino 2011, 243 ss. La citazione diretta dei documenti relativi alla presidenza Gronchi si rinviene ora nelle opere di G. Guiglia, *L'autorizzazione*, cit., in Appendice, di I. PELLIZZONE, *Contributo*, cit., 244 ss., e di P. VIPIANA, *L'emana-zione presidenziale*, cit., *passim*.

nomia dal potere di rinvio delle leggi. La vasta casistica che può oggi essere ricostruita, se non consente di formalizzare i caratteri di un'attività che, per sua natura, rifugge da una tipizzazione normativa, permette quantomeno di descrivere una prassi molto diffusa, che persegue una pluralità di funzioni ed appare dotata di un'efficacia che, pur priva di vincolatività, è senz'altro idonea a condizionare le valutazioni di competenza della pubblica amministrazione e delle autorità giurisdizionali chiamate ad interpretare ed applicare l'atto normativo oggetto di valutazione presidenziale³⁴.

Nonostante le critiche all'uso di questo strumento³⁵, divenuto ora di grande impatto in ragione della pubblicità che si è ritenuto di conferirgli in molte occasioni, la dottrina prevalente propende per la sua ammissibilità, al di là delle valutazioni di opportunità circa i contenuti del messaggio presidenziale, che certamente non dovrebbero essere tali da sconfinare o pregiudicare o comunque condizionare le valutazioni di competenza degli altri organi di garanzia costituzionale.

d) Il medesimo potere, peraltro, può essere esercitato nei confronti di un decreto-legge o di un decreto legislativo, attraverso l'*emanazione dei decreti con osservazioni*. Lo strumento è meno diffuso nelle prassi presidenziali, specie con riferimento alla emanazione dei decreti legislativi, poiché il Presidente dispone di più frequenti occasioni di interlocuzione nella fase preparatoria degli atti. Tuttavia, la tempistica talora sincopata di predisposizione di questi atti, così come le ipotesi di contrasto tra Quirinale e Palazzo Chigi, possono favorire il ricorso a simili prese di posizione. D'altronde, l'incremento delle occasioni di interlocuzione con il Governo in forme non espressamente previste nel testo della Costituzione discende dall'ampliamento della produzione normativa del Governo, che è andata sviluppandosi ben oltre le previsioni ragionevolmente formulabili in Assemblea costituente³⁶.

³⁴ R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista Aic*, 1/2011, 14.

³⁵ Tra gli altri: C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, 214 ss.; A. PUGIOTTO, «Veto players» e dinamiche istituzionali nella vicenda del «lodo Maccanico», in *Quad. cost.*, 2/2004, spec. 265 ss.; M.E. BUCALO, *La prassi presidenziale in tema di controllo sulle leggi e sugli atti con forza di legge*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008*, Torino 2010, 148; G. AZZARITI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e comunicati irrituali della Presidenza della Repubblica: "Su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere"*, in *Giur. cost.*, 2010, 3999 ss., tutti con particolare riferimento all'emanazione dei c.d. "lodi" Maccanico e Alfano, in cui è emerso in modo lampante il corto circuito tra *moral suasion* presidenziale, promulgazione motivata e giurisprudenza della Corte costituzionale.

³⁶ I. PELLIZZONE, *Contributo*, cit., 204-5; A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costitu-*

e) Rispetto agli atti aventi forza di legge del Governo, peraltro, il Presidente della Repubblica dispone di strumenti interdittivi più pregnanti della mera formulazione di osservazioni e riserve in sede di emanazione. La *richiesta di riesame di decreti-legge e decreti legislativi* a lui sottoposti ai fini dell'emanazione ne è l'esempio tipico. Si tratta di uno strumento interdittivo e collaborativo allo stesso tempo, che i Presidenti – e specialmente Cossiga – hanno utilizzato per imprimere un proprio indirizzo normativo, riservando a tali avvisi veri e propri suggerimenti di riformulazione delle disposizioni.

L'art. 14 della legge n. 400 del 1988 ha previsto un periodo di almeno 20 giorni per l'esame presidenziale del decreto delegato, accogliendo i rilievi più volte mossi dal Quirinale a Palazzo Chigi in questo senso, in tal modo riconoscendo il significato del controllo presidenziale sul decreto, pur non definendolo nella natura.

Nel caso in cui il Governo non ritenga di adeguarsi ai rilievi presidenziali, insistendo per l'emanazione del decreto, il Presidente può emanare il decreto, soprassedendo dalle proprie obiezioni; emanare il decreto con osservazioni, in modo da mettere per iscritto le proprie riserve; o, ancora, opporsi all'emanazione del decreto.

È stato osservato che la prassi più recente, e soprattutto quella della presidenza Napolitano, ha molto sviluppato questo tipo di interdizione, specie con riferimento alla decretazione d'urgenza³⁷.

f) Nei casi più gravi, quando la comunicazione con il Governo è poco fluida e collaborativa, o quando il Presidente ritenga che i difetti dell'atto avente forza di legge del Governo non siano stati sanati in seguito al riesame, il Presidente della Repubblica ricorre al più radicale *diniego di emanazione di decreti-legge e decreti legislativi*. Usato per la prima volta da Segni nel 1964, questo strumento è stato anche utilizzato da Pertini, Cossiga, Scalfaro, Ciampi e – più di recente – Napolitano, suscitando vivaci reazioni nell'opinione pubblica e nella dottrina, che non ha mancato di sollevare perplessità circa la sua conformità a Costituzione³⁸.

zionale e Presidente della Repubblica dopo la "seconda svolta", in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo*, cit., 12-3.

³⁷ P. VIPIANA, *L'emanazione presidenziale*, cit., 55-59.

³⁸ A parte i casi di vizi formali manifesti e casi di gravissima violazione della Costituzione (integranti la responsabilità ex art. 90 Cost.), si è espresso contro la legittimità di un diniego assoluto di emanazione dei decreti-legge G. SCACCIA, *La funzione presidenziale*, cit., 13-4. Per la spettanza presidenziale di un veto assoluto sui decreti-legge anche in ipotesi meno gravi, invece, G. Serges, *Il rifiuto assoluto di emanazione del decreto legge*, in *Giur. cost.*, 1/2009, 482.

Confrontandosi con i casi noti grazie a fonti giornalistiche o a comunicati presidenziali, la dottrina ha cercato di discriminare i casi di diniego assoluto da quelli di mera richiesta di riesame. Ma è stato esattamente osservato che dalla prassi «non emerge uno schema procedurale uniforme», mutando di volta in volta le azioni e le reazioni degli attori coinvolti; i poteri presidenziali in questo ambito rispondono piuttosto ad uno «schema a procedura aperta»³⁹. Nella prassi, al diniego dell’emanazione presidenziale non si è mai contrapposta la reiterazione del decreto da parte del Governo, sicché non è possibile trarne indicazioni circa l’effetto, assoluto o sospensivo, del diniego presidenziale.

La classificazione qui proposta, basata sulla ricostruzione della prassi presidenziale, non può essere assolutizzata e va assunta come griglia generale: nella maggior parte dei casi siamo infatti in presenza di interventi che solo con approssimazione possono essere collocati in una o nell’altra delle categorie sopra descritte, specie in considerazione della diversa efficacia di un determinato atto presidenziale in ragione dei contesti politici e delle qualità personali⁴⁰. Vedremo però come nel corso degli anni l’atipicità degli strumenti individuati si è risolta nel consolidamento di forme tipiche di interposizione presidenziale⁴¹.

Vengo ora alle vicende storiche rilevanti, che ho cercato di descrivere lasciando il più possibile la parola alle carte d’archivio ed ai protagonisti della storia politica ed istituzionale.

3. *La presidenza Einaudi, dalla collaborazione con il Governo alle “prediche inutili”*

La presidenza di Luigi Einaudi (1948-1955) fu di massima importanza per la definizione, nella prassi costituzionale, dell’istituto del rinvio delle leggi. La norma costituzionale, infatti, lasciava aperte diverse alternative interpretative, principalmente con riferimento al ruolo del Governo in sede di controfirma del rinvio presidenziale ed alla natura del controllo esercitato dal Presidente.

Einaudi fu un fermo sostenitore della spettanza presidenziale del potere di rinvio, escludendo l’idea secondo cui la controfirma ministeriale

³⁹ G. CAPORALI, *Il Presidente*, cit., 153.

⁴⁰ Considerazioni simili anche in P. VIPIANA, *L’emanazione presidenziale*, cit., 39, la cui classificazione è in massima parte coincidente con la presente.

⁴¹ Cfr., *infra*, § 9.

potesse comportare una condivisione del potere di rinvio o, addirittura, una spettanza governativa dello stesso⁴², come pure in Assemblea costituente era stato prospettato da Mortati, Ambrosini, Terracini, Tosato⁴³. Occorre d'altronde considerare che Einaudi muoveva da una visione dei rapporti tra Governo e Presidente improntata ad una collaborazione permanente:

È chiaro che il Presidente della Repubblica non è trattenuto da alcun limite specifico nell'uso della facoltà che l'articolo 74 gli dà di chiedere una nuova deliberazione prima di promulgare leggi le quali traggano origine da disegni di legge di iniziativa parlamentare [...]. Per quanto tocca invece i disegni di legge di iniziativa governativa, la facoltà del presidente della Repubblica non può non essere interpretata tenendo conto dell'altra facoltà, a lui spettante in virtù dell'art. 87, di autorizzare la presentazione alle Camere di quei disegni. A meno che si voglia ritenere l'autorizzazione dell'articolo 87 una mera formalità – opinione a cui evidentemente non potrei aderire – l'articolo 87, letto insieme con l'articolo 74, pone, quando la legge di iniziativa del governo sia stata poi votata dalle Camere, un chiaro limite al diritto di messaggio del presidente. Se questi ha autorizzato il governo alla presentazione del disegno di legge e se la legge votata non è in contrasto, nelle cose essenziali, con il disegno di legge originario, come può il presidente, non dico in punta di diritto stretto, ma di mero buon gusto, chiedere una seconda deliberazione su una legge che egli medesimo aveva dianzi dichiarato poter essere presentata al Parlamento?⁴⁴.

Nella concezione di Einaudi, la stretta collaborazione tra Governo e Capo dello Stato consigliava, dunque, un'interlocuzione di tipo preliminare con l'esecutivo. I materiali d'archivio – provenienti peraltro da diversi fondi non tutti conservati presso il Quirinale, ma raccolti in una serie di Quaderni a cura del Segretariato generale del Quirinale⁴⁵, consultabile soltanto presso la sede – lasciano trapelare un'impostazione veramente originale del ruolo collaborativo che il Capo dello Stato esercitò a partire dal 1948, non del tutto coincidente con l'immagine del settennato che Einaudi volle in seguito dipingere, affidandola alla raccolta, più

⁴² S. GALEOTTI, *Il rinvio presidenziale di una legge*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 49-50, nonché 53-55, 72.

⁴³ G. SCACCIA, *La funzione presidenziale*, cit., 1.

⁴⁴ L. EINAUDI, *Lo scrittoio del presidente*, Torino 1956, XIII-XIV.

⁴⁵ Cfr. Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi, Quaderni di documentazione*, Nuova serie, 10/1, Roma 2005, 63 ss.

selettiva, delle carte del proprio “scrittoio”⁴⁶. Essi restituiscono, anzitutto, una mole ingente di comunicazioni con i Ministri sui temi più disparati, con vere e proprie richieste di esame e intervento, proposte di correzione e considerazioni su temi di attualità politica, tra le quali spicca l'appunto per De Gasperi sulla legge elettorale, con il sostanziale sostegno della soluzione poi accolta con la c.d. “legge truffa”, «anche a costo di temporanea impopolarità»⁴⁷.

Ma di estremo interesse è soprattutto il frequente ricorso alla formulazione di osservazioni, suggerimenti e critiche in sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge alle Camere. Su moltissimi disegni di legge Einaudi interloquì con il Governo, inviando quesiti, opinioni, proposte di riformulazione, talora veri e propri studi sulla materia, tutti chiaramente frutto del proprio lavoro personale⁴⁸.

La prassi einaudiana, nel senso di firmare il decreto presidenziale di autorizzazione, formulando a parte le proprie osservazioni, non aiuta ad inquadrare la natura di questa attività presidenziale rispetto alla posizione costituzionale del Capo dello Stato⁴⁹. La lettura delle carte d'archivio restituisce l'impressione che in sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge il Presidente non svolgesse soltanto il ruolo di «un anziano meritevole di essere ascoltato»⁵⁰, in una prospettiva collaborativa, ma esercitasse un potere di controllo orientato al riesame da parte del Governo: i toni fermi e talora sbrigativi usati da Einaudi consegnano al lettore odierno la convinzione dell'esercizio di una funzione teleologicamente connessa con l'esercizio del potere di rinvio. Lo dimostra il rinvio della legge sui compensi c.d. causali, del '53, ampiamente preannunciato al Governo proprio in sede di autorizzazione alla presentazione del disegno di legge:

Poiché il fondamento delle casuali ... è assai traballante, il Presidente dovrebbe fare, anche dopo la firma di autorizzazione, tutte le sue riserve sul giudizio definitivo che dovrà dare sul documento che gli sarà inviato dalla Camere⁵¹.

⁴⁶ Ci si riferisce ovviamente a L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente*, cit.

⁴⁷ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri 27.8.1952, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 305 ss.

⁴⁸ A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., 51.

⁴⁹ G. GUIGLIA, *L'autorizzazione*, cit., 87.

⁵⁰ Secondo le parole dello stesso L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente*, cit., XIV.

⁵¹ Lettera del Presidente della Repubblica del 16.1.1953, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 176.

Nonostante le deferenti prese di posizione, Einaudi orientò progressivamente l'esercizio del potere di rinvio ad un canone di ampiezza e generalità del controllo sulle leggi, non precludendosi interventi motivati prevalentemente su ragioni di merito, come illustrato proprio dal rinvio sui diritti casuali, che certamente andò ben al di là anche della categoria del «merito costituzionale», elaborata dalla dottrina per qualificare l'ambito del controllo presidenziale in sede di promulgazione⁵².

Nel corso del settennato, Einaudi rinvia quattro leggi. I primi due rinvii – dell'aprile del '49 – investono leggi di scarso rilievo politico, ma rilevano in quanto motivati con ragioni di mancata copertura finanziaria⁵³. Solo pochi mesi prima, scrivendo al Ministro del Tesoro Pella, Einaudi aveva espresso la propria intenzione di conferire il massimo di vincolatività all'art. 81 Cost.: scartando le opzioni formulate in sede parlamentare, che non derivavano dall'art. 81 un obbligo di ripianamento del disavanzo preesistente, il Presidente chiarì come

in una situazione di bilancio, com'è l'attuale, di grave disavanzo, la mente sembra altrettanto spontaneamente rivolgersi al compito ansioso di riconquistare il pareggio, condizione prima di progresso economico del paese e di salvezza della lira⁵⁴.

Imponendo l'art. 81, co. 4, Cost., quale parametro alla stregua del quale opporre il rinvio delle leggi, Einaudi proseguiva così dal Quirinale la battaglia combattuta durante i lavori della Costituente sulla valenza precettiva del vincolo della copertura finanziaria, ispirando la propria attività a quel «compito ansioso» del pareggio di bilancio che l'economista liberale considerava un dovere morale della classe politica. Ispirandosi ai penetranti veti dei Presidenti americani di fine ottocento, egli inaugurava la via, che sarà ampiamente perseguita dai suoi successori, di un attento controllo presidenziale sull'effettiva copertura finanziaria delle leggi di

⁵² G. GUARINO, *Il Presidente*, cit., 959. Sin dalla presidenza Einaudi, la prassi dei diversi strumenti interdittivi dà pienamente ragione alle osservazioni di A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi e autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente*, cit., 186 ss., nonché 207, circa la scarsa utilità di definizioni e classificazioni in ragione del parametro del controllo presidenziale.

⁵³ Il rilievo della prassi einaudiana è sottolineato in N. LUPO, *Costituzione e bilancio*, Roma 2007, 144.

⁵⁴ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro del Tesoro del 13.12.1948, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 242 ss. (anche in L. EINAUDI, *Lo Scrittoio del Presidente*, cit., 201 ss.).

spesa, in una stagione in cui – ancora congelata la Corte costituzionale – il rinvio veniva a rappresentare l'unico strumento di contrapposizione a prassi parlamentari disinvolute, strumento di «supplenza del controllo giurisdizionale di costituzionalità»⁵⁵. Quanto alla struttura formale e stilistica, chiamato a redigere per la prima volta nella storia costituzionale italiana un messaggio di rinvio, la scelta di Einaudi fu nel senso di un'articolazione estremamente sintetica del messaggio, riducendo all'essenziale le proprie osservazioni. Le Camere, riapprovando le leggi rinviate, si adeguarono ai rilievi presidenziali e corressero le norme di copertura finanziaria.

Con il terzo rinvio, del gennaio '50, si aprì invece un primo, significativo, scontro con le Camere. La legge rinviata, volta a sanare una situazione determinatasi nel contesto postbellico, consentiva a coloro che fossero stati incaricati di funzioni giudiziarie in ottemperanza al d.lgs.lgt. n. 352 del 1946, così come ai vice-Pretori, di accedere alla magistratura superando un apposito esame idoneativo. Il Presidente riscontrò in questa speciale procedura un aggiramento della norma di cui al primo comma dell'art. 106 Cost., secondo cui l'accesso alla magistratura avviene tramite concorso, ed al più generale principio dell'accesso alla pubblica amministrazione tramite concorso, di cui all'art. 97 Cost., entrambi esplicitamente riconosciuti immediatamente precettivi anche rispetto a norme adottate precedentemente all'entrata in vigore della Costituzione.

Benché motivato con riferimento a norme costituzionali, il messaggio di Einaudi – rispetto ai precedenti assai più articolato e diffuso in ordine all'interpretazione delle norme costituzionali violate – venne accolto come un tentativo di opposizione politica all'indirizzo del legislatore. Suscitò, quindi, un vasto dibattito parlamentare, cui presero parte gli esponenti di tutti i partiti politici. Pur apprezzando la funzione svolta dal Capo dello Stato, gli esponenti dei maggiori partiti obiettarono la prevalente esigenza di sanare una situazione determinatasi in un contesto emergenziale. Le Camere – tacitamente sostenute dal Governo – avrebbero poi riapprovato la legge adeguandosi solo in minima parte ai rilievi presidenziali.

A vicenda conclusa, Einaudi sfogò la propria amarezza attraverso un commento pubblicato – sotto pseudonimo – su “Il Mondo”. L'articolo, dal significativo occhiello «Il Senato unanime contro la Costituzione»,

⁵⁵ Lo affermava G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino 2000, 176, precisando che tale ruolo di supplenza sarebbe perdurato anche dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale, almeno fino al riconoscimento alla Corte dei conti del potere di sollevazione della questione di legittimità costituzionale.

non risparmiava ironiche accuse nei confronti del partito comunista e della democrazia cristiana, così come del Governo e della magistratura⁵⁶. Ma, ciò che più rileva, esplicitava l'importanza attribuita da Einaudi al potere di rinvio delle leggi, anche rispetto agli altri strumenti di partecipazione alla funzione legislativa:

I poteri del presidente in materia sono vaghi ed in definitiva si riducono a quelli di consiglio morale privo di qualunque efficacia cogente. Il solo potere effettivo è quello (consacrato dall'art. 74) del messaggio motivato alle Camere per le leggi intorno alla promulgazione delle quali egli abbia qualche dubbio⁵⁷.

La delusione di Einaudi, dunque, non nasceva solo dalla sconfitta politica subita su uno dei temi a lui tradizionalmente più cari, ma traeva origine dall'osservazione di un'impotenza istituzionale. In una lettera al Presidente del Consiglio De Gasperi, egli non nascose la propria delusione circa la condotta del Governo nella vicenda:

La Costituzione mi impone di inchinarmi alla volontà del Parlamento; né io potrei in verun modo indurmi ad apprezzamenti nei confronti di esso, anche se l'incostituzionalità da me segnalata sia stata sancita all'unanimità da uno dei suoi rami. A vicenda conclusa tu vorrai peraltro consentirmi di rilevare il fatto che il rappresentante del Governo, il quale si era pur pronunziato innanzi alla Camera dei Deputati per l'incostituzionalità del provvedimento in esame e, al Senato, sia in sede di commissione sia in assemblea, aveva proposto di eliminarla presentando addirittura degli emendamenti, ha poi finito col rimettersi alla decisione delle Camere. Io non so se il Governo può in determinate circostanze rinunciare al proprio punto di vista rimettendosi alla decisione delle Camere; ma non posso peraltro non prospettarti i miei dubbi sulla opportunità di un atteggiamento siffatto quando sia in discussione un messaggio del Capo dello Stato che rilevi la incostituzionalità di una legge di iniziativa parlamentare⁵⁸.

Rispetto alla propria concezione di una forte solidarietà tra Presidente della Repubblica e Governo – troppo condizionata dall'esperienza maturata in epoca statutaria – Einaudi comprese così la necessaria pre-

⁵⁶ E. MANFREDI (pseudonimo di L. Einaudi), *Le pecore zoppe*, in *Il Mondo*, 22 aprile 1950, 3-4.

⁵⁷ E. MANFREDI (pseudonimo di L. Einaudi), *Le pecore zoppe*, cit., 3-4.

⁵⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 1.4.1950 (ASPR (A.C.), f. 5).

valenza della solidarietà politica determinata dal rapporto di fiducia parlamentare.

È questo, d'altronde, il momento di una decisa svolta nella presidenza Einaudi: il mutamento di toni è facilmente riscontrabile se si tornano a leggere le interlocuzioni con il Governo in sede di autorizzazione alla presentazione alle Camere dei disegni di legge. A partire dal '50, si registrano toni più critici, talora perfino ironici, circa le proposte normative. Gli studi, più sintetici ed analitici, dei primi anni divengono ora commenti pungenti, nei quali penetrano anche espressioni salaci: il disegno di legge sui passaporti contiene norme «ripugnanti»⁵⁹; il disegno di legge sindacale è accusato di parteggiare per i sindacati, che sono invece diventate «una delle grandi forze reazionarie limitatrici della produzione e quindi del benessere»⁶⁰.

Sono i primi segni del distacco personale di Einaudi dalle convenzioni invalenti nel sistema politico, cui si accompagna la consapevolezza della debolezza istituzionale del Capo dello Stato rispetto alla maggioranza politica: il Presidente precisa ai suoi interlocutori del Governo che le proprie osservazioni sono formulate «per tua informazione»⁶¹; altrove chiarisce: «Non è compito mio di muovere obiezioni di merito al disegno di legge»⁶². Non sono note di stile: Einaudi ha preso atto che la propria iniziale interpretazione del ruolo del Capo dello Stato, come organo cooperante con l'esecutivo nella definizione dei contenuti normativi, non coincide con le dinamiche del sistema politico italiano. A questo isolamento, Einaudi reagì recuperando lo stile polemico e la lungimiranza intellettuale che avevano contraddistinto la sua vita di studioso, qualità rimaste per lo più in ombra nella prima interpretazione del proprio ruolo alla Presidenza della Repubblica, così radicalizzando la propria critica alla eccessiva regolazione economica, verso cui vedeva orientato l'indirizzo legislativo prevalente, come è evidentissimo nel già citato passo sui sindacati, nel lungo commento al disegno di legge sulla disciplina dell'ar-

⁵⁹ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro del Tesoro e al Ministro delle Finanze del 12.11.1951, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 127.

⁶⁰ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale del 13.11.1951, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 128 (anche in L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente*, cit., 374 ss.).

⁶¹ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato del 28.1.1952, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 133 (anche in L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente*, cit., 408 ss.).

⁶² Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro della Marina Mercantile del 26.2.1952, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 143.

tigianato⁶³, e soprattutto nelle osservazioni allo schema di decreto legislativo sugli ordini delle professioni di dottore commercialista e ragioniere⁶⁴.

È in questa fase che si verifica lo scontro con il Governo De Gasperi circa la norma di legge sulla nomina dei giudici costituzionali di spettanza presidenziale. La vicenda, che rappresentò uno dei momenti di più forte tensione tra Einaudi e il Governo, è molto conosciuta. Ma gli Archivi offrono un appunto privato, vergato a mano da Einaudi a seguito di un incontro con il Ministro della Giustizia Zoli, che appare di massima utilità per comprendere appieno l'interpretazione che Einaudi dava del potere di rinvio, del suo contenuto e dei suoi limiti. La posizione del Presidente esposta al Ministro era così riassunta:

È bene sia chiaro che non posso accedere ad alcuna formula diversa da quella Senato. Se la legge giunge sul mio tavolo con questa formula, sarà promulgata senz'altro. Se con formula diversa, invierò messaggio al Parlamento, con invito a nuovo esame. Ove, in conseguenza del nuovo esame, la formula sia quella del Senato, seguirà subito la promulgazione. Se diversa, pregherò il Presidente della Camera di convocare in seduta comune i membri delle due Camere affinché si proceda alla nomina di un nuovo presidente, il quale possa, ove lo creda, tempestivamente promulgare la legge; cosa che io non intendo fare, per il dovere di trasmettere intatti al successore i poteri stabiliti dalla costituzione⁶⁵.

Anche in occasione del quarto ed ultimo rinvio, Einaudi interpretò il proprio ruolo in piena autonomia dal Governo, concependo le prerogative presidenziali come indipendenti rispetto al circuito dell'indirizzo politico e cercando legittimazione, piuttosto, nella condivisione delle pro-

⁶³ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato del 28.1.1952, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 133 ss.

⁶⁴ Lettera del Presidente della Repubblica del 1.11.1953, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 239 (anche in L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente*, cit., 435 ss.): «Non resta se non fare i complimenti più vivi per la abilità con la quale nel momento stesso in cui si crea un monopolio di fatto a favore di certe persone, si è provveduto con acconcia eleganza verbale a dare l'impressione della libertà massima di scelta fra iscritti e non iscritti. [...] Si vede che la tradizione del guardasigilli Rocco, il quale istituiva il monopolio del sindacalismo corporativo fascistico nelle leggi medesime in cui sanciva il diritto dei datori di lavoro e dei lavoratori ad associarsi liberamente, non è spenta».

⁶⁵ Appunto sulla nomina dei giudici della Corte costituzionale del 18.2.1953, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 398.

prie ragioni da parte dell'opinione pubblica. Il rinvio dell'ottobre '53, sulla legge che prorogava i compensi c.d. casuali del personale di alcune strutture pubbliche, va infatti inquadrato nell'ambito del progressivo isolamento presidenziale rispetto al circuito dell'indirizzo politico⁶⁶.

Einaudi aveva anticipato al Governo il proprio orientamento: dapprima in sede di autorizzazione alla presentazione del disegno di legge alle Camere, preannunciando che senza correzioni avrebbe potuto esercitare il potere di rinvio⁶⁷; quindi, il mese successivo, in sede di promulgazione di una legge su temi affini, stavolta di iniziativa parlamentare, usando peraltro per la prima volta dello strumento della promulgazione con osservazioni, che tanto sviluppo avrebbe acquisito con le presidenze successive:

Se non fu da me richiesta, a norma dell'art. 74 della costituzione, con messaggio motivato, alle Camere una nuova deliberazione, ciò è stato dovuto esclusivamente al comando del superiore dovere morale di non distrarre, per motivi pur gravissimi, ma di mero ordine economico, governo e parlamento dai solenni ed alti problemi che in questo scorcio di tempo, prima delle elezioni della Camera dei deputati, doverosamente li occupano. L'ossequio a siffatto dovere morale non mi vieta, peraltro, di richiamare l'attenzione sua alla necessità di studiare tempestivamente ... la possibilità di una razionale sistemazione della materia contemplata nella presente legge⁶⁸.

Le Camere avrebbero tuttavia approvato il disegno di legge governativo senza particolari revisioni. Il messaggio presidenziale di rinvio è per la prima volta lungo, appassionato, carico di passaggi rivolti più al pubblico che al Parlamento, ma soprattutto argomentato attraverso motivazioni politiche e di critica all'indirizzo legislativo. Conviene osservare da vicino il nuovo lessico einaudiano. L'argomentazione giuridica è marginalizzata; la Costituzione, che pure avrebbe molto da dire, qui non interessa⁶⁹. Ricorre, invece, l'argomentazione storica alternata ad una reto-

⁶⁶ G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Il Quirinale. Storia politica e istituzionale da De Nicola a Napolitano*, Roma-Bari 2011, 44.

⁶⁷ Lettera del Presidente della Repubblica del 16.1.1953, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 176.

⁶⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro delle Finanze del 14.2.1953, in *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi*, cit., 196.

⁶⁹ Non convince l'interpretazione di L. PALADIN, *Presidente*, cit., 214, che ritiene il messaggio sui diritti casuali comunque motivato su presupposti costituzionali, benché impliciti. Nel senso del testo P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi*, cit., 5, e D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato*, cit., 376.

rica emotiva: il sistema dei diritti casuali, prorogato con la legge approvata dalle Camere, è «anarchico», «in sé irrazionale epperò fecondo di risultati contrari al bene pubblico».

Basta sfogliare una qualsiasi raccolta di editti anteriori al 1789 per leggervi lunghe tariffe di emolumenti dovuti da privati richiedenti servigi ad ogni sorta di magistrature, uffici, cancellerie e simili [...]. A mano a mano che la giustizia, la sicurezza, l'istruzione diventarono compiti statali, apparve sempre più ripugnante obbligare i cittadini bisognosi della tutela dello Stato a pagare qualcosa ai pubblici ufficiali per ottenere servizi ai quali lo Stato è tenuto in virtù della sua medesima esistenza⁷⁰.

Il messaggio prosegue, quindi, con una ricostruzione dell'origine dei diversi tipi di diritti casuali contemplati dall'ordinamento, descritti con la penna tipica del saggio polemico. È lo stile sarcastico e moraleggiante caro all'Einaudi saggista: la memoria va, soprattutto, al *pamphlet Via il Prefetto!*, del 1944:

Quasi senza avvedercene siamo a poco a poco recati a mutare la concezione dello Stato. Non più esso è creato per i cittadini; non più i pubblici funzionari hanno ragione di vita esclusivamente per i servigi che rendono ai cittadini. Lentamente si fa strada il principio opposto che i cittadini hanno ragione di esistere in quanto rendono servizio allo Stato. Non i pubblici impiegati sono al servizio ei cittadini; ma questi di quelli, capovolgendosi così la natura stessa dello Stato libero democratico⁷¹.

Dietro il messaggio di rinvio si può dunque leggere una delle “prediche inutili” che Einaudi avrebbe lasciato in eredità al Paese. Il passaggio rispetto allo stile collaborativo e deferente cui egli aveva improntato la propria presidenza non poteva essere più netto, e si lega indubbiamente ad un più generale ripensamento del proprio ruolo, che, se trova spiegazioni in ragioni personali, deve comunque essere ricondotto al progressivo deterioramento dei rapporti con Governo e Parlamento. Einaudi aderiva così a quella immagine, già avanzata in Assemblea costituente⁷², che attribuiva al Capo dello Stato il ruolo di interprete e «termometro»

⁷⁰ Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica a norma dell'articolo 74 della Costituzione del 21.11.1953.

⁷¹ Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica a norma dell'articolo 74 della Costituzione del 21.11.1953.

⁷² Bozzi, Ass. Cost., 23 ottobre 1947.

della corrente popolare, secondo una linea di valorizzazione del legame plebiscitario tra Capo dello Stato e popolo che era stata sostenuta già durante i lavori della costituente rivoluzionaria francese⁷³ e che si è verificata in diversi frangenti della storia americana⁷⁴.

Sono ormai lontani i sentimenti di deferenza nei confronti del Parlamento che avevano caratterizzato i toni del messaggio d'insediamento, così come la solidarietà con il Governo cui Einaudi aveva improntato la prima parte del proprio mandato. La fermezza della seconda metà del settennato einaudiano, manifestata anzitutto tramite l'interpretazione del potere di rinvio, avrebbe lasciato in eredità ai suoi successori strumenti incisivi di interposizione ed interdizione dell'indirizzo legislativo.

4. *Il primo interventismo presidenziale: le presidenze Gronchi e Segni*

Con la presidenza di Giovanni Gronchi (1955-1962), l'indipendenza della funzione presidenziale dall'esecutivo si intensificò ed il ricorso agli strumenti di interdizione nei confronti dell'indirizzo legislativo di maggioranza crebbe rispetto alla presidenza, nell'insieme più deferente, di Einaudi⁷⁵.

All'origine di questa indipendenza si colloca anzitutto l'opzione politica espressa dall'elezione di Gronchi al Quirinale: esponente della minoranza democristiana, proposto dalle sinistre contro il candidato ufficiale della democrazia cristiana, Cesare Merzagora, Gronchi concepì fin da subito il proprio ruolo in chiave critica nei confronti di maggioranza e Governo⁷⁶, muovendosi da protagonista tanto sulla scena della propo-

⁷³ Approfondimenti in tal senso nel mio *Fondare l'equilibrio. Il veto sulle leggi nelle due Costituenti settecentesche*, in *Giorn. st. cost.*, 1/2012, 31 ss.

⁷⁴ Penso soprattutto all'uso del potere di veto da parte di Andrew Jackson e Franklin Delano Roosevelt: cfr. A. BURATTI, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma 2012, 60 ss, 92 ss.; nonché ID., *Andrew Jackson e le trasformazioni della Costituzione americana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2013.

⁷⁵ Così pure A. MORRONE, *Il «Giano bifronte» del Colle più alto. Il contributo di Einaudi e di Gronchi nella definizione del ruolo del Presidente della Repubblica*, in A. BARBERA, M. CAMMELLI, P. POMBENI (a cura di), *L'apprendimento della Costituzione (1947-1957)*, Milano 1999, 112 ss.

⁷⁶ Secondo A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., 73, l'elezione di Gronchi «era venuta ad acquistare una colorazione fortemente "oppositiva" fino a proporsi come vera e propria istanza di delegittimazione della coalizione di governo». Cfr. pure G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Il Quirinale*, cit., 61.

Alla presidenza Gronchi si ispira la proposta di Paolo Barile dell'«indirizzo politico costituzionale»: «Il Capo dello Stato ha per suo precipuo compito quello di controllare

sta politica⁷⁷ quanto su quella dell'esercizio delle prerogative presidenziali, coprendo gli spazi che il confuso quadro politico e la debolezza dei Governi e delle maggioranze lasciavano alla manovra del Capo dello Stato.

Un approccio, questo, che venne a concretizzarsi anche attraverso il ricorso a strumenti di interdizione nei confronti dell'indirizzo legislativo di maggioranza. È vero che il rinvio delle leggi venne utilizzato in sole tre occasioni, prevalentemente per ragioni di difetto di copertura finanziaria; ma si tratta di un dato incomprensibile se non inquadrato nell'ambito del fitto dialogo istituzionale intessuto con Governo e Parlamento, volto a condizionare, prevenire e sovente minacciare il ricorso al rinvio delle leggi, con toni spesso spigolosi.

Ridimensionato, rispetto alla prassi del suo predecessore, l'uso di interloquire con il Governo in sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge alle Camere⁷⁸, già nel dicembre del 1955, dopo pochi mesi dalla propria elezione, Gronchi adotta la prima promulgazione di una legge con riserva⁷⁹: nel promulgare una legge in tema di esami di Stato per l'abilitazione all'insegnamento, egli invia una lettera al Presidente del Consiglio Segni circa la corretta interpretazione, conforme a Costituzione, di talune norme della legge promulgata, indicando i principi da seguire in sede di predisposizione dei decreti attuativi. La risposta del Presidente del Consiglio è pienamente adesiva: l'osservazione presidenziale, si legge, «sarà tenuta in deferente e premurosa considerazione da parte del Governo»⁸⁰.

l'indirizzo politico di maggioranza, ed eventualmente di correggerlo per allinearlo alla attuazione dei fini costituzionali» (P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 307 ss., dove anche un'espressa approvazione dell'affermazione di Gronchi secondo cui i poteri del Presidente possono «esercitarsi anche nei confronti di una determinata politica, sui cui aspetti negativi il Presidente della Repubblica voglia richiamare l'attenzione delle Camere»).

⁷⁷ Fin dal discorso di insediamento, Gronchi espresse un programma politico di apertura della maggioranza di governo ai socialisti, finalizzato ad una stagione di piena attuazione della Costituzione. Un significativo appoggio in tal senso venne dal notissimo P. Calamandrei, «*Viva vox Constitutionis*», in *Il Ponte*, 1955, 809 ss., dove si affidava al Presidente la «funzione di stimolo preventivo contro l'inerzia costituzionale, o addirittura contro il "sabotaggio" costituzionale del governo».

⁷⁸ G. GUIGLIA, *L'autorizzazione*, cit., 97.

⁷⁹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 15.12.1955 (ASPR (A.C.), f. 11).

⁸⁰ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 29.12.1955 (ASPR (A.C.), f. 11).

Già la settimana seguente Gronchi rinnova l'iniziativa: in due lettere al Presidente del Consiglio il Capo dello Stato fa osservare la carenza di copertura finanziaria di due leggi appena promulgate. Scriveva – fra l'altro – illustrando la propria strategia:

Ho voluto evitare di rinviare alle Camere i provvedimenti, con mio messaggio motivato, a norma dell'art. 74 della Costituzione, ma debbo vivamente pregarLa di considerare il problema con la opportuna sollecitudine⁸¹.

Così facendo, Gronchi inaugurava un'interpretazione dei poteri presidenziali ed un modello di rapporti istituzionali che deponeva per un deciso intervento presidenziale nel merito di valutazioni fin lì ritenute di esclusiva spettanza governativa. Non a caso, quando nel luglio del '56 Gronchi interviene con il medesimo strumento su di una legge in materia di provvidenze per la cinematografia, finanziata con modalità di copertura ritenute «una vera e propria tautologia finanziaria gravante sul deficit, e quindi onerosa per il contribuente»⁸², il Presidente del Consiglio risponde con un'approfondita spiegazione sulla tecnica di copertura adottata, «ormai convalidata dalla prassi parlamentare», mantenendo ferme le proprie posizioni⁸³.

Il numero complessivamente circoscritto di rinvii delle leggi adottati durante il settennato di Gronchi deve essere spiegato anche in ragione di ulteriori circostanze: nel marzo del 1958, in regime di *prorogatio* delle Camere, Gronchi è chiamato a promulgare una legge in materia di trattamento economico dei militari in servizio all'estero, ritenuta priva di copertura finanziaria:

Se le Camere non fossero sciolte – scrive Gronchi al Presidente del Consiglio – non esiterei ad avvalermi della facoltà concessami dall'art. 74 della Costituzione; non posso tuttavia fare a meno di tenere nella dovuta considerazione le perplessità e gli inconvenienti a cui rischierebbe di dare luogo l'esercizio di tale potere in regime di “prorogatio”, in riguardo soprattutto alla possibilità che le Camere sciolte procedano ad una nuova deliberazione in sede di riunione straordinaria. Poiché non mi pare opportuno sollevare

⁸¹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 23.12.1955 (ASPR (A.C.), f. 11). Di identico tenore la lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri, in pari data, (ASPR (A.C.), f. 11).

⁸² Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 31.7.56 (ASPR (A.C.), f. 11).

⁸³ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 20.11.1956 (ASPR (A.C.), f. 11).

in questo frangente il delicato problema dei limiti delle potestà delle Camere in regime di “*prorogatio*”, ho deciso di apporre la mia firma alla legge nonostante le irregolarità riscontrate, ma sono costretto a chiedere formalmente il preciso impegno del Governo di presentare con urgenza alle nuove Camere un disegno di legge che provveda a sanare le norme imperfette⁸⁴.

In questo caso, dunque, lo strumento della promulgazione con riserva offre al Capo dello Stato una strada più flessibile rispetto al rinvio per esercitare la propria funzione di controllo, allo stesso tempo mantenendo il potere di rinvio all'interno di un contesto di generale ossequio per le prerogative parlamentari, rifuggendo dalla tentazione di farvi ricorso contro un Parlamento privo della possibilità di superare l'opposizione presidenziale.

Ma la deferenza nei confronti del Parlamento mostrata in questa vicenda era destinata a venir meno: quando, il mese successivo, le Camere ormai prossime al rinnovo approvano, in commissione, sette leggi di spesa prive di copertura finanziaria o con scorretta indicazione della copertura, il Ministero del Tesoro, oppostosi in sede parlamentare alla loro approvazione, sottopone al Presidente il problema, con un implicito invito al rinvio. Gronchi, indispettito tanto dalla condotta dei parlamentari quanto dall'inusuale tentativo governativo di appropriarsi del potere di rinvio, reagisce con l'ormai consueto strumento della promulgazione con osservazioni⁸⁵. Ma il Presidente è, in questo frangente, sempre più convinto della necessità di intervenire direttamente sulle prassi parlamentari: nell'ottobre del '58 scrive al Presidente del Senato per segnalare l'inidoneità della procedura legislativa seguita per l'istituzione di una commissione d'inchiesta, ritenuta contraria all'art. 82 Cost. Ne approfitta per formulare considerazioni circa l'opportunità di mettere mano alla omogeneizzazione di talune norme regolamentari in materia di procedimenti monocamerale che richiedono il concorso dei due rami del Parlamento:

Intanto appare necessario che senza ritardo entrambi i regolamenti del Senato e della Camera dei Deputati siano riveduti e integrati convenientemente per stabilire una disciplina uniforme del procedimento d'inchiesta [...]. Colgo poi l'occasione per richiamare la Sua attenzione sulla necessità ormai urgente che con eguale criterio di uniformità si provveda in sede regolamentare alla disciplina comune di altre procedure, le cui attuali carenze

⁸⁴ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 26.3.1958 (ASPR (A.C.), f. 11).

⁸⁵ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8.4.1958 (ASPR (A.C.), f. 11).

o lacune rischiano di rendere ineseguibili fondamentali istituti della Costituzione⁸⁶.

Il principale scontro istituzionale tra Gronchi e il Parlamento si sarebbe verificato sulla questione del “coordinamento formale” del testo legislativo, operato dalla Presidenza dell’Aula o della commissione dopo il voto finale, sulla base di un mandato in tal senso conferito dal collegio, benché la norma regolamentare lo autorizzasse soltanto in via preliminare al voto finale. Della legittimità di tale prassi era stata investita già la Corte costituzionale: in quell’occasione la Corte, dopo aver affermato la propria competenza a sindacare della coincidenza dei testi deliberati dai due rami del Parlamento, escludendo che «la posizione costituzionale di indipendenza delle Camere [implicasse] l’assoluta insindacabilità ... del procedimento con cui gli atti delle Camere vengono deliberati, ed in particolare l’insindacabilità da parte della Corte costituzionale del procedimento di formazione di una legge», ritenne tuttavia che la prassi del coordinamento formale eseguito dopo la votazione finale del collegio competente – rispondente «ad esigenze del funzionamento di organi collegiali» – non potesse ritenersi contraria alla Costituzione, sempre che «il testo coordinato ... abbia una formulazione che non alteri la sostanza del testo che aveva formato oggetto della votazione finale della Camera o della Commissione competente»⁸⁷: un’indicazione, questa, cui le prassi parlamentari avrebbero tuttavia faticato ad adeguarsi.

Nell’ottobre del ’59, al momento dell’approvazione di una legge in materia di autostrade, Gronchi preferisce promulgare la legge, ritenuta urgente, nonostante la divergenza sostanziale dei testi approvati dai due rami del Parlamento, divergenza appianata soltanto in sede di coordinamento formale. In una lettera inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Presidente della Camera dei Deputati contestualmente alla promulgazione, Gronchi osserva:

Ritengo però di dover avvertire ... che qualora in altre occasioni si dovesse pervenire nella maniera seguita per il provvedimento in argomento a modificare nella sostanza i deliberati formalmente adottati nelle sede competente, non esiterò ad avvalermi del potere di rinvio alle Camere con messaggio motivato⁸⁸.

⁸⁶ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Senato del 21.10.1958 (ASPR (A.C.), f. 11).

⁸⁷ C. cost., sent. n. 9 del 1959, nn. 5 e 7 del cons. in dir.

⁸⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Senato del 29.10.1959 (ASPR (A.C.), f. 11).

Nel luglio del '60 viene approvata, in commissione, una legge in materia di imprese edili che, tuttavia, perviene alla Presidenza della Repubblica ben oltre il termine prescritto dall'art. 73 Cost. per la promulgazione, in ragione dei ritardi derivanti dalle operazioni di coordinamento formale tra i testi approvati dai due rami del Parlamento. Per Gronchi non si tratta soltanto di tutelare le proprie prerogative, sottolineando la necessità che le leggi siano trasmesse tempestivamente al Quirinale, al fine di poter esercitare con la dovuta attenzione il proprio esame⁸⁹, ma soprattutto di biasimare il ricorso alla prassi del coordinamento formale. Pertanto, egli rinvia la legge con un messaggio dai toni fermi e significativamente più prolisso rispetto ai precedenti messaggi, assai stringati, motivati sulla base della carenza di copertura finanziaria:

Procedure di questo genere, non conformi né allo spirito né alla lettera della Costituzione, si sono seguite in altre occasioni, che io non ho mancato di rilevare, sia pure in forma non ufficiale, giungendo fino ad investire, in un caso, la competenza della Corte costituzionale. Se il Capo dello Stato si astenesse ancora una volta dal richiamare l'attenzione del Parlamento sulla questione, ciò equivarrebbe a prendere atto della formazione di consuetudini abrogative o innovative in palese contrasto con chiare disposizioni costituzionali che soltanto il legislatore ha il potere ed il mezzo di modificare. Credo si debba riconoscere che in materia di coordinamento delle leggi approvate sono stati adottati talvolta ... metodi che si potrebbero definire empirici, tali da sollevare in qualche caso perplessità e dissensi. Il che è da imputare alla mancanza, per entrambe le Assemblee, di norme regolamentari, più precise di quelle esistenti, le quali disciplinino con certezza la delicata materia⁹⁰.

I ripetuti interventi presidenziali su di un profilo tradizionalmente ritenuto di esclusiva giurisdizione del Presidente d'Assemblea – nonché lo sgarbo subito, di essere stato escluso dal novero dei destinatari della missiva presidenziale – spinge il Presidente del Senato Merzagora ad inviare una lunga lettera a Gronchi, nella quale difende la prassi del coordinamento formale esercitato dalla presidenza della commissione previa delega della commissione stessa. Il tono è piccato:

Dopo averLe fornito questi chiarimenti, mi consenta di dichiararLe, Signor Presidente, che tanto ho fatto a titolo del tutto personale; ché, la via da Lei

⁸⁹ D. Galliani, *Il Capo dello Stato*, cit., 389 ss.

⁹⁰ Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (7.10.1960).

seguita per esprimere un giudizio sulla legittimità di una deliberazione del Senato – e cioè non il messaggio alle Camere ma una lettera al Presidente di una di esse – non mi permette di prendere ufficialmente posizione alcuna, né di portare la questione nella sede competente; tanto più in quanto la questione involge anche il delicato problema relativo ai limiti del potere di sindacato dell'attività del Parlamento da parte di organi esterni al Parlamento stesso⁹¹.

Il medesimo interventismo è esercitato dal Presidente nei confronti delle funzioni normative dell'esecutivo, soprattutto a partire dal '58. Ciò avviene anzitutto in sede di autorizzazione alla presentazione alle Camere dei disegni di legge governativi. Lo strumento, molto utilizzato da Einaudi, ebbe meno spazio nella prassi di Gronchi. Ma anche nelle poche occasioni di interlocuzione con il Governo in questa fase, Gronchi si orientò ad un irrigidimento delle proprie posizioni: un disegno di legge sulle imposte è autorizzato nonostante il parere contrario del Presidente «al merito del provvedimento», «anche se, per ragioni di opportunità, non ho ritenuto di dover negare la mia firma»⁹²; e quando verifica che un suo suggerimento, espresso in sede di autorizzazione alla presentazione del disegno di legge, non ha dato luogo ad alcuna correzione sul testo trasmesso alle Camere, sollecita il Presidente del Consiglio a «tenerne il debito conto in sede di discussione parlamentare»⁹³.

Nel gennaio del '59 Gronchi formula osservazioni e richieste di riesame al momento della emanazione di un decreto legislativo, contestando aspetti di merito e di rispetto della delega parlamentare, entrando nello specifico della formulazione dell'articolato in alcuni passi e costringendo il Ministro ad adeguarsi alle osservazioni presidenziali.

Con il trascorrere del settennato, dunque, le osservazioni presidenziali non sono più moniti sostitutivi del rinvio delle leggi vincolate a rilievi di tenore costituzionale o di correttezza procedimentale, ma intervengono nel merito dei contenuti normativi orientati alla loro corretta interpretazione se non alla loro correzione: nell'ottobre del '60, la

⁹¹ Lettera del Presidente del Senato al Presidente della Repubblica del 21.11.1959 (ASPR (A.C.), f. 11).

⁹² Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 29.9.1958, in Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi, Quaderni di documentazione*, Nuova serie, 11/1, Roma, 2009, 139.

⁹³ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 29.9.1958, in Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, *Discorsi e messaggi del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi*, cit., 141.

constatazione da parte del Presidente di errori e imprecisioni nel testo di una legge in materia di vendita di olii, pur promulgata perché urgente, costringe il Governo a presentare un disegno di legge correttivo, rapidamente approvato dalle Camere⁹⁴.

Particolarmente significativa, quantitativamente e qualitativamente, fu anche l'attività di *moral suasion* del Presidente Gronchi, spesa per sollecitare Governo e Parlamento all'adozione delle leggi di attuazione della Costituzione. Rispetto ai fitti colloqui tra De Gasperi ed Einaudi, al confine tra la collaborazione istituzionale e il dialogo personale, l'attività di *moral suasion* si irrigidisce nelle forme e nei toni, si carica di una dimensione ufficiale e di una valenza retorica: pur rimanendo l'interlocutore privilegiato in ragione della dipendenza reciproca imposta dalla Costituzione, il Capo dello Stato è ora definitivamente separato dal Governo, rispetto al quale si interfaccia più in senso dialettico che collaborativo.

Al di là dei rapporti, senz'altro spigolosi, con partiti e uomini politici, Gronchi impose – in piena coerenza con la visione programmatica e di indirizzo cui improntò la propria presidenza – un'interpretazione non formale delle prerogative presidenziali di partecipazione alla funzione legislativa: queste, lungi dal limitarsi al solo momento della promulgazione delle leggi, comportavano un sindacato sulle procedure interne di altri organi costituzionali e sui contenuti sostanziali dei provvedimenti normativi, delineando così una funzione presidenziale di garante a tutto tondo della Costituzione, intimamente contrappositiva rispetto all'indirizzo politico di maggioranza.

Benché improntata – sin dal messaggio di insediamento – ad una maggiore deferenza nei confronti del Parlamento e ad una normalizzazione del ruolo del Capo dello Stato rispetto al protagonismo del suo predecessore, la breve presidenza di Antonio Segni (1962-1964) si sarebbe presto conformata all'indirizzo impresso da Gronchi con riferimento all'interposizione nella funzione legislativa. A favorire questa tendenza fu, tra l'altro, la coincidenza del biennio della sua presidenza con i Governi di centrosinistra, rispetto ai quali Segni – esponente delle correnti conservatrici della democrazia cristiana – avrebbe svolto una funzione di parziale bilanciamento⁹⁵.

⁹⁴ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio del 26.10.1960 (ASPR (A.C.), f. 11).

⁹⁵ Di una «azione di freno» rispetto al centrosinistra parlano esplicitamente G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Il Quirinale*, cit., 102; di «contrappeso politico interno alla maggioranza» parlano A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., 290.

Spicca anzitutto il dato relativo ai rinvii delle leggi, cui Segni ricorse in otto occasioni: moltissime, se proiettate nell'arco dei due anni del suo mandato. Tutti i messaggi – estremamente sintetici e puntuali – furono motivati sulla base della mancata o scorretta copertura finanziaria. In questo modo, egli intese contrapporsi alla prassi, che allora prendeva piede, dell'approvazione di leggi di spesa, deliberate in commissione legislativa con il concorso dei gruppi parlamentari di opposizione, specie alla scadenza della legislatura.

Le Camere si adeguarono ai rinvii presidenziali, talora modificando i criteri di copertura, talora accantonando la legge.

Ai rinvii, peraltro, Segni ricorse solo quando la carenza di copertura finanziaria appariva incontrovertibile, insuscettibile di accomodamenti e tale da compromettere il bilancio dello Stato. In numerose altre occasioni, il sindacato presidenziale sulle modalità di copertura finanziaria delle leggi condusse ad un'interlocuzione con il Governo, sovente conclusa con moniti circa le prassi adottate, di dubbia compatibilità con il precetto di cui all'art. 81 Cost. Nelle numerose osservazioni formulate all'atto della promulgazione, il Presidente talora contesta la copertura delle spese attraverso entrate derivanti da esercizi futuri⁹⁶; quindi, impone che i decreti legislativi diano conto della propria copertura finanziaria, non ritenendo sufficiente la copertura prevista nella legge di delega, opponendosi così all'opinione del Governo⁹⁷; in un'altra occasione contesta la carenza di copertura pluriennale delle leggi⁹⁸; infine, censura l'inserimento di norme dal contenuto sostanziale nella legge di bilancio⁹⁹. In alcuni casi, poi, come già avvenuto durante la presidenza Gronchi, il ricorso alle osservazioni in sede di promulgazione viene preferito al rinvio in ragione dell'intervenuto scioglimento delle Camere¹⁰⁰.

Ma Segni non limitò di certo la propria attività al sindacato sul rispetto dei vincoli di bilancio ed alla censura di prassi legislative disinvolute in tema di copertura finanziaria: in più di un'occasione ricorse allo

⁹⁶ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 18.8.1962 (ASPR (A.C.), f. 11).

⁹⁷ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 2.3.1963 (ASPR (A.C.), f. 11).

⁹⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro del Tesoro del 6.2.1964 (ASPR (A.C.), f. 11).

⁹⁹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 29.9.64 (ASPR (A.C.), f. 11).

¹⁰⁰ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 2.3.1963 (ASPR (A.C.), f. 11). Ne dava conto G. FERRARA, *Il rinvio delle leggi alle camere prorogate*, Milano 1964, 3.

strumento della promulgazione con osservazioni per esprimere perplessità sui contenuti dei provvedimenti normativi, allo scopo di favorire loro interpretazioni ed applicazioni¹⁰¹.

Se l'esperienza di Presidente della Camera dei deputati, rivestita prima dell'elezione al Quirinale, aveva influito sull'ingerenza di Gronchi rispetto alle prassi parlamentari, l'esperienza di Segni a capo del Governo lo avrebbe portato ad interloquire in via preferenziale con l'esecutivo ed a rivolgere al Governo la massima parte delle proprie osservazioni e pressioni. Non a caso, torna a crescere il numero delle osservazioni formulate in sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge, che si attestano sulle cifre proprie della prassi einaudiana. Peraltro, nei contenuti, si tratta di osservazioni assai più critiche rispetto a quelle, prevalentemente collaborative, di Einaudi. In buona parte dei casi le osservazioni presidenziali vennero presentate unitamente al decreto firmato autorizzante la presentazione del disegno di legge alle Camere. Ma il Presidente ricorse anche ad una più sfuggente formula di «sospensione» della firma del decreto di autorizzazione¹⁰², così come alla più grave richiesta formale di riesame del disegno di legge¹⁰³. A fronte di questi dinieghi, il Governo talora replicò insistendo sulla formulazione originaria; e sebbene nella maggior parte dei casi Segni si fosse adeguato, egli seppe anche dimostrare l'efficacia del proprio potere interdittivo in sede di autorizzazione.

È soprattutto nei confronti del Governo Moro che Segni intensifica la propria interdizione, anzitutto in sede di autorizzazione alla presentazione alle Camere dei disegni di legge governativi, ricorrendovi con frequenza inusitata ed avanzando pretese certamente inedite in ordine alla

¹⁰¹ Si consideri, in proposito, la lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 25.2.1963 (ASPR (A.C.), f. 11), su di una legge inerente la cassa nazionale di previdenza e assistenza degli avvocati e procuratori, in cui svolge considerazioni di merito; o, ancora, la lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Ministro di Grazia e Giustizia del 6.7.1964 (ASPR (A.C.), f. 11), in cui esprime osservazioni sull'opportunità che, per il futuro, le leggi in materia di istituzione di tribunali siano sottoposte al preventivo parere del Consiglio superiore della magistratura, pur nel silenzio della Costituzione.

¹⁰² Cfr. le Lettere del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 20.11.1962, del 23.5.1963, del 3.3.1964 e del 21.6.1964 (tutte in ASPR (A.C.), f. 14).

¹⁰³ Cfr. la Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro delle Finanze del 14.6.1962, la Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro dell'Interno del 27.7.1962, nonché le Lettere del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 20.11.1962, del 3.3.1964, del 18.3.1964, del 12.5.1964, del 23.5.1964, del 21.6.1964 (tutte in ASPR (A.C.), f. 14).

prerogativa presidenziale. In materia di enti per lo sviluppo, a seguito della richiesta di riesame di Segni, Moro insistette per ottenere l'autorizzazione presidenziale:

Non posso esimermi dal rappresentarLe l'opportunità che il provvedimento abbia corso, in considerazione della particolare rilevanza politica e sociale che esso riveste nel quadro delle iniziative programmatiche del Governo [...]. Desidero peraltro assicurarLa che il Governo non mancherà di adoperarsi a perfezionare, ove occorra, il provvedimento in sede parlamentare¹⁰⁴,

Segni tuttavia replicava fermamente:

Debbo comunicarLe che le considerazioni svolte e gli elementi dedotti non valgono – nonostante ogni buon volere – a superare le osservazioni fatte nella mia precedente¹⁰⁵.

Se in questa vicenda Segni ebbe la meglio, imponendo le modifiche richieste, molto più drammatico sarebbe stato lo scontro sul disegno di legge sul sistema elettorale dei Consigli regionali, in cui Moro difese le prerogative del Governo, impedendo l'espansione del controllo presidenziale. Alle obiezioni di costituzionalità del Presidente¹⁰⁶, Moro replica con osservazioni prevalentemente di opportunità politica, rinviando alle Camere eventuali correzioni del disegno di legge¹⁰⁷. La reazione di Segni è infastidita:

di fronte a tali considerazioni, debbo confermarLe le mie precedenti osservazioni, non certo superate dalle argomentazioni contenute nella Sua risposta. Se però il Governo, nella sua responsabilità politica, insiste perché il disegno di legge sia presentato alle Camere, firmerò il disegno stesso con la esplicita riserva di valermi, a suo tempo, nei confronti della decisione delle Camere adottante il sistema elettorale indiretto di cui è questione, del diritto dell'art. 74 della Costituzione¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 26.3.1964 (ASPR (A.C.), f. 14).

¹⁰⁵ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 4.4.1964 (ASPR (A.C.), f. 14).

¹⁰⁶ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 12.5.1964 (ASPR (A.C.), f. 14).

¹⁰⁷ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 15.5.1964 (ASPR (A.C.), f. 14).

¹⁰⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 18.5.1964 (ASPR (A.C.), f. 14).

Di grande interesse è poi la polemica – senz'altro anch'essa condizionata dai rapporti tesi tra i due protagonisti, ma funzionale al rispetto delle prerogative costituzionali del Capo dello Stato – che Segni rivolse al Presidente del Consiglio Moro circa il potere di decretazione d'urgenza. Nel febbraio del '64, il Consiglio dei Ministri delibera una serie di decreti-legge, dandone comunicazione alla stampa immediatamente dopo il Consiglio, dunque prima che il Presidente, chiamato ad emanarli, ne potesse prendere visione. Segni invia immediatamente una lettera dal tono piccato, in cui, in realtà, sembra più infastidito dallo sgarbo che dalla sua sostanziale esclusione dalla valutazione sui contenuti dei decreti¹⁰⁹. Moro risponde con una lettera di scuse¹¹⁰ cui, a sua volta, Segni replica:

Sono lieto che il Governo abbia condiviso pienamente quanto da me fatto presente e prendo atto delle Sue assicurazioni che inconvenienti del genere non avranno a ripetersi per l'avvenire¹¹¹.

Se qui sembra prevalere un'esigenza di correttezza formale, in una vicenda di poco successiva il Presidente Segni avrebbe fatto valere un proprio potere discrezionale circa il ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza, esercitando un potere interdittivo nei confronti della volontà governativa: il 28 luglio 1964, al termine di una crisi di governo, Moro rappresenta al Presidente Segni l'esigenza di adottare un decreto-legge in materia fiscale, ritenendolo di «urgenza evidente»¹¹². Segni avvisa la propria opposizione all'emanazione, con una lettera in cui si sofferma su considerazioni sul ruolo del decreto-legge:

Mi sembra che una corretta interpretazione dell'art. 77 della Costituzione – norma eccezionale in quanto derogativa della competenza primaria del Parlamento nella formazione delle leggi e, quindi, da usare entro i limiti più rigorosi – impedisca di ravvisare, nei provvedimenti di cui si tratta, gli estremi voluti per giustificare il ricorso al decreto-legge [...]. La mia preoccupazione è di salvaguardare la Costituzione ed i diritti che essa conferisce agli

¹⁰⁹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 23.2.1964 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹¹⁰ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 2.3.1964 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹¹¹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri, s.d. (ASPR (A.C.), f. 24).

¹¹² Lettera (manoscritta) del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 28.7.1964 (ASPR (A.C.), f. 24).

organi legislativi e di far sì che non diventi normale un sistema di legiferazione che deve essere “straordinario”¹¹³.

Nella medesima lettera, peraltro, Segni lasciava intendere di essersi già opposto in altre occasioni all’emanazione di decreti-legge privi dei requisiti di necessità ed urgenza¹¹⁴, benché, evidentemente, attraverso comunicazioni informali, non essendovi traccia di precedenti di tal genere negli archivi del Quirinale. Non si tratta, come si vede, di un intervento assimilabile ai consigli che Einaudi riservava a De Gasperi: la minaccia esplicita di rifiutare l’emanazione e i toni severi cui Segni ricorre permettono di ascrivere questo intervento presidenziale ad un sostanziale diniego di emanazione, pur espresso in un momento preliminare alla approvazione del decreto¹¹⁵.

Il Presidente del Consiglio Moro non manifestò acquiescenza rispetto alla volontà presidenziale: in una lettera del 7 agosto, pur convenendo sulle considerazioni di ordine generale formulate dal Presidente Segni, che aveva frattanto autorizzato la presentazione alle Camere di un disegno di legge ordinaria contenente la disciplina in questione, insisteva per la necessità di provvedere con decreto-legge¹¹⁶. Il Presidente Segni, dopo alcune settimane, cedette alle pressioni del Governo, ed emanò il decreto. Sono i primi segnali di una dialettica destinata a lievitare negli anni.

5. *Le presidenze deferenti: da Saragat a Leone*

Le dimissioni di Segni avrebbero portato all’elezione del socialdemocratico Giuseppe Saragat alla Presidenza della Repubblica. Per i profili di nostro interesse la presidenza Saragat (1964-1971) è caratterizzata da

¹¹³ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 1964 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹¹⁴ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 1964 (ASPR (A.C.), f. 24): “Del resto, non è la prima volta che, nell’oppormi al ricorso al decreto-legge in casi che non rientrano chiaramente nei limiti posti dall’art. 77 della Costituzione, ho fatto rilevare come non si possa secondare la tendenza ad usar troppo di un mezzo che è, e deve restare, straordinario”.

¹¹⁵ La vicenda è archiviata con la dizione «diniego di emanazione» dal Segretariato generale della Presidenza della Repubblica.

¹¹⁶ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 7.8.1964 (ASPR (A.C.), f. 24).

un radicale ridimensionamento dell'interposizione presidenziale nella determinazione dell'indirizzo legislativo.

La significativa inversione rispetto alla linea seguita dai suoi predecessori va inquadrata all'interno del contesto politico: la presidenza Saragat, infatti, coincise con la prosecuzione dell'esperienza del centro-sinistra, un'opzione politica, questa, che proprio Saragat aveva architettato e costruito, una volta chiusa la stagione del centrismo degasperiano, e che durante il proprio settennato intese proseguire, tanto sostenendo la formazione di governi vincolati al progetto politico di centro-sinistra, quanto esercitando prudenza nei confronti dell'indirizzo espresso da governi sempre più deboli¹¹⁷.

Il dato relativo ai rinvii legislativi, mai adottati nel corso del suo settennato, è di per sé eloquente. Ma altrettanto stupefacente è il dato relativo all'uso da parte di Saragat degli strumenti sviluppatisi nel corso delle presidenze precedenti, quali promulgazioni con osservazioni, richieste di riesame e dinieghi di emanazione: Saragat vi ricorse in una sola occasione, nell'aprile del '68. Nel promulgare una legge in materia di riconoscimento del valor militare alla memoria, egli ritenne di formulare al Governo le proprie riserve con riferimento al difetto di copertura finanziaria, essendo frattanto intervenuto lo scioglimento delle Camere e volendo pertanto evitare di rinviare la legge¹¹⁸. Anche in questo caso, dunque, egli ispirava la propria condotta ad un canone di deferenza, preferendo rinunciare al rinvio nonostante la palese incostituzionalità dell'atto normativo, conformandosi, così, all'indirizzo dei suoi predecessori rispetto alle Camere in regime di *prorogatio*.

Interessato assai di più ad altre manifestazioni del ruolo presidenziale – quali discorsi ufficiali e viaggi all'estero – Saragat mantenne la Presidenza della Repubblica ai margini dell'indirizzo legislativo ordinario: ma ciò è probabilmente imputabile al parallelo sviluppo di una dialettica di tipo informale con Governo e maggioranza parlamentare, svolta attraverso il filtro del partito socialdemocratico e dei suoi esponenti nel Governo.

La presidenza di Giovanni Leone (1971-1978), per molti versi più movimentata e discussa rispetto a quella di qualsiasi altro Presidente, presenta caratteristiche simili alla precedente con riferimento alla materia di nostro interesse.

¹¹⁷ G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Il Quirinale*, cit., 134.

¹¹⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 7.4.1968 (ASPR (A.C.), f. 11).

Pur intenzionato ad interpretare con maggiore protagonismo il proprio ruolo, come testimoniato, anzitutto, dall'ampio messaggio alle Camere dell'ottobre del '75¹¹⁹, Leone non volle riaprire i canali di interposizione rispetto a Governo e Parlamento che avevano caratterizzato i mandati di Gronchi e Segni, e fece un uso assai limitato delle proprie prerogative costituzionali.

Le carte conservate presso l'Archivio storico della Presidenza della Repubblica fanno emergere un chiaro indirizzo, perseguito da Leone, di limitazione del ricorso al rinvio delle leggi. Sollecitato in tal senso, ora dal Ministero del Tesoro avverso leggine di spesa approvate dalle Camere nonostante il contrario avviso del Governo¹²⁰, ora dallo stesso Presidente della Camera dei deputati, come stratagemma per sanare un vizio formale riscontrato solo dopo l'invio della legge per la promulgazione¹²¹, Leone replica escludendo garbatamente l'uso del rinvio presidenziale – atto, scrive espressamente, da riservare a provvedimenti normativi «di maggiore risonanza e comprensione anche nell'opinione pubblica»¹²². Perfino di fronte ad una legge recante un ordine di esecuzione di un trattato internazionale approvata in commissione, dunque in palese contrasto con il disposto dell'art. 72, u.c., Cost., Leone preferì evitare il rinvio e procedere, invece, alla promulgazione con osservazioni¹²³.

Questo indirizzo restrittivo, se dà conto di un Leone restio a contrapporsi alla volontà di Parlamento e Governo, testimonia altresì della sua resistenza ai tentativi, avanzati in più momenti, di appropriazione del potere di rinvio da parte del Governo, e del Ministero del Tesoro in particolare.

Non stupisce, pertanto, che il principale canale di comunicazione con gli organi di indirizzo politico divenne l'attività di *moral suasion*, caratterizzata da un approccio maggiormente collaborativo e deferente rispetto alle valutazioni governative, benché, per certi aspetti, più ampio sotto il profilo delle valutazioni di merito che possono trovarvi espres-

¹¹⁹ Ma si consideri, nel senso di una programmata deferenza nei confronti del Parlamento, il discorso d'insediamento di Leone (cfr. G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Il Quirinale*, cit., 157).

¹²⁰ Lettere del Ministro del Tesoro al Presidente della Repubblica del 22.12.1973 (ASPR (A.C.), f. 11).

¹²¹ Lettera del Presidente della Camera dei Deputati al Presidente della Repubblica del 31.10.1974 (ASPR (A.C.), f. 11).

¹²² Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro del Tesoro del 31.12.1973 (ASPR (A.C.), f. 11).

¹²³ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 22.6.1975 (ASPR (A.C.), f. 11).

sione. Questa attività Leone svolse, diversamente da Saragat, attraverso il ricorso a comunicazioni ufficiali: si consideri, per esempio, il sollecito di un'iniziativa legislativa per disciplinare il criterio di formazione dei collegi giudicanti delle Corti di Assise¹²⁴; il fermo richiamo rivolto al Ministro della Giustizia sulla riforma del codice penale¹²⁵; il sollecito dell'esame delle proposte di legge di modifica di taluni articoli del codice penale militare di pace, oggetto di giudizi pendenti dinanzi alla Corte costituzionale¹²⁶; il sollecito di un'iniziativa legislativa volta a disciplinare l'uso delle armi confiscate¹²⁷. Il ricorso a canali formali di interlocuzione, rispetto alla prassi di Saragat di conversazioni riservate, attesta d'altronde un certo isolamento politico del Presidente, cifra di tutto il settennato di Leone.

L'occasione per tornare, dopo più di dieci anni di astensione, all'esercizio del potere di rinvio si sarebbe presentata nell'ottobre del 1975, quando al Quirinale pervenne per la promulgazione una legge in materia di sistema di elezione dei componenti del Consiglio superiore della magistratura. Il Presidente elaborò un messaggio di rinvio molto articolato, che muovendo dai profili di costituzionalità giungeva anche ad osservazioni di merito, in cui riversò la sua competenza di giurista e la sua esperienza di costituente particolarmente impegnato proprio in materia di ordinamento giudiziario, prospettando anche possibili soluzioni di riforma legislativa¹²⁸. Approvata a larga maggioranza dalle Camere, la legge disponeva la non immediata rieleggibilità dei membri del Consiglio, superabile soltanto dopo due consiliature, in palese contrasto con il disposto dell'art. 104 Cost., che vieta l'immediata rieleggibilità senza l'ulteriore limite della decorrenza di due consiliature; così disponendo per la sola componente togata, peraltro, la legge introduceva una distinzione con la componente laica del Consiglio, palesando, ad avviso del Presidente, una violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo del principio di uguaglianza¹²⁹.

¹²⁴ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro di Grazia e Giustizia del 22.11.1972 (ASPR (A.C.), f. 43).

¹²⁵ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro di Grazia e Giustizia del 6.10.1973 (ASPR (A.C.), f. 43).

¹²⁶ Lettera del Segretario Generale della Presidenza della Repubblica al Ministro della Difesa del 22.1.1974 (ASPR (A.C.), f. 43).

¹²⁷ Lettera del Segretario Generale della Presidenza della Repubblica ai Ministri dell'Interno e di Grazia e Giustizia del 4.3.1974 (ASPR (A.C.), f. 43).

¹²⁸ Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (30.10.1975).

¹²⁹ Per un ampio commento al messaggio v. ora D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato*, cit., 402 ss. Osservazioni critiche in S. BARTOLE, *Divagazioni a margine del rinvio presidenziale*

A questi vizi di legittimità, Leone accostava, poi, «ulteriori dubbi, attinenti alla legittimità ed anche al merito» della legge, relativi alle ulteriori esclusioni dall'eleggibilità ed ai criteri per l'elezione delle diverse categorie di magistrati.

Le Camere, tuttavia, riapprovando la legge si adeguarono solo parzialmente alle obiezioni presidenziali, marcando ancora una volta la più generale sfiducia che il mondo politico veniva maturando nei riguardi del Presidente.

Fu, questo, l'unico rinvio adottato da Leone, nell'ambito di una presidenza che, pure nella progressiva erosione della fiducia reciproca tra Presidente e classe politica, si attenne ad un'interpretazione deferente per le prerogative parlamentari.

6. *L'abbandono della deferenza: Pertini e il ritorno del protagonismo presidenziale*

La presidenza di Sandro Pertini (1978-1985) determina una prima, rilevante, inversione di tendenza rispetto alla deferenza manifestata da Saragat e Leone nei confronti degli organi di indirizzo politico. In sintonia con un'impostazione carismatica del proprio ruolo Pertini distinse nettamente la posizione della presidenza rispetto al circuito maggioranza parlamentare-Governo¹³⁰ ed espresse un indirizzo programmatico proteso al rafforzamento dei poteri presidenziali di controllo sull'operato degli organi di indirizzo politico¹³¹.

Il principale obiettivo che egli intese perseguire fu quello di salvaguardia della stabilità dei conti pubblici: in questa prospettiva, il rinvio e gli altri strumenti atipici di interposizione nella funzione legislativa rappresentarono le principali risorse a sua disposizione.

Pertini rinviò alle Camere sette leggi, motivando principalmente in base alla scorretta copertura finanziaria, in un frangente nel quale cominciava a manifestarsi l'emergenza del debito pubblico e l'inadeguatezza dei meccanismi di controllo del sistema di contabilità pubblica¹³². Il Par-

della recente legge sul Consiglio superiore della magistratura, in *Giur. cost.*, 1977, 448 ss. Secondo R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, cit., 3, nella vicenda Leone venne meno al ruolo di neutralità politica che la Costituzione gli assegna.

¹³⁰ BARILE, *La prassi di Pertini*, in *Quad. cost.*, 2/1980, 365-6.

¹³¹ Ne dava conto G. D'ORAZIO, *Presidenza Pertini (1978-1985): neutralità o diarchia?*, Rimini 1985, 185.

¹³² Notevole l'annotazione dal diario di Antonio Maccanico (Segretario generale alla

lamento reagì a questa emergenza attraverso l'adozione della legge n. 468 del 1978, di riforma del bilancio dello Stato e della contabilità pubblica, improntata ad un recupero di rigore nei conti pubblici. Nei messaggi di rinvio, Pertini conferì alla legge un valore parametrico, leggendovi «un'adeguata interpretazione dell'art. 81, quarto comma, della Costituzione»¹³³, secondo un approccio che, successivamente, Cossiga avrebbe riproposto con riferimento alla legge n. 400 del 1988.

Con il passare degli anni, peraltro, i toni dei messaggi di rinvio diventano più severi. Nel rinvio del gennaio '83 il Presidente scrive:

È un precetto questo della indicazione dei mezzi per far fronte alle nuove e maggiori spese che implica osservanza sostanziale, non formalistica, che tanto più chiama in causa la responsabilità del legislatore ad una sua ottemperanza puntuale e non evasiva in quanto la proiezione e la dinamica della finanza pubblica non volgono verso una positiva espansione e un affidante equilibrio, ma già versano in gravi disavanzi e soffrono di allarmanti squilibri. È perciò che indicazioni di copertura di fragile consistenza, affidate a valutazioni ottimistiche o addirittura illusorie, se potevano essere riguardate con una qualche indulgenza e permissività in passato, con una meno grave congiuntura della finanza pubblica ... non possono più passare inosservati né procedere indenni da rilievi in un frangente così diverso e così gravido di pericolo per le nostre pubbliche contabilità¹³⁴.

I medesimi toni, aspramente critici, avrebbero contraddistinto anche il successivo messaggio di rinvio, del 20 aprile 1983:

L'ottemperanza all'onere di copertura finanziaria posto dal precetto costituzionale appare appena formale e lascia notevole sconcerto l'utilizzo di disponibilità affatto momentanee e fortuite su di una voce di spesa drammaticamente in espansione¹³⁵.

Presidenza della Repubblica): «15 febbraio 1981. Il Presidente ha rinviato alle Camere due leggi per difetto di copertura (ciò mi pare che sia stato accolto con sollievo da parte di tutti, perché è in sintonia con l'esigenza di un maggior rigore nella spesa pubblica). È forse venuto il momento di rafforzare il nostro controllo sulla legislazione». Cfr. A. MACCANICO, *Con Pertini al Quirinale. Diari 1978-1985*, a cura di P. Soddu, il Mulino, Bologna, 2014, 134.

¹³³ Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (16.10.1981).

¹³⁴ Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (19.1.1983).

¹³⁵ Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (20.4.1983).

All'obiettivo di maggiore rigore nei conti Pertini indirizzò anche le proprie osservazioni in sede di promulgazione, cui egli tornò a ricorrere con frequenza sin dall'inizio del settennato, recuperando lo stile delle presidenze di Gronchi e Segni¹³⁶, e decidendo di darvi, per la prima volta, notizia, almeno in alcune più rilevanti circostanze¹³⁷. Numerosi sono anche i casi di osservazioni espresse in sede di autorizzazione alla presentazione alle Camere dei disegni di legge governativi¹³⁸, che talora sono peraltro sfociate in richieste di riesame, dando luogo a notevoli scontri¹³⁹.

Pertini spese i propri poteri di interdizione dell'indirizzo legislativo anche nei confronti dei poteri normativi dell'esecutivo: abbiamo detto che un diniego alla emanazione di un decreto-legge era stato già opposto, nel luglio del '64, da Segni, al Presidente del Consiglio Moro¹⁴⁰. In quella circostanza, lo stesso Segni aveva lasciato intendere di aver manifestato in ulteriori occasioni la propria opposizione al ricorso al decreto-legge. Da allora, tuttavia, nessun Presidente era giunto ad un'interdizione così netta con il Governo, né tantomeno aveva fatto ricorso all'opposizione di un diniego ufficiale. Pertini invece oppose il proprio diniego all'emanazione di decreti-legge approvati dal Consiglio dei ministri in ben due occasioni: nel giugno del 1980 rifiutò l'emanazione di

¹³⁶ Si vedano le Lettere del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 23.12.1978 (relativa alla legge di riforma sanitaria); del 19.1.1979; del 19.12.1979, nonché le osservazioni contenute nella Lettera del Presidente della Repubblica ai Presidenti di Camera e Senato del 16.2.1981, tutte inerenti alla scorretta copertura finanziaria di una legge promulgata (tutte in ASPR (A.C.), f. 11).

Complessivamente modesto, invece, il ricorso alla *moral suasion* da parte di Pertini: si vedano, in proposito, le Lettere del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 2.11.1979 (per promuovere un intervento a favore di un comune colpito da calamità naturale) e del 14.12.1979 (per promuovere un adeguamento del trattamento economico del personale delle forze dell'ordine), nonché la Lettera del Segretario generale della Presidenza della Repubblica al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio del 18.4.1985 (per promuovere una riforma in tema di pensioni di reversibilità) (tutte in ASPR (A.C.), f. 43).

¹³⁷ Di qui i primi commenti della dottrina sulla prassi, definita «insolita» e «atipica», visto il riservo che era stato mantenuto dai predecessori (S. MERLINI, *Riflessioni su un intervento atipico del Capo dello Stato*, in *Quad. cost.*, 3/1985, 566).

¹³⁸ G. GUIGLIA, *L'autorizzazione*, cit., 125 ss.

¹³⁹ Cfr. la Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 19.1.1979, di richiesta di riesame di un d.d.l., e la successiva Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 9.7.1980 con cui si prende atto della indifferenza del Governo rispetto ai rilievi presidenziali (entrambe in ASPR (A.C.), f. 14).

¹⁴⁰ Cfr., *supra*, § 4.

un decreto con il quale il Governo Cossiga introduceva modifiche alle procedure referendarie, sollevando dubbi sulla «correttezza» di un'iniziativa volta ad «incidere su procedimenti referendari già in corso»¹⁴¹; quindi, nel giugno del 1981, con riferimento ad un decreto promosso dal Governo Forlani:

In verità, sia la pertinenza di tale intervento al complesso della manovra di politica economica ..., sia la congruità dello strumento del decreto-legge in relazione alla materia disciplinata ed in contrapposizione ad un indirizzo giurisprudenziale in via di definizione, sia infine il merito della disciplina dettata hanno in me suscitato gravi perplessità¹⁴².

I due episodi sono noti alla dottrina, che discute se classificarli come dinieghi di emanazione o come mere richieste di riesame¹⁴³. Si tratta, a ben vedere, di una ricostruzione ardua, giacché in ambedue i casi il Governo finì con l'adequarsi alle obiezioni presidenziali, evitando un conflitto più duro. Ma anche in questo caso, come già per il precedente di Segni, si deve prendere atto che il Segretariato generale della Presidenza della Repubblica ha archiviato le vicende sotto la voce «dinieghi di emanazione».

In questo frangente Pertini intende dunque ritagliarsi uno spazio incisivo di sindacato sul ricorso alla decretazione d'urgenza¹⁴⁴, sollecitando anche la riconsiderazione di prassi istituzionali risalenti: scrive al Presidente del Consiglio, proponendo la riformulazione delle premesse dei decreti del Presidente della Repubblica:

Là dove questi continuano a richiamare la intervenuta deliberazione del Consiglio dei Ministri con la antica formula (di derivazione tralatizia del vecchio regime statutario, che faceva del sovrano il Capo dell'esecutivo) "Sentito il Consiglio dei Ministri", risulterà più pertinente e congruo con quanto prescritto dagli artt. 87, 89 e 90 della Costituzione attestare "Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri adottata in data ...". In armonia

¹⁴¹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 24.6.1980 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁴² Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 3.6.1981 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁴³ Per la prima soluzione G. D'ORAZIO, *Presidenza Pertini*, cit., 194. Per la seconda S.M. CICONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 560; L. PALADIN, *Il Presidente*, cit., 217, V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica e controllo in sede di emanazione dei decreti-legge*, in *Quad. cost.*, 3/1989, 540.

¹⁴⁴ Da rivedere, pertanto, il giudizio di G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Il Quirinale*, cit., 195.

con tale nuova impostazione – ma anche per ragioni non meramente formali e pertinenti al ruolo di controllo e attestazione implicato dalla funzione presidenziale di emanare i decreti – converrà che in allegato allo schema di decreto venga trasmessa alla Presidenza della Repubblica la documentazione relativa alla intervenuta delibera da parte del Consiglio dei Ministri¹⁴⁵.

Nella sua risposta, il Presidente del Consiglio Spadolini dimostrava di comprendere perfettamente come il mutamento di prassi auspicato da Pertini implicasse il rafforzamento di un ruolo presidenziale di controllo esterno sulle scelte del Governo:

Condivido pienamente tale nuova impostazione del rapporto Presidente della Repubblica-Governo, in quanto più pertinente al ruolo di controllo e di attestazione implicato dalla funzione presidenziale di emanare i decreti¹⁴⁶.

Si tratta di uno scambio di intendimenti solo apparentemente circoscritto alla revisione di formule istituzionali, mirato invece a consolidare il nuovo spazio conquistato dal Quirinale attraverso i due atti interdittivi.

Il protagonismo manifestato da Pertini tra il 1980 ed il 1981 suscitò, probabilmente, reazioni istituzionali e dubbi di legittimità, se è vero che, nel giugno del 1983, in presenza di un decreto-legge ritenuto per diverse ragioni carente ed inopportuno, Pertini preferì acconsentire all'emanazione, limitandosi a formulare serie riserve, ispirando la propria azione ad un criterio diverso da quello, più intransigente, seguito nel biennio 1980-1981:

Ritengo ... che in sede di emanazione del decreto-legge debba prevalere la deferenza alla valutazione della necessità e della urgenza della decisione di Governo e che perciò possa – ed anzi debba – devolversi ogni apprezzamento sulla congruità delle implicazioni finanziarie, così come si deve devolvere ogni altra valutazione di merito alle Camere investite del giudizio di conversione, riservata restando al Presidente della Repubblica ogni ulteriore valutazione al momento della promulgazione della legge di conversione¹⁴⁷.

Nonostante il parziale ripensamento sull'estensione del potere di

¹⁴⁵ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 28.9.1981 (ASPR (A.C.), f. 43).

¹⁴⁶ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 20.10.1981 (ASPR (A.C.), f. 43).

¹⁴⁷ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 28.6.1983 (ASPR (A.C.), f. 24).

emanazione dei decreti-legge, la deferenza nei confronti di Parlamento e Governo che aveva ispirato le presidenze Saragat e Leone era oramai venuta meno, superata dalla cifra caratteriale di Pertini, ma soprattutto dal deterioramento delle prassi legislative e dal peggioramento dei conti pubblici, che chiamavano ad interpretazioni censorie della funzione presidenziale.

7. *Rinvii, osservazioni, dinieghi: la prima fase della presidenza Cossiga. Lo scontro sulla decretazione d'urgenza e il valore ordinamentale della legge n. 400*

Il più radicale momento di svolta nella definizione delle prassi costituzionali in materia di interposizione presidenziale nella funzione legislativa si sarebbe avuto con il settennato di Francesco Cossiga. Chiamato a ricoprire la presidenza da un vasto schieramento parlamentare, egli avrebbe improntato soprattutto la seconda parte della presidenza ad un acceso protagonismo e ad un attivismo senza precedenti nella storia repubblicana. Mentre in dottrina è prevalsa l'idea di un primo quinquennio caratterizzato da un canone di riserbo e deferenza, contrapposto all'exasperazione dei poteri presidenziali nell'ultimo biennio del mandato¹⁴⁸, la ricostruzione delle carte d'archivio permette di formulare un giudizio di maggiore continuità nel settennato, almeno con riferimento al tema che qui ci interessa: sin dai primi anni Cossiga proseguì ed enfatizzò la battaglia che fu già di Pertini contro talune prassi invalse nella dinamica parlamentare, quali la reiterazione dei decreti-legge e la inesatta copertura finanziaria delle leggi, contrastanti con l'esigenza di equilibrio dei conti pubblici, ma soprattutto con un ordinato sviluppo della produzione normativa e del sistema delle fonti; esigenza, questa, che appare la cifra essenziale, e la nota positiva, di tutta la sua contestatissima attività di interposizione nell'indirizzo legislativo. Di qui allo sviluppo di una accesa polemica con i partiti ed il sistema dei partiti, frattanto precipitati in una crisi di scollamento con la società civile, il passo era breve.

Sotto il profilo che maggiormente interessa, peraltro, se è vero che Cossiga portò alle estreme conseguenze poteri presidenziali precedentemente affermatasi con minore incisività e frequenza, è altresì vero che

¹⁴⁸ Ne dava conto, con vari riferimenti alla dottrina, C. FUSARO, *La prassi più recente della presidenza Cossiga*, in *Dir. soc.*, 1/1992, 115-6.

gran parte delle sue azioni si posero in continuità con gli indirizzi già affermatasi nelle presidenze di Gronchi, Segni e Pertini, benché attraverso un'amplificazione dei toni e della mole della sua attività, nonché spondando una retorica istituzionale inedita¹⁴⁹.

Cossiga rinviò alle Camere ventidue leggi: un numero molto maggiore di quello registrato durante qualsiasi altra presidenza, coerente con l'incremento dell'attività presidenziale in pressoché tutte le altre funzioni. I primi rinvii si posero in continuità con l'indirizzo del suo predecessore, poggiando su esigenze di copertura finanziaria¹⁵⁰. Tuttavia, già nel primo messaggio di rinvio emerge l'indirizzo, che sarà perseguito con costanza da Cossiga, di contrasto alle prassi invalenti nella decretazione d'urgenza: una legge recante interventi straordinari per il Mezzogiorno veniva infatti rinviata per contrasto con l'art. 81, co. 4, Cost., derivando la copertura finanziaria da entrate previste in base ad un decreto-legge non convertito¹⁵¹. Ad avviso del Capo dello Stato

la intervenuta reiterazione del medesimo decreto-legge ... non può valere a sanare ex post la indicazione di copertura divenuta carente per la mancata conversione del precedente decreto-legge, poiché per corretta applicazione della norma costituzionale è necessario che la norma sulle conseguenze finanziarie implicate da una legge di spesa risulti per se stessa e direttamente congrua e completa nei suoi effetti, senza che tale congruità e tale perfezione possa essere acquisita ex post con successivi interventi legislativi in sanatoria¹⁵².

Ma le ragioni della critica presidenziale emergono meglio dal carteggio col Presidente del Consiglio Craxi piuttosto che dalla lettura del messaggio di rinvio: a Craxi che obiettava il rilievo meramente formale delle censure presidenziali, essendo stata rinnovata la copertura con successivo decreto-legge¹⁵³, Cossiga replicava osservando

¹⁴⁹ V. ONIDA, *L'ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, 2/1992, 185.

¹⁵⁰ M.C. GRISOLIA, *Il rinvio presidenziale delle leggi*, in *Quad. cost.*, 2/1992, 223-4, 227.

¹⁵¹ Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (31.12.1985).

¹⁵² Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (31.12.1985).

¹⁵³ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica dell'8.1.1986 (ASPR (A.C.), f. 24).

la improprietà di affidare la copertura finanziaria di una nuova legge di spesa su risorse acquisite per il tramite di un decreto-legge non ancora convertito e perciò a vigenza provvisoria e condizionata, comportando ciò sempre un rischio di una mancata conversione per decadenza di termini ovvero per reiezione del decreto-legge da parte di un ramo del Parlamento e quindi il venir meno delle risorse finanziarie evocate a copertura dei nuovi o maggiori oneri implicati dalla sopravvenuta legge di spesa¹⁵⁴.

Il Presidente concludeva così la propria lettera: «Ma questo è un tema assai delicato sul quale mi riservo di tornare eventualmente in altra occasione».

L'abuso della decretazione d'urgenza – che si concretizza nell'altissimo numero di decreti spesso carenti dei requisiti di necessità ed urgenza, nel ricorso ormai costante alla reiterazione, nell'approvazione parlamentare di emendamenti di spesa – costringe dunque Cossiga a ripartire da dove Pertini si era arrestato al termine del proprio mandato. Ed infatti, già nel dicembre del 1985 Cossiga adotta il suo primo diniego di emanazione di un decreto-legge, con riferimento ad un decreto in tema di fiscalizzazione degli oneri sociali che, tra l'altro, regolava rapporti giuridici sorti sulla base di decreti-legge non convertiti, in violazione della procedura prevista dall'art. 77 Cost.:

Senza entrare in alcun modo nel merito del provvedimento di proroga deliberato dal Governo nella sua autonoma responsabilità a termini dell'art. 77, secondo comma, della Costituzione e senza nemmeno entrare in una valutazione del ricorrere o meno dei presupposti di necessità ed urgenza rimessi al sindacato politico delle Camere, secondo la procedura a ciò appositamente introdotta dai rispettivi regolamenti, ritengo competente ai poteri ed alle responsabilità del Presidente della Repubblica rilevare come nella specie lo strumento del decreto legge non risulta congruo allo scopo di una regolazione dei rapporti giuridici sorti sulla base di decreti non convertiti, regolazione che l'ultimo comma dello stesso art. 77 della Costituzione vuole rimessa alle Camere con lo strumento di una ordinaria iniziativa legislativa¹⁵⁵.

Si può anche ritenere, come ha fatto la dottrina sulla base della ricostruzione giornalistica, che più che di diniego si debba qui parlare di rin-

¹⁵⁴ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 13 maggio 1985 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁵⁵ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 31.12.1985 (ASPR (A.C.), f. 24).

vio con richiesta di riesame del decreto-legge, cui il Governo si sarebbe adattato¹⁵⁶. Ma proprio la lettura del messaggio presidenziale e l'apprezzamento del fermo tono utilizzato lascia trasparire che il Presidente fosse intenzionato ad opporre un diniego in caso di insistenza del Governo.

A distanza di pochi mesi, pur risolvendosi ad emanare un decreto-legge in materia di dotazione delle forze dell'ordine, il Presidente non si trattiene dal formulare osservazioni molto severe:

È questo un caso in cui necessità ed urgenza che sorreggono il decreto-legge debbono essere riportate a negligenza o incertezza di Governo e Amministrazione¹⁵⁷.

Nello stesso frangente, con riferimento ad un decreto volto a fronteggiare calamità naturali nel comune di Senise regolarmente emanato, Cossiga rivolge al Presidente del Consiglio rilievi tanto sulla difettosa copertura finanziaria di talune norme quanto sulla mancata indicazione delle ragioni d'urgenza a fondamento del decreto¹⁵⁸.

Quando, nel marzo del 1988, è chiamato ad emanare un decreto relativo ad una pluralità di materie, Cossiga esprime osservazioni di straordinario rilievo per la definizione del ruolo presidenziale in sede di emanazione dei decreti, che intende sottoporre ad un ripensamento generale, supportato anche dalla sentenza n. 302 del 1988, nella quale la Corte aveva pronunciato un monito di rara veemenza contro la prassi della reiterazione dei decreti-legge¹⁵⁹. Osserva il Presidente:

Il decreto-legge, secondo il dettato costituzionale, è adottato dal Governo nella sua esclusiva competenza e sotto la sua responsabilità, in presenza dei presupposti di necessità e di urgenza, e da ciò non possono non derivare particolari vincoli al potere di emanazione conferito al Presidente della Repubblica. Ho perciò provveduto a sottoscrivere il decreto, ma non posso al tempo stesso non richiamare la Sua attenzione sulla opportunità che il Governo proceda ad un approfondito esame delle valutazioni contenute nella recente sentenza della Corte costituzionale 10 marzo 1988 n. 302, in ordine alla legittimità sia della reiterazione dei decreti-legge, sia delle norme in essi

¹⁵⁶ V. Lippolis, *Presidente della Repubblica*, cit., 540.

¹⁵⁷ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 28.7.86 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁵⁸ Lettere del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 19.11.1986 e del 26.1.1987 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁵⁹ C. cost., sent. n. 302 del 1988, n. 6.2 dir.

contenute che dispongano la salvezza degli effetti di decreti per i quali sia intervenuta la decadenza¹⁶⁰.

In questa fase del suo settennato, dunque, Cossiga sembra ritagliare per la presidenza un ruolo di mera influenza sulle scelte governative in ordine alla decretazione d'urgenza, così ridimensionamento anche gli interventi più incisivi registrati negli anni precedenti. Si tratta, tuttavia, di una posizione destinata ad essere rapidamente superata, con l'aggravarsi dell'abuso della decretazione d'urgenza.

La medesima intransigenza Cossiga manifestò nei confronti della prassi parlamentare di agganciare alla conversione dei decreti-legge emendamenti di spesa privi di copertura, facendo ricorso al potere di rinvio. A partire dal 1987, egli rinviò una serie di leggi di conversione di decreti-legge, sempre per mancanza di copertura finanziaria¹⁶¹, dando luogo ad alcune importanti innovazioni nella prassi costituzionale: si trattava, infatti, dei primi casi di rinvio di una legge di conversione di un decreto-legge – ipotesi, questa, fino ad allora oggetto di valutazioni discordanti in sede dottrinale, in ragione della brevità del termine per la conversione del decreto che avrebbe determinato l'impossibilità di un'ulteriore delibera e la sua conseguente decadenza¹⁶².

Nel rinvio del febbraio del 1987 Cossiga contestò le maggiori spese introdotte attraverso emendamenti approvati in sede di conversione parlamentare, privi della necessaria copertura finanziaria¹⁶³; il decreto oggetto della legge rinviata nel febbraio dell'87 venne quindi reiterato dal Governo, ma, pervenuta la nuova legge di conversione al Presidente per la promulgazione, egli ritenne di rinviarla anche in questo caso, per i medesimi profili di legittimità¹⁶⁴. La stessa dinamica si sarebbe ulteriormente ripetuta per una terza volta, sino al rinvio del dicembre dello stesso anno¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 14.3.1998 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁶¹ Sui profili specifici delle contestazioni mosse dal Presidente si rinvia a G. Giovannetti, *Capo dello Stato e controllo della finanza pubblica. La prassi del Presidente Cossiga*, in *Quad. cost.*, 2/1992, 352 ss.

¹⁶² Cfr. M.C. Grisolia, *Il rinvio presidenziale*, cit., 227-231.

¹⁶³ Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (19.2.1987).

¹⁶⁴ Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (17.4.1987).

¹⁶⁵ Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (28.12.1987).

L'intransigenza mostrata da Cossiga nei confronti della prassi parlamentare di agganciare alla conversione dei decreti-legge emendamenti di spesa privi di copertura finanziaria traeva origine dal personale convincimento del Presidente di contrastare le prassi invalenti nell'ambito della decretazione d'urgenza. Tuttavia, nel caso in esame egli trovò sostegno nelle accurate note della Ragioneria Generale dello Stato, trasmesse dalla Presidenza del Consiglio al Presidente della Repubblica, con le quali si dava conto degli oneri derivanti dagli emendamenti parlamentari e del contrario parere governativo espresso su questi. La Ragioneria concludeva le sue note in proposito:

Sulla base delle osservazioni sopra indicate appaiono di tutta evidenza le implicazioni finanziarie che il provvedimento comporta in palese violazione del disposto di cui all'art. 81 della Costituzione. Codesta Presidenza è dunque pregata di assumere al riguardo le occorrenti iniziative nelle competenti sedi politiche¹⁶⁶.

L'invio della nota ministeriale si deve ad un importante mutamento nella prassi dei rapporti tra esecutivo e Capo dello Stato, che risale all'ottobre del 1985, quando Cossiga, nel promulgare la legge sul riordino della Ragioneria generale dello Stato, aveva sollecitato il Governo a «collegare al sistema informativo della Ragioneria generale dello Stato, oltre le competenti Commissioni parlamentari, anche il Servizio Affari giuridici e costituzionali del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica»¹⁶⁷. Nel caso di specie, tuttavia, il Governo accompagnava la nota tecnica con un esplicito invito ad esercitare il potere di rinvio, esercitando una pressione non comune sul potere presidenziale di rinvio.

Occorre considerare che una nota del medesimo tenore era stata inviata al Presidente della Repubblica nel marzo del 1987, con riferimento ad una legge sul trattamento economico del personale militare. In quel caso, tuttavia, Cossiga non aveva ritenuto di dar corso al rinvio, limitandosi a formulare delle osservazioni in sede di promulgazione¹⁶⁸.

La stessa dinamica si sarebbe riproposta in altre occasioni: nel luglio

¹⁶⁶ Lettera del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri al Segretariato generale della Presidenza della Repubblica del 19.2.1987 (in ASPR (A.C.), f. 6).

¹⁶⁷ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 3.10.1985 (ASPR (A.C.), f. 11).

¹⁶⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 12.3.1987 (ASPR (A.C.), f. 11).

del 1988, quando Cossiga si risolse a rinviare alle Camere una legge di applicazione di un regolamento comunitario in materia di quote-latte¹⁶⁹, ritenuta carente di copertura finanziaria sulla base di una nota in tal senso della Ragioneria generale dello Stato, nonché contrastante con la normativa comunitaria sulla base di un avviso formulato dalla Commissione europea al Governo italiano, nel quale si invitava ad astenersi dall'approvazione delle misure all'esame delle Camere¹⁷⁰; quindi nel luglio del 1989 e nell'ottobre del 1991, quando sarà di nuovo la Ragioneria generale dello Stato a sollecitare il rinvio presidenziale per sanzionare emendamenti di spesa introdotti in sede di conversione di un decreto-legge¹⁷¹.

Si riproponeva, così, la questione del ruolo del Governo nel potere di rinvio: messa rapidamente a tacere da Einaudi in sede di prima applicazione dell'istituto, la tentazione governativa di appropriarsi del potere di rinvio non era definitivamente sopita, se pressioni in tal senso erano riemerse già durante la presidenza Leone, sconfitte più per la scarsa disponibilità di Leone a ricorrere al rinvio che per una volontà di difesa delle prerogative presidenziali. Qui, invece, emerge una sintonia tra Capo dello Stato e Governo che si fonda su diverse e convergenti motivazioni: l'intesa personale tra Cossiga e Craxi, senz'altro, ma anche la più generale convinzione di Cossiga della necessità di rafforzare le potestà dell'esecutivo e, parallelamente, sradicare prassi parlamentari non più tollerabili. L'evoluzione della presidenza Cossiga a partire dal 1990, e lo scontro con Parlamento e Governo che ne sarebbe scaturito, avrebbe comunque restituito al potere di rinvio la sua consueta identità, di controllo e freno presidenziale dell'indirizzo politico legislativo di Governo e maggioranza, isolando ed interrompendo una prassi che avrebbe potuto implicare una significativa trasformazione nell'interpretazione del potere di rinvio.

Nel periodo 1985-1990, l'attività di Cossiga di controllo e freno sulla produzione normativa di rango legislativo di Governo e Parlamento è intensissima e prende corpo tanto nei rinvii fin qui ricordati quanto nelle altre attività di interposizione presidenziale. Nei primi cinque anni del

¹⁶⁹ Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (1.7.1988).

¹⁷⁰ Cfr. la nota della Ragioneria generale dello Stato, s.d., e la lettera della Direzione generale dell'agricoltura della Commissione delle Comunità europee, del 20.6.1988 (entrambe in ASPR (A.C.), f. 7).

¹⁷¹ Nota della Ragioneria generale dello Stato del 27.7.1989 (ASPR (A.C.), f. 7); Nota della Ragioneria generale dello Stato del 22.10.1991 (ASPR (A.C.), f. 8).

proprio mandato, al diniego dei decreti-legge e ai rinvii adottati, egli intervalla decine di lettere con osservazioni espresse in sede di promulgazione di leggi o di emanazione di decreti-legge e decreti legislativi, perfino con riferimento ad una legge costituzionale¹⁷², utilizzando tali strumenti per svariate finalità.

Di massimo rilievo per la comprensione della funzione attribuita a Cossiga all'attività informale di interposizione nella funzione legislativa è la vicenda relativa alla legge n. 400 del 1988. Nell'agosto del 1988 il Parlamento licenzia la legge di riordino della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dell'attività di Governo. Si tratta, come è noto, di uno dei passaggi più significativi degli sforzi per la riforma delle istituzioni repubblicane nel senso della "governabilità", da tempo segnalato come essenziale e posto dal Presidente del Consiglio De Mita quale condizione imprescindibile al momento della fiducia al suo Governo¹⁷³. Il Presidente della Repubblica è in piena sintonia con l'esigenza di riforma dell'apparato di Governo; ma percepisce anche che la normativa approvata assumerà una funzione di integrazione costituzionale: per questo, egli avverte la necessità di esplicitare i limiti costituzionali dell'interpretazione costituzionale e dell'integrazione legislativa, e più in generale di contribuire ad un processo storico di riforma delle istituzioni:

Non posso peraltro non manifestare la mia preoccupazione per la presenza in tale riforma di alcune disposizioni di interpretazione della Costituzione, che possono essere fonte di dubbi e incertezze all'atto della loro concreta applicazione. Il livello di astrazione delle norme costituzionali è certamente tale da permettere varie interpretazioni, ma resta fermo che la Costituzione italiana è una costituzione di tipo rigido, che non ammette modificazioni o integrazioni introdotte con legge ordinaria¹⁷⁴.

Le osservazioni presidenziali convergono, in particolare, sul tentativo

¹⁷² Cfr. lettera del Presidente della Repubblica al Ministro di Grazia e Giustizia del 16.1.1989 (ASPR (A.C.), f. 11), relativa alla legge costituzionale n. 1 del 1989, con cui il Presidente fa osservare la non autonoma funzionalità di tale normativa, attesa anche l'abrogazione in via referendaria della normativa precedentemente vigente. Il Governo, come noto, darà il via all'approvazione di una legge ordinaria contenente le norme di procedura relative al perseguimento dei reati ministeriali.

¹⁷³ Sia consentito rinviare ad A. BURATTI, *Governo, maggioranza e opposizione nel procedimento legislativo e nella programmazione dei lavori parlamentari*, in *Dir. Soc.*, 2/2002, 243 ss.

¹⁷⁴ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 23.8.1988 (ASPR (A.C.), f. 11).

di regolare il potere di decretazione d'urgenza attraverso una normativa «che appare, per un verso, ripetitiva di norme contenute nella Costituzione e, per altro verso, di non eccessiva utilità», perché poste con fonte di rango pariordinato al decreto-legge, pertanto destinate ad essere disattese nella prassi.

Una critica molto decisa è rivolta anche alla formalizzazione dell'assenso del Consiglio dei Ministri all'iniziativa del Presidente del Consiglio di porre la questione di fiducia. Nella lettura di Cossiga, infatti, la prassi della delibera collegiale rivestiva il carattere di un «mero consenso sul piano politico, non quello di presupposto autorizzativo in senso tecnico-giuridico». L'intento del Capo dello Stato è, qui, quello di accentuare «la particolare e diversa posizione riconosciuta al Presidente del Consiglio dei ministri rispetto agli altri componenti del Governo», così come «il ruolo ... attribuitogli dalla Costituzione, che la legge ora promulgata intende sottolineare».

La stessa tendenza a sopravvalutare la posizione del Presidente del Consiglio rispetto alla collegialità del Governo si riscontra, d'altronde, nell'ulteriore questione sottoposta alle osservazioni presidenziali, relativa alla norma sull'istituzione del vice Presidente del Consiglio: per Cossiga, la scelta di tale figura non può essere condizionata dalla delibera del Consiglio dei Ministri, ma deve essere rimessa al Presidente del Consiglio secondo un procedimento di nomina che contempli un decreto del Presidente della Repubblica.

La replica del Presidente del Consiglio De Mita è altrettanto rilevante. De Mita, infatti, ribatte punto per punto alle osservazioni presidenziali, promuovendo – in sostanza – una diversa interpretazione della normativa costituzionale relativa all'organo di Governo: l'art. 15 della legge n. 400, relativo al potere di decretazione d'urgenza, sarà tenuto dal Governo come «norma direttiva del proprio normale comportamento», e ciò perché – secondo De Mita – essa si pone in continuità non soltanto con l'indirizzo espresso dalla Corte costituzionale e dal Presidente della Repubblica nei già riferiti richiami, ma anche con «i limiti impliciti derivanti dalla interpretazione sistematica delle norme costituzionali» e con i regolamenti parlamentari¹⁷⁵. Con riferimento alla norma sulla posizione della questione di fiducia, rimessa ad una valutazione collegiale del Consiglio dei Ministri, De Mita la riconduce «al fatto che la posizione della questione di fiducia investe comunque il rapporto fiduciario che collega

¹⁷⁵ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 3.9.1988 (ASPR (A.C.), f. 11).

il Parlamento con l'intero Governo». Infine, la scelta di designare il vice Presidente del Consiglio in ambito collegiale indica – ad avviso di De Mita – la «volontà del legislatore di chiudere ogni varco ad interpretazioni dualistiche della direzione del Governo e ad attenuazioni della primazia del Presidente del Consiglio».

Il rilievo conferito da Cossiga alla legge n. 400 è testimoniato, oltre che dall'articolato intervento formulato in sede di promulgazione, anche dall'immediato utilizzo della stessa come parametro nel giudizio su altri interventi normativi, come era già accaduto da parte di Pertini all'indomani dell'approvazione della legge n. 468 del 1978.

Nel messaggio di rinvio del 15 agosto 1990, relativo alla legge istitutiva del servizio nazionale della protezione civile, pur non mancando rilievi su possibili vizi di incostituzionalità e sulla qualità della tecnica redazionale, Cossiga contesta la deroga introdotta rispetto al sistema dei rapporti tra ministri impostato dalla legge n. 400, con conseguente disordine nell'impianto organizzativo¹⁷⁶. Nella visione del Presidente, infatti, la legge n. 400 è una legge «di attuazione della Costituzione», e dovrebbe pertanto avere «un carattere organico e, per coerenza con i caratteri propri della nostra Costituzione, un elevato grado di “stabilità”»¹⁷⁷.

L'acquisizione di un valore parametrico da parte della legge n. 400 fa corpo, dunque, con un ampliamento dei contenuti dei messaggi di rinvio¹⁷⁸. Già nel rinvio della legge di riforma dell'ordinamento della professione di avvocato le motivazioni del messaggio si erano concentrate sul «difetto di coordinamento» con la disciplina generale dell'ordinamento forense¹⁷⁹. Ma è con il rinvio della legge sulla protezione civile che il Presidente esplicita la propria “dottrina” di un potere di rinvio esteso alla tutela di esigenze più vaste della sola legittimità costituzionale.

Il messaggio presidenziale di rinvio ... non può essere limitato ai soli casi di pura illegittimità costituzionale, anche perché, rispetto a questi, l'ordinamento prevede il sindacato successivo sulle leggi, dotato di penetrante forza ablativa, che spetta alla Corte costituzionale. Deve ammettersi, quindi – e questo è il mio responsabile convincimento – che i motivi che giustificano

¹⁷⁶ Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (15 agosto 1990).

¹⁷⁷ Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (15 agosto 1990).

¹⁷⁸ M.C. Grisolia, *Il rinvio presidenziale*, cit., 231 ss., con considerazioni prevalentemente critiche.

¹⁷⁹ Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (1° agosto 1990).

l'esercizio del potere presidenziale di richiesta di riesame delle leggi, si muovano in un'area che comprende la tutela preventiva della legittimità costituzionale delle leggi, ma anche la tutela di altri interessi e valori costituzionali ed istituzionali quali quelli che rientrano nelle valutazioni di coerenza e correttezza costituzionale, di congruità istituzionale e di coerenza dell'ordinamento giuridico, con particolare riguardo all'attuazione della Costituzione e cioè, almeno in parte in quella sfera, che fu autorevolmente definita di "merito costituzionale" ed in ordine al quale è indubitabile la legittimazione politico-istituzionale del Presidente della Repubblica ad avvalersi del potere di rinvio al fine di riesame dal parte del Parlamento¹⁸⁰.

Inoltre, l'art. 15 della legge n. 400, relativo al potere di decretazione d'urgenza, se era apparso a Cossiga troppo debole per contenere la prassi abnorme posta in essere da Governo e Parlamento, finisce comunque per rappresentare un utile strumento a disposizione del Capo dello Stato per il contrasto all'abuso della decretazione d'urgenza, e specialmente della reiterazione dei decreti. Così, quando nel dicembre del 1988 è chiamato ad emanare un decreto in materia di politica energetica, riproduttivo di norme contenute in precedenti decreti, Cossiga, pur optando per l'emanazione, include la disciplina posta dall'art. 15 della l. n. 400 del 1988 tra gli elementi che convergono nel contenimento della reiterazione:

Non posso tuttavia esimermi dal rappresentarLe la necessità che il Governo dedichi attenzione approfondita al tema della reiterazione dei decreti-legge, alla luce delle norme costituzionali sui presupposti, della motivazione della sentenza della Corte costituzionale, poc'anzi richiamata, del divieto imposto al Governo dalla legge 23 agosto 1988 n. 400 di regolare con decreto-legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti e della circostanza che, come risulta anche dalle direttive impartite in materia dalla Presidenza del Consiglio, in assenza di specifiche indicazioni in sede parlamentare o di sopravvenute nuove esigenze, alla mancata conversione nei termini non può non assegnarsi una qualche valenza negativa riguardo alla valutazione governativa sulla straordinarietà dell'urgenza¹⁸¹.

Era stato, d'altronde, lo stesso De Mita, nel carteggio già citato, a rassicurare il Capo dello Stato sulla considerazione che il Governo avrebbe

¹⁸⁰ Messaggio del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 74 della Costituzione (15 agosto 1990).

¹⁸¹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 10.12.1988 (ASPR (A.C.), f. 24).

tributato alla legge n. 400. Non può stupire, perciò, se Cossiga, in questa occasione, rammenti al Presidente del Consiglio l'impegno allora formulato:

nella Sua lettera del 3 settembre 1988, Ella assicurò che il Governo avrebbe interpretato rigorosamente l'art. 15 come norma direttiva del proprio normale comportamento in materia, in aderenza all'indirizzo manifestato dalla Corte costituzionale¹⁸².

Le critiche del Presidente colgono nel segno. Per uscire dall'angolo, De Mita addossa parte delle responsabilità alla maggioranza parlamentare ed all'inadeguatezza dei procedimenti parlamentari per il rapido esame dei decreti:

Al di là del caso specifico, va certamente condivisa, Signor Presidente, la Sua preoccupazione che la rilevanza e la delicatezza di questa problematica impongono il massimo sforzo del Governo per ottenere la pronuncia del Parlamento sui decreti-legge entro i limiti costituzionali. Ma si tratta di un impegno, che pur riguardando certamente in modo prioritario il Governo, non può non coinvolgere anche i Gruppi parlamentari, poiché, allo stato, forse non è sempre corretto desumere dall'inerzia del Parlamento una valutazione comunque negativa sul decreto-legge in conversione¹⁸³.

L'abuso nel ricorso alla decretazione d'urgenza rappresenta, in questo frangente della storia repubblicana, una delle principali disfunzioni del sistema istituzionale. Le iniziative intraprese dal Presidente Cossiga per contenere il ricorso alla decretazione d'urgenza nei limiti della Costituzione sollecitano parallele iniziative politiche, che individuano nel Presidente della Repubblica il garante dell'equilibrio costituzionale: nel maggio del 1989, in piena crisi di governo, di fronte alle notizie sulla adozione di un decreto-legge da parte del Consiglio dei Ministri, il segretario del partito comunista, Achille Occhetto, scrive al Capo dello Stato per sostenere l'illegittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza da parte di un Governo dimissionario:

L'insieme di queste considerazioni porta necessariamente a concludere che un governo che non sia nel pieno dei suoi poteri non può compiere un atto

¹⁸² Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 10.12.1988 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁸³ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 30.12.1988 (ASPR (A.C.), f. 24).

come quello iscritto all'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri di domani. Si arriverebbe al paradosso istituzionale e politico che la crisi di governo renderebbe possibile al governo di agire in stato di "irresponsabilità" nei confronti del Parlamento: cosicché le dimissioni di un ministero anziché delimitare i poteri del governo secondo la prescrizione costituzionale sospenderebbero di fatto i poteri del Parlamento. Un precedente del genere, insomma, instaurerebbe una prassi per cui un governo potrebbe essere indotto a dimettersi per decretare, al riparo dal Parlamento, proprio sulle materie più importanti e controverse¹⁸⁴.

La risposta di Cossiga è tempestiva: già il giorno successivo egli replica ad Occhetto, appoggiando l'operato del Governo e configurando in senso molto restrittivo i poteri presidenziali in sede di emanazione, anche soprassedendo rispetto ad alcune esigenze da lui stesso avanzate nella dialettica riservata con l'esecutivo:

Il sindacato sulla sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 77 della Costituzione – casi straordinari di necessità ed urgenza – in ordine ai provvedimenti adottati dal Governo nella forma del decreto-legge è espressamente attribuito al Parlamento. E al Parlamento compete, in ogni caso, di deliberare sulla opportunità e sul merito di essi. Al Capo dello Stato spetta dunque di esercitare il controllo di legittimità esclusivamente rispetto ad atti eversivi dell'ordinamento o ad atti le cui conseguenze istituzionali non potrebbero essere riparate neppure dal Parlamento in sede di diniego di conversione. D'altra parte, la norma costituzionale, allorché dispone che i provvedimenti vengono adottati dal Governo sotto la sua responsabilità, non si riferisce alla sola responsabilità politica di fronte al Parlamento, ma anche, certamente, alla responsabilità giuridica che il Governo assume con la sua iniziativa e che diventa sanzionabile, tra l'altro, attraverso il diniego di conversione. La circostanza, pertanto, che i provvedimenti siano adottati dal Governo dimissionario non esclude che questi siano ugualmente imputabili al Governo e che di essi possa essere chiamato a rispondere. Tanto è vero che il ricorso alla decretazione d'urgenza anche in periodo di crisi corrisponde ad una costante prassi costituzionale. Va inoltre sottolineato che la previsione, da parte delle norme costituzionale, della apposita convocazione delle Camere, anche se sciolte, per deliberare sulla conversione di provvedimenti d'urgenza, conferma che al Parlamento compete in ogni caso di pronunciarsi sui presupposti di costituzionalità dei provvedimenti e sul merito di essi. E che

¹⁸⁴ Lettera del segretario generale del Partito comunista italiano al Presidente della Repubblica del 25.5.1989 (ASPR (A.C.), f. 24).

tale essenziale controllo sull'azione di Governo non viene meno per il fatto che si tratti di Governo dimissionario¹⁸⁵.

Nella replica ad Occhetto, dunque, risuonano tutti i motivi tipici della posizione espressa da Cossiga in questa prima fase del suo settennato, caratterizzata da un indirizzo di maggiore deferenza nei confronti delle valutazioni governative sulla scelta di ricorrere al decreto-legge, limitando il proprio intervento ai casi di «eversione», pur ricorrendo in numerose occasioni ad osservazioni critiche rispetto alla prassi della reiterazione dei decreti. Un orientamento destinato a cadere nel giro di poche settimane.

Nel luglio del 1989, infatti, Cossiga sarebbe tornato ad opporre il proprio diniego alla emanazione di un decreto-legge sul personale dell'Anas, il cui schema gli era stato sottoposto dal Governo dimissionario. La *querelle* sul decreto relativo all'Anas, così come su di un secondo decreto relativo al personale della scuola, era stata aperta da una lettera del Segretario generale al Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, in cui si preannunciava un intervento del Presidente:

Mi corre l'obbligo di precisarti che il Presidente della Repubblica mi ha specificamente incaricato di rappresentarti le sue preoccupazioni per l'attuale stato di funzionamento delle istituzioni governative in regime di crisi e il suo timore che ci si stia avviando a modi poco rigorosi di dare attuazione a fondamentali principi costituzionali, in particolare in tema di rapporti tra i supremi organi costituzionali, tanto da rendere ipotizzabile un suo intervento, quale capo dello Stato, nell'esercizio della sua più alta funzione, che è quella di garante dell'ordinamento costituzionale¹⁸⁶.

Facendo seguito a questo avviso, Cossiga giustificava il proprio diniego alla emanazione del decreto sull'Anas e le osservazioni critiche riservate al decreto sulla scuola, pur regolarmente emanato, attraverso considerazioni attinenti non tanto al ruolo del Presidente sulla valutazione della sussistenza dei presupposti, quanto ai poteri del Governo dimissionario, in parziale correzione dell'opinione espressa in replica alle richieste del segretario del principale partito di opposizione:

¹⁸⁵ Lettera del Presidente della Repubblica al segretario generale del Partito comunista italiano del 26.5.1989 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁸⁶ Lettera del Segretario generale della Presidenza della Repubblica al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri dell'1.7.1989 (ASPR (A.C.), f. 24).

Resta, peraltro, il problema in generale della decretazione di urgenza da parte del Governo dimissionario [...]. Al riguardo è da premettere che deve certamente ritenersi legittima in via di principio l'adozione di decreti legge da parte del Governo anche dopo la presentazione delle dimissioni, non perché l'adozione dei decreti legge rientri nella gestione di affari correnti, cui in via generale è limitata l'attività del Governo dimissionario, ma perché nell'ordinamento costituzionale non possono configurarsi situazioni di assoluta mancanza di poteri ed è perciò necessario ammettere che vi siano in ogni momento mezzi e strumenti per far fronte a circostanze di particolare emergenza anche attraverso l'adozione di norme aventi valore di legge ordinaria. Rimango parimenti fermo nella opinione che in via generale il giudizio sulla urgenza e sulla necessità è nel merito un giudizio di natura politica che rientra nei poteri di indirizzo propri del Governo ed il cui controllo spetta al Parlamento. Il riconoscimento del potere del Governo dimissionario di emanare decreti legge si pone però in ogni caso come eccezione alla limitazione dei poteri del Governo durante la crisi. L'esercizio di tale potere richiede, perciò, una attenta considerazione da parte del Capo dello stato, nell'adempimento dei suoi doveri di garanzia dell'ordinato svolgimento delle funzioni attribuite ai vari organi costituzionali¹⁸⁷.

Ma il passo di maggiore interesse della missiva presidenziale è quello successivo, nel quale Cossiga prefigura la svolta ormai imminente nel proprio atteggiamento in sede di emanazione dei decreti-legge – e, più in generale, rispetto al proprio ruolo nella crisi istituzionale. Qui, Cossiga lascia ventilare una riespansione dei poteri presidenziali, giungendo fino all'esplicita menzione di un «potere di riserva» attribuito al Capo dello Stato:

Quando la decretazione d'urgenza da parte del Governo dimissionario, per qualità o per quantità, tenda ad affievolire la distinzione tra Governo nella pienezza delle funzioni e Governo dimissionario, i doveri del Capo dello Stato non possono non assumere una diversa intensità e il controllo, da parte sua, non può non diventare di più penetrante incisività, a tutela dei fondamenti stessi dell'ordinamento costituzionale, la cui ripartizione dei poteri rischia di essere profondamente alterata. D'altra parte, la Costituzione attribuisce al Governo il potere di emanare provvedimenti provvisori aventi valore di legge, sotto la sua responsabilità, ma con le dimissioni viene meno ogni forma di responsabilità politica del Governo nei confronti del Parla-

¹⁸⁷ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 10.7.1989 (ASPR (A.C.), f. 24). Un primo commento in G. GUIGLIA, *Ancora un intervento del Presidente della Repubblica in tema di decreti-legge*, in *Quad. cost.*, 3/1989, 546 ss.

mento, residuando solo quella dei casi estremi che integrano le ipotesi di reato ministeriale. Va anche considerato che se il Governo è ristretto nell'esercizio delle sue competenze, anche il Parlamento, che pur mantiene integri i poteri di controllo sui singoli provvedimenti normativi, tuttavia è limitato nella sua capacità di controllo sul Governo, sotto il profilo dell'accertamento delle responsabilità. In questa situazione non può non entrare in gioco, a tutela della Costituzione, il potere di riserva che l'ordinamento conferisce al Presidente della Repubblica qual Capo dello Stato, specie in quanto tardivo sarebbe l'intervento di altri organi dello Stato, anche essi investiti di una funzione di controllo della legittimità degli atti di Governo¹⁸⁸.

Coerentemente con questa premessa, Cossiga concludeva la propria lettera estendendo la propria "tutela" sul potere di decretazione d'urgenza del Governo dimissionario: impone infatti al Governo di accompagnare ogni ulteriore decreto con un'apposita «nota analitica esplicativa degli estremi della straordinaria necessità e urgenza», in assenza della quale avrebbe ritenuto «legittimo il puro e semplice rifiuto di emanazione del decreto-legge»¹⁸⁹.

Ma gli strumenti del diniego di emanazione e dell'emanazione dei decreti-legge con osservazioni non servono a Cossiga soltanto per sollecitare un riordino delle prassi di produzione normativa; egli vi ricorre in numerose occasioni per entrare nel merito delle scelte sostanziali compiute dal Governo. Il caso più interessante riguarda il decreto-legge destinato a fronteggiare il pericolo di decorrenza dei termini per la custodia cautelare in carcere di molti degli imputati in un processo per reati mafiosi. In una lunga lettera al Ministro di Grazia e Giustizia Giuliano Vassalli, Cossiga esprime la propria opinione sull'indirizzo da tenere:

In via generale, ogni allungamento dei termini di custodia cautelare, in conseguenza della durata del processo, non può essere guardato con favore da chi auspica una evoluzione del nostro ordinamento in senso moderno e garantista, come è, d'altronde, prefigurata dal nuovo codice di procedura penale [...]. Ciò che mi preoccupa, al di là del caso specifico, è la considerazione che in questo modo non si contrasta, ma in qualche misura si finisce per agevolare una disposizione mentale a considerare normali le eccezioni

¹⁸⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 10.7.1989 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁸⁹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 10.7.1989 (ASPR (A.C.), f. 24). Un primo commento su queste vicende, ricostruite attraverso fonti giornalistiche, in V. Lippolis, *Presidente della Repubblica*, cit., 534 ss.

anche ai diritti fondamentali, che purtroppo, negli ultimi anni, ha iniziato a diffondersi nella cultura e nella pratica giuridica¹⁹⁰.

Conseguentemente, nella visione di Cossiga, appariva preferibile dare corso ad una legislazione eccezionale per fronteggiare la recrudescenza di fenomeni criminali:

Ove si tenga conto dei guasti che possono involontariamente introdursi nella cultura e nella prassi giuridica, ritengo, in astratto, che sarebbe molto meno pericoloso adottare e applicare una temporanea normativa eccezionale, piuttosto che introdurre a cascata eccezioni o, peggio ancora, lasciare che, in via di fatto, si diano applicazioni distorte alle norme dell'ordinario regime penale e di polizia giudiziaria [...]. Tutti sappiamo che vi possono essere dei momenti della storia di un Paese in cui, per tempi limitati, per fenomeni circoscritti o per zone di territorio determinate, le esigenze di una piena applicazione dei principi dello Stato di diritto possono cedere il passo, sempre ovviamente nelle forme costituzionali legittime, alle esigenze straordinarie di difesa dello Stato tout-court¹⁹¹.

Nel gennaio del 1990, Cossiga emana il decreto-legge Martelli sull'immigrazione, ma formula osservazioni in merito ai presupposti di necessità ed urgenza:

Innanzitutto il decreto, ancora una volta, non adempie alle prescrizioni dettate dalla legge sulla disciplina dell'attività di Governo in ordine alla precisa indicazione delle circostanze straordinarie di necessità e di urgenza che giustificazione l'adozione del decreto. Le indicazioni contenute a tale riguardo nello schema di decreto non rappresentano, infatti, che la riproduzione della formula costituzionale. Non posso inoltre non richiamare la Sua attenzione sulla circostanza che lo schema di decreto è stato sottoposto alla mia firma una settimana dopo la deliberazione del Consiglio dei Ministri, con ciò contraddicendo in fatto con la valutazione compiuta dal Governo sull'urgenza dell'entrata in vigore della normativa. La decretazione di urgenza non può essere considerata come una anomala forma di esercizio della iniziativa legislativa del Governo e il presupposto dell'urgenza ritengo che non

¹⁹⁰ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro di Grazia e Giustizia del 12.9.1989 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁹¹ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro di Grazia e Giustizia del 12.9.1989 (ASPR (A.C.), f. 24), con implicito riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 15 del 1982.

debba dunque essere misurato rispetto ai tempi del procedimento legislativo delle Camere, ma con esclusivo riguardo alla materia da regolare¹⁹².

La questione si ripropone immutata nel mese successivo. A Cossiga, secondo cui si rafforza

il convincimento che la decretazione d'urgenza, in aperto contrasto con i principi costituzionali in materia, sia ormai sempre più utilizzata come anomala e rapida forma di esercizio della iniziativa legislativa piuttosto che come strumento per far fronte in via immediata a improvvise emergenze¹⁹³,

risponde il Presidente del Consiglio Andreotti, proponendo di imporre normativamente l'obbligo per le Camere di pronunciarsi in un senso o nell'altro entro il termine dei 60 giorni¹⁹⁴, in tal modo formalizzando un criterio introdotto con una contestata interpretazione del Presidente della Camera dei deputati proprio in occasione del dibattito sulla conversione del decreto Martelli.

L'attività presidenziale in questa materia ha ormai cadenza frequente: dinanzi alla legge di conversione del decreto-legge in materia di dirigenza pubblica, al quale le Camere, in sede di conversione, introducono norme ulteriori, illegittime sotto diversi profili ed estranee al contenuto del decreto, il Presidente è costretto a promulgare, pena la scadenza dell'intero decreto. Formula però al Governo i suoi rilievi:

Ritengo mio dovere informarLa che non posso non incominciare a chiedermi se la evidente mancanza degli estremi di urgenza e di necessità non integri gli estremi di quella assoluta mancanza dei presupposti nell'esercizio del potere di decretazione d'urgenza che può far sorgere nel Presidente della Repubblica, al limite, il diritto non a chiedere il solo riesame ma ad opporre il rifiuto assoluto di emanazione¹⁹⁵.

Ancora più duri i toni utilizzati nel maggio del 1990, in occasione della emanazione di un decreto già più volte reiterato, quando Cossiga

¹⁹² Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 3.1.1990 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁹³ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 6.2.1990 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁹⁴ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 12.2.1990 (ASPR (A.C.), f. 24).

¹⁹⁵ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 28.2.1990 (ASPR (A.C.), f. 11).

arriva a rilevare in ciò «un vero e proprio sovvertimento delle fonti di produzione giuridica fissate dalla Costituzione»¹⁹⁶.

Minore sotto il profilo quantitativo, ma altrettanto interessante e gravida di implicazioni, l'azione intrapresa da Cossiga con riferimento alla produzione normativa tramite legislazione delegata, specie in considerazione della rarità di iniziative in questo senso da parte dei suoi predecessori¹⁹⁷.

Subito dopo l'approvazione della legge n. 400, Cossiga preme per un'applicazione rigorosa dell'art. 14, con riferimento al termine dei venti giorni dalla scadenza della delega imposti per la presentazione al Presidente della Repubblica. Secondo Cossiga, l'esclusione del controllo preventivo della Corte dei Conti sui decreti-legge, operata dalla medesima legge n. 400, avrebbe reso più incisivo il ruolo del Presidente in sede di emanazione¹⁹⁸. Conferma questa interpretazione del potere presidenziale di emanazione dei decreti legislativi il successivo diniego di emanazione di un decreto legislativo recante norme di attuazione dello statuto speciale della Valle d'Aosta, i cui contenuti non erano stati tutti sottoposti al vaglio della Commissione parlamentare per le questioni regionali, ritenuto dal Presidente obbligatorio¹⁹⁹. Il Ministro Maccanico replicava ritenendo che la Commissione avesse pienamente discusso dei contenuti del decreto, modificato rispetto alla versione originaria solo per profili formali, ed insistendo, pertanto, per l'emanazione del decreto²⁰⁰. Anche questo, come tutti gli altri poteri presidenziali di interposizione nell'indirizzo legislativo, era destinato a subire – nel biennio 1991-1992 – intensificazioni e trasformazioni.

¹⁹⁶ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 3.5.1990 (ASPR (A.C.), f. 11).

¹⁹⁷ Si registrano, in proposito, le osservazioni di Gronchi sul decreto legislativo sull'edilizia popolare (cfr. il carteggio con il Ministro dei Lavori Pubblici del dicembre '58-gennaio '59, ASPR (A.C.), f. 25); le osservazioni di Segni su di un decreto legislativo su tariffe e dazi doganali, ritenuto privo di copertura finanziaria (cfr. il carteggio con il Ministro delle Finanze intercorso tra l'agosto '62, il marzo ed il maggio '63, ASPR (A.C.), f. 25); nonché le osservazioni di Pertini sul decreto legislativo per la disciplina dell'Agenzia per l'assistenza al volo (Lettera del Segretario Generale della Presidenza della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 25.3.1981, ASPR (A.C.), f. 25).

¹⁹⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 23.11.1988 (ASPR (A.C.), f. 25).

¹⁹⁹ Lettera del Segretario Generale della Presidenza della Repubblica al Ministro per gli affari regionali del 5.5.1989 (ASPR (A.C.), f. 25).

²⁰⁰ Lettera del Ministro per gli affari regionali al Segretario Generale della Presidenza della Repubblica del 30.6.1989 (ASPR (A.C.), f. 25).

Ispirata a maggiore deferenza è invece l'interposizione presidenziale in sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi: pur ricorrendo con frequenza tanto alle consuete osservazioni accompagnate alla firma quanto alla richiesta di riesame, Cossiga non volle però spingere tale strumento fino alle conseguenze estreme cui l'aveva condotto Segni, specie nei confronti del Governo Moro²⁰¹. Tanto che già in una prima occasione, concludeva la propria richiesta di riesame specificando:

Le posso fin d'ora comunque assicurare che ove il Governo dovesse confermare la sua precedente deliberazione provvederò senz'altro alla emanazione del decreto di autorizzazione alla presentazione²⁰².

Inutile dire che questa linea ricostruttiva ispirata alla deferenza sarebbe venuta meno nel corso del settennato.

8. "Picconate" presidenziali: Cossiga nel biennio 1991-1992

Il biennio 1991-1992 rappresenta, nel settennato di Cossiga, un momento per molti versi eccezionale. Nel manifestarsi della crisi del sistema politico, il Presidente enfatizza la propria natura polemica ed il carattere irrituale di molti dei suoi interventi pubblici. Di questo approccio, al limite della rottura costituzionale, le esternazioni irrituali ed i messaggi alle Camere sono la manifestazione più nitida²⁰³; nel famoso messaggio del giugno 1991, sulle riforme istituzionali, si percepisce tutta la portata polemica del nuovo corso della presidenza, improntato ad una retorica populista ed antipartitica e al desiderio di ripensare i fondamenti di legittimazione del sistema politico repubblicano²⁰⁴. Le reazioni critiche di diversi partiti italiani – con le prime accuse di attentato alla Costituzione²⁰⁵ – avrebbero ulteriormente esasperato il clima politico.

Con riferimento all'interferenza presidenziale nella funzione legislativa, si osserva un evidente incremento quantitativo nel ricorso agli stru-

²⁰¹ Cfr., *supra*, § 4.

²⁰² Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 26.1.1987 (ASPR (A.C.), f. 15).

²⁰³ A. PACE, *Esternazioni presidenziali e forma d governo. Considerazioni critiche*, in *Quad. cost.*, 2/1992, 191 ss.

²⁰⁴ Messaggio alle Camere ai sensi dell'art. 87 della Costituzione (26.6.1991).

²⁰⁵ Innovando rispetto alla prassi maturata, e assecondando gli auspici presidenziali, le Camere decisero di discutere il messaggio presidenziale (in precedenza, il Messaggio

menti interdittivi e una decisa radicalizzazione dei toni. Tuttavia, i temi e gli obiettivi generali perseguiti attraverso questi strumenti non mutano rispetto all'attività svolta nel primo quinquennio, nel quale Cossiga ha già posto tutti i problemi sui quali sarebbe tornato nell'ultimo scorcio del proprio mandato. È, questo, un dato che invita a correggere, almeno in parte, la diffusa rappresentazione di una presidenza spaccata in due periodi da una rottura difficilmente spiegabile alla luce di soli dati istituzionali.

Tra il 1991 ed il 1992, Cossiga rinvia alle Camere 14 leggi. Rispetto al periodo precedente, divengono più evidenti le obiezioni di merito, come nel caso del messaggio di rinvio della legge elettorale del Senato, in cui il Presidente si concentrava sul valore giuridico delle «schede bianche»²⁰⁶, o nel caso della legge istitutiva dei giudici di pace, in cui faceva rilevare la «dubbia legittimità costituzionale» di alcune norme e la «carente congruità istituzionale» di altre²⁰⁷. I messaggi si allungano significativamente e divengono prolissi; lo stile è più coinvolgente e personale. Viene espletata un'interpretazione del potere di rinvio non circoscritto ad esigenze di tutela della legalità costituzionale, ancorché intesa in senso lato, ma esteso alla garanzia della «convenienza istituzionale», della «opportunità e congruenza rispetto all'ordinamento giuridico» e della «ragionevolezza delle disposizioni»²⁰⁸.

Ne è un'evidente testimonianza il messaggio del 13 luglio 1991, di rinvio della legge di riordino del settore farmaceutico, in cui il Presidente

del 6.2.1991, sul CSM, era stato discusso dalle Commissioni parlamentari competenti): il dibattito, che impegnò le Camere per tre giorni, conobbe toni estremamente polemici. Cossiga formulò le proprie rimostranze in una lettera ai Presidenti delle Camere, Nilde Iotti e Giovanni Spadolini, del 25 luglio 1991, con cui li invitava a non recarsi affatto al Quirinale per illustrare l'esito del dibattito parlamentare, censurando perfino la loro conduzione dei lavori d'Aula (ASPR (A.C.), f. 22).

²⁰⁶Messaggio alle Camere a norma dell'art. 74 della Costituzione (16.8.1991). Ma di tenore molto simile è anche il messaggio di rinvio della legge sulla ricompensa al valor militare per la Resistenza (25.8.1991) o quello di rinvio della legge che fissava i requisiti per l'accesso alla professione di dottore commercialista (3.1.1992). Anche il messaggio di rinvio della legge sulla riproduzione a colori dei contrassegni di lista nelle schede elettorali (del 28.1.1992), che si fonda sulla tutela del principio costituzionale di libertà del voto, muove considerazioni di merito circa l'effetto visivo di disegni, colori e contrassegni, che avrebbero potuto confondere gli elettori e gli scrutatori.

²⁰⁷ Messaggio alle Camere a norma dell'art. 74 della Costituzione (27.8.1991).

²⁰⁸ Lettera del presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 14.2.1992 (ASPR (A.C.), f. 8).

Cossiga traveste di costituzionalità valutazioni di merito²⁰⁹. Penetra così, nelle motivazioni dei messaggi di rinvio, il canone argomentativo della ragionevolezza, ricalcando stili appresi dalla giurisprudenza costituzionale: l'Archivio dà conto dell'ampia istruttoria condotta dagli uffici di supporto del Presidente rispetto alle pronunce della Corte costituzionale, ed in particolare rispetto al ricorso allo strumento della ragionevolezza. Un'istruttoria che attesta l'intento presidenziale di porsi sulla scia della Corte, anche in ragione dello spazio di manovra che l'uso del canone della ragionevolezza avrebbe potuto dischiudere al potere presidenziale di rinvio²¹⁰.

Un uso tanto intenso ed innovativo del potere di rinvio non poteva non suscitare conflitti. Quando, nell'aprile del '91, rinvia la legge sull'aumento di organico delle capitanerie di porto per mancata copertura finanziaria delle spese previste per il triennio successivo a quello decorrente dalla approvazione della legge²¹¹ – facendosi così carico di un'esigenza non contemplata nella legislazione di contabilità pubblica – suscita l'inevitabile risentimento degli organi di vertice delle capitanerie di porto: in una lettera della settimana successiva l'ispettore generale prega i singoli comandi «di voler illustrare al personale dipendente i punti salienti del messaggio presidenziale, facendo rilevare, in particolare, come la legge di cui trattasi sia formalmente ineccepibile». Cossiga, stizzito, investe della questione il Ministro della Difesa, invitandolo alle valutazioni di merito.

La più vivace controversia politica e costituzionale sull'interpretazione del potere di rinvio è posta dal rinvio, del gennaio 1992, della legge sull'obiezione di coscienza. Nel rinviare la legge, Cossiga muoveva dalla giurisprudenza costituzionale, ed in particolare dalla sentenza n. 467 del 1991, in cui la Corte aveva rivolto un monito al legislatore al fine di addivenire ad una «razionalizzazione» delle misure sanzionatorie previste. Cossiga vi leggeva tuttavia un richiamo al bilanciamento tra libertà individuale ed altri valori di rilievo costituzionale, quali la difesa della patria, ed il conseguente rigetto di una protezione assoluta della libertà indivi-

²⁰⁹ Messaggio alle Camere a norma dell'art. 74 della Costituzione (13.7.1991).

²¹⁰ G. SCACCIA, *La funzione presidenziale*, cit., 6. Ma già A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi*, cit., spec. 200 ss.

Nel mio *Veti presidenziali* (Roma 2012) ho cercato di dimostrare come le trasformazioni dello stile e delle argomentazioni dei messaggi di veto dei Presidenti americani siano evoluti in stretta connessione con i mutamenti della retorica e dei canoni argomentativi della *Judicial Review*.

²¹¹ Messaggio alle Camere a norma dell'art. 74 della Costituzione (9.4.1991).

²¹² Messaggio alle Camere ai sensi dell'art. 74 della Costituzione (1.2.1992).

duale, che invece la sentenza collocava senz'altro in una posizione di assoluta primazia in una gradazione gerarchica di valori costituzionali. Secondo Cossiga, «il valore costituzionale che si intende tutelare contrasta con valori costituzionali altrettanto rilevanti e degni di protezione»²¹². Si contestava, pertanto, la disciplina delle cause ostative all'accesso al servizio sostitutivo, nonché il meccanismo meramente dichiaratorio della volontà del singolo, non soggetto a controllo; quindi, il mancato coinvolgimento degli obiettori in servizi sostitutivi non armati militari, così come il mancato impiego dell'obiettore in caso di guerra; si contestava, infine, che le sanzioni penali previste per l'obiezione totale non fossero coerenti con pronunce della Corte costituzionale in materia.

Nonostante il continuo ancoraggio alle diverse pronunce della Corte costituzionale, Cossiga non intendeva celare le motivazioni ideologiche che lo spingevano al rinvio di una legge pur approvata quasi all'unanimità:

È un problema che può trovare soluzione soddisfacente solo liberandolo dall'ipoteca di una certa cultura della paura e della resa, che non ha mancato tra l'altro in questi anni di tentare di travestire la viltà con i panni della virtù, la resa con quelli della tolleranza, l'accettazione della violenza con quelli dell'impegno di pace, concorrendo così a determinare i fattori per una progressiva de-nazionalizzazione del Paese²¹³.

Il rinvio, con i suoi toni sgradevoli, recava con sé veleni politici destinati a ripercuotersi sul terreno costituzionale. Si manifestò subito l'intenzione della democrazia cristiana e del partito comunista di riapprovare la legge. Ma il rinvio era intervenuto – assieme ad altri del medesimo arco di tempo – in regime di *prorogatio*. Come si è detto, a partire da Gronchi, i Presidenti si erano rigorosamente astenuti dal ricorrere al potere di rinvio in regime di *prorogatio* delle Camere. A valutazioni di opportunità politica, basate sulla tradizionale deferenza nei confronti del Parlamento, si aggiungevano serie perplessità di ordine costituzionale, in ragione dell'efficacia di veto assoluto che il rinvio sarebbe venuto ad acquisire in tali circostanze, anche a causa della perdurante incertezza dottrinale sull'estensione dei poteri delle Camere in regime di *prorogatio*²¹⁴.

²¹³ Messaggio alle Camere ai sensi dell'art. 74 della Costituzione (1.2.1992).

²¹⁴ Nel senso dell'ammissibilità del riesame della legge rinviata da parte delle Camere in regime di *prorogatio*, per primi, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il rinvio presidenziale delle leggi dopo lo scioglimento delle Camere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 13 e G. FERRARA, *Il rinvio delle leggi*, cit., 15 ss, 137, 143.

A fronte dell'intenzione di parti dello schieramento parlamentare di convocare le Camere in *prorogatio* per il riesame della legge, Cossiga impegnò gli sforzi degli uffici Quirinale per contestare la spettanza di questo potere: ai numerosi pareri di giuristi raccolti dal Quirinale si contrapponevano altrettanti pareri richiesti dalla Presidenza del Consiglio, nonché interventi di giuristi ed esponenti politici sulla stampa. Mentre per i primi le Camere in regime di *prorogatio* dovevano ritenersi prive di poteri di riapprovazione delle leggi rinviate, per i secondi escludere un potere di riapprovazione in regime di *prorogatio* avrebbe finito per conferire al rinvio presidenziale il valore di un veto assoluto: potere presidenziale di rinvio e potere parlamentare di riapprovazione dovevano invece svolgersi in parallelo²¹⁵.

Per aggirare la ferma opposizione di Cossiga al riesame parlamentare della legge, il Governo Andreotti – tra i primi sostenitori della legge – affacciò l'ipotesi di adottare un decreto-legge sostanzialmente riproduttivo della legge rinviata, eventualmente con l'accoglimento di talune motivazioni del rinvio, consentendo pertanto alle Camere di esaminarlo per la conversione, come unanimemente riconosciuto per le Camere in regime di *prorogatio*. Il Presidente del Consiglio segnalava questa soluzione al Capo dello Stato:

Onorevole Presidente, in relazione alla questione del disegno di legge sull'obiezione di coscienza sul quale il Presidente della Repubblica ha inviato un messaggio sospendendo la promulgazione, ritengo che se, come è opportuno, si mantiene la prassi quasi ininterrotta che a Camere chiuse le sedute sono ipotizzate solo per convertire i decreti-legge, non resti che la via del decreto-legge per investire il Parlamento e consentire anche la presa in considerazione dei rilievi mossi. In tal senso farò proposta nei prossimi giorni al Consiglio dei Ministri. Mi sembra infatti – a parte i dubbi suscitati dalla mancanza di regole al riguardo – che sia difficile accettare l'idea che in iter parlamentare compiuto (oltretutto con voti unanimi o quasi) possa essere inefficace»²¹⁶.

²¹⁵ Propendevano per l'ammissibilità del riesame da parte delle Camere in *prorogatio* i prof. Paladin e Conso. In senso opposto i prof. La Pergola, Fois, Mezzanotte e Motzo (sulla stampa, si espresse contro il riesame in *prorogatio* anche il prof. Manzella: cfr. *La Repubblica*, 5.2.1992). Il Presidente del Consiglio, peraltro, chiedeva omologo parere al prof. Guarino, che concludeva nel senso dei prof. Paladin e Conso (i pareri *pro veritate* sono tutti in ASPR (A.C.), f. 8). Sul problema v. ora F.S. MARINI, *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Milano 1997, 150-6.

²¹⁶ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica dell'11.2.1992 (ASPR (A.C.), f. 8).

La replica di Cossiga alla mossa di Andreotti si svolse su un doppio registro, istituzionale e personale. Sotto il profilo istituzionale, egli affidava ad una lunga lettera, resa pubblica, le proprie visioni sulla situazione verificatasi: secondo lo stile inaugurato con il messaggio sulle riforme istituzionali, il Capo dello Stato muoveva dalla preminenza della «sovranità popolare» sulla «sovranità parlamentare» per dedurre che

le competenze della Camere disciolte ... trovano un limite giuridico appunto nel fatto di essere “disciolte” e nel fatto che, essendosi convocati i comizi elettorali affinché il popolo elegga un nuovo Parlamento, la loro legittimazione politica, se non è venuta meno del tutto, è fortemente attenuata e quindi ristretta a quei soli casi in cui l'adozione di atti sia necessaria ed indifferibile [...]. Una volta disciolte le Camere e chiamato il popolo a votare per l'elezione del nuovo Parlamento nazionale, è alla volontà del popolo sovrano ed alla “sovranità” del nuovo Parlamento che occorre dare precedenza assoluta²¹⁷.

Esclusa l'ammissibilità della riapprovazione parlamentare, Cossiga ammetteva la possibilità che il Governo procedesse con un decreto-legge a disciplinare la materia: egli riproponeva, in proposito la dottrina – invero già contraddetta – per cui

il Capo dello Stato può opporre il rifiuto assoluto di emanazione ... solo in caso di inesistenza dell'atto, o quando le lesioni che esso può arrecare all'ordine costituzionale ed alle sfere delle libertà e dei diritti siano tali da non potere essere evitate o sanate nell'ambito del controllo parlamentare in sede di conversione in legge o nell'ambito giurisdizionale, in sede di sindacato dell'atto o di giudizio di responsabilità costituzionale²¹⁸.

Se cedeva sul fronte dell'emanazione del decreto-legge, il Presidente si riservava, tuttavia, il potere di rinviare alle Camere la relativa legge di conversione, scrutinata attraverso un ampio spettro critico, non circoscritto ai «motivi di legittimità formale», ma esteso anche alla «convenienza istituzionale, alla opportunità e congruenza rispetto all'ordinamento giuridico od alla ragionevolezza delle disposizioni»²¹⁹.

²¹⁷ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 14.2.1992 (ASPR (A.C.), f. 8). La lettera prosegue con passaggi più oscuri, dal sapore spiccatamente antipolitico.

²¹⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 14.2.1992 (ASPR (A.C.), f. 8).

²¹⁹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 14.2.1992 (ASPR (A.C.), f. 8).

Quindi, un'ulteriore lettera ad Andreotti di solo due giorni successiva univa alle ragioni di ordine politico e giuridico della propria condotta, osservazioni di ordine personale: Cossiga si dispiaceva degli attacchi di cui era stato fatto oggetto da parte del mondo cattolico²²⁰, e concludeva:

Per correttezza ti debbo dire che non comprendo i motivi per i quali il Presidente del Consiglio dei Ministri, in una situazione così delicata, insista così fortemente per la sollecita approvazione di una controversa legge che, oggettivamente, solleva tanti dubbi e tanti problemi. Comprendo bene quali possano essere gli interessi e le aspirazioni, riferite anche ad autentici valori, di parte del mondo cattolico e della sinistra. Ma non vedo perché si debbano creare delicati problemi di ordine politico e di ordine istituzionale e non attendere invece al massimo due o tre mesi, anche per rispetto del corpo elettorale, che ormai è stato convocato per eleggere nuove Camere, che, non credo di questo si possa dubitare, saranno molto probabilmente profondamente differenti dalle precedenti²²¹.

In una replica manoscritta, Andreotti esplicitava i propri sentimenti di amicizia per Cossiga e conveniva col Presidente²²². Ma mente Cossiga lavorava per sfaldare la compattezza della maggioranza di sostegno al Governo, Andreotti guardava di buon occhio la convocazione delle Camere per la riapprovazione: le Camere si erano infatti autoconvocate, ai sensi dell'art. 62 Cost., per l'esame del provvedimento rinviato. Il Presidente della Camera dei deputati, Nilde Iotti, esplicitava in Aula la linea emersa anche in Giunta per il Regolamento, nel senso di ritenere competenti le Camere in regime di *prorogatio* ai fini della riapprovazione di una legge rinviata in casi di urgenza²²³; ma il disaccordo di molti gruppi parlamentari alla prosecuzione dell'esame avrebbe sospeso la procedura: ci

²²⁰ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 16.2.1992 (ASPR (A.C.), f. 8): "Non posso chiudere questa lettera senza parteciparTi la mia profonda preoccupazione per il tono di crociata che autorità ecclesiastiche ed ambienti cattolici hanno voluto dare alla campagna a favore di questa legge e la mia profonda amarezza, di cattolico e di democratico, per essere fatto oggetto di attacchi e di insinuazioni che mi inducono a temere che siano passati nel nostro Paese i tempi della pace religiosa voluta da Don Sturzo e De Gasperi".

²²¹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 16.2.1992 (ASPR (A.C.), f. 8).

²²² Lettera manoscritta del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 16.2.1992 (ASPR (A.C.), f. 8).

²²³ Atti parlamentari, Camera dei deputati, 12 marzo 1992.

si limiterà ad affermare la piena applicazione del procedimento abbreviato del *repechage* sulle leggi rinviate a Camere sciolte²²⁴.

L'intransigenza del Presidente aveva convinto il Governo a desistere anche dall'intenzione di procedere con un decreto-legge, specie per la mancanza del sostegno di alcuni partiti della coalizione. Ma la vicenda aveva incrinato pesantemente i rapporti tra Cossiga ed Andreotti: il 16 marzo 1992 Cossiga si risolse ad esplicitare ad Andreotti il proprio fastidio, in una lettera ufficiale ma dal tono personale, in cui – lamentando la propria «solitudine istituzionale, politica e personale» – lo accusava pesantemente di averlo delegittimato ed attaccato in modo eccezionale e gravissimo²²⁵. Una parziale pacificazione tra i due si sarebbe comunque avuta²²⁶, ma nell'ambito di un progressivo isolamento di Cossiga, sancito anche dalle sue dimissioni anticipate.

Pochi giorni più tardi le Camere avrebbero affermato il proprio diritto di riapprovare una legge rinviata in regime di *prorogatio*, approvando la legge sulla cessazione dell'impiego dell'amianto²²⁷.

Il biennio 1991-1992 non fa registrare soltanto un'intensificazione dell'esercizio del potere di rinvio delle leggi: lievita parallelamente l'uso degli altri strumenti di interposizione presidenziale, con particolare riferimento al contrasto alla decretazione d'urgenza. In tutti i casi, le remore che avevano comunque contraddistinto il protagonismo di Cossiga nel primo quinquennio vengono meno, ed i contrasti con il Governo si fanno via via più acesi e diretti, mentre il Presidente preme per interpretazioni inedite dei propri poteri.

Si infittisce, anzitutto, l'attività di *moral suasion*: l'interlocuzione con il Governo per sollecitare iniziative legislative, che fino al 1990 si era mantenuta nei termini comuni anche ai suoi predecessori, si fa particolarmente ingente²²⁸.

In sede di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi alle Camere, nella prima parte del settennato Cossiga aveva esplicitato una linea di rispetto per l'autonomia del Governo. Interve-

²²⁴ Così i pareri delle Giunte per il Regolamento di Camera e Senato, dell'11 marzo.

²²⁵ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 16.3.1992 (ASPR (A.C.), f. 8).

²²⁶ Come attestato dalla lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 3.4.1992 (ASPR (A.C.), f. 8), in cui ritiene chiusa la vicenda e conferma i rapporti di amicizia e stima.

²²⁷ Cfr. soprattutto il parere delle Giunte per il Regolamento di Camera e Senato dell'11.3.1992.

²²⁸ Le carte in questione sono reperibili in ASPR (A.C.), f. 43.

nendo, nel dicembre del 1990, su di un disegno di legge in materia di elettorato attivo e passivo nelle elezioni regionali e locali, il Presidente opponeva al Ministro dell'Interno diverse valutazioni di costituzionalità, e ribaltando il proprio indirizzo, concludeva:

Faccio con la presente espressa riserva – attesa la possibilità di una evidente violazione della Costituzione – di rifiutare la proposta di emanare il sottoposto decreto di autorizzazione alla presentazione del disegno di legge alle Camere²²⁹.

Alla nuova interpretazione del ruolo presidenziale nella autorizzazione dei disegni governativi non fa però riscontro un'intensificazione di prassi interdittive o una radicalizzazione dell'opposizione al Governo in questa sede. Intensificazione che si sarebbe invece certamente registrata con riferimento all'interlocuzione ed all'interdizione presidenziale in sede di emanazione dei decreti legislativi governativi. Gli obiettivi di questa interdizione sono anzitutto di carattere formale: nel gennaio 1991 Cossiga rifiuta l'emanazione di un decreto legislativo perché non sottoposto al parere preventivo delle commissioni parlamentari competenti, prescritto nella legge delega²³⁰. Pochi mesi più tardi, il diniego all'emanazione discende da un sindacato sulle motivazioni del decreto, ed in particolare sulle ragioni dello scostamento dal parere delle commissioni parlamentari competenti: il Presidente riconosce che il Governo possa discostarsi dai pareri parlamentari, ma con motivazioni rigorose²³¹. Di fronte all'insistenza del Governo sull'emanazione del decreto, Cossiga cederà, ma senza rinunciare ad una delle sue frequenti affermazioni di principio:

In considerazione del fatto che il decreto in oggetto è un atto di alta amministrazione connesso a rilevanti impegni di politica comunitaria, ritengo di dover responsabilmente aderire alla richiesta da Lei formulatami. Nei confronti infatti dei decreti legislativi, la cui deliberazione, a norma dell'art. 76 della Costituzione, rientra nella esclusiva competenza del Governo, il Presidente della Repubblica ha solo il potere di richiederne il riesame, ma ha il dovere di emanarli nel caso, quale è il presente, che il Governo insista. Le

²²⁹ Lettera del Presidente della Repubblica al Ministro dell'Interno del 18.12.1990 (ASPR (A.C.), f. 15).

²³⁰ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 14.1.1991 (ASPR (A.C.), f. 23).

²³¹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8.8.1991 (ASPR (A.C.), f. 23).

rimetto, pertanto, il testo del decreto firmato. Tuttavia non posso esimermi dal sottolineare come le osservazioni da me precedentemente formulate e le perplessità manifestate permangano tutte, visto che i chiarimenti forniti non apportano apprezzabili elementi di modifica²³².

In altre circostanze, la richiesta di riesame dipende da ragioni di puro merito: a ridosso della scadenza dei termini per la conclusione delle istruttorie avviate secondo il precedente codice di procedura penale, con il rischio di estinzione di numerosi processi per reati mafiosi, Cossiga interloquisce con il Presidente del Consiglio e con il Ministro della Giustizia, opponendosi ad ulteriori proroghe:

È stata sempre mia convinzione che rientri nei doveri del Capo dello Stato non solo quello di “mettere in guardia” il Governo della Repubblica dal compimento di atti che Egli ritenga in contrasto con la Costituzione, non coerenti con l’ordinamento giuridico generale o gravemente inopportuni dal punto di vista del merito istituzionale e dell’equilibrio politico, ma anche quello di collaborare con il Governo medesimo esprimendo “consigli e avvisi” ed anche ipotizzando o proponendo soluzioni di problemi controversi²³³.

Anche in questo caso, l’insistenza del Governo prevale, benché Cossiga non rinunci, in sede di emanazione, a formulare osservazioni sui punti a lui cari²³⁴.

In materia di legislazione delegata Cossiga impresso dunque una innovazione nell’interpretazione consolidata del ruolo presidenziale, specie per la progressiva espansione delle osservazioni di merito formulate, ma la resistenza dei Governi – in questo ambito – ha impedito che si consolidasse un’eccessiva interferenza presidenziale.

Le tensioni maggiori erano tuttavia destinate a scoppiare sul terreno del potere di emanazione dei decreti-legge. Nei primi cinque anni di mandato Cossiga si era, dapprima, attenuto ad una visione sostanzial-

²³² Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 16.8.1991 (ASPR (A.C.), f. 23).

²³³ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 6.11.1991 (ASPR (A.C.), f. 23).

²³⁴ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 13.12.1991 (ASPR (A.C.), f. 23). La stessa dinamica si registra poi sul decreto legislativo in materia di lavori pubblici, prima rinviato al Governo, quindi emanato con osservazioni (cfr. le Lettere del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 30.9.1991 e del 19.12.1991 (entrambe in ASPR (A.C.), f. 23).

mente deferente del potere presidenziale di emanazione: pur non mancando di stigmatizzare la prassi della reiterazione e l'aggancio di emendamenti in sede di conversione, il Presidente aveva pur sempre riconosciuto la spettanza al solo Governo della definitiva valutazione sull'adozione del decreto, la marginalità del controllo presidenziale e la corrispettiva natura «politica» del sindacato sulla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza. Quindi, a partire da 1990, la linea presidenziale era mutata: il Governo dimissionario non era libero di esercitare il potere di decretazione con la stessa discrezionalità del Governo in pienezza di poteri; la reiterazione veniva a configurare una «eversione» dell'ordine delle fonti, tale da giustificare non solo la «richiesta di riesame», ma persino il «diniego di emanazione»²³⁵.

Ora, la crisi politica lo autorizza a dare seguito agli indirizzi teorizzati nei carteggi: nel marzo del 1991 giunge sul suo tavolo un decreto-legge sulla scuola, giunto alla quinta reiterazione. Il Presidente lo emana, ma lo accompagna ad una lettera di tono monitorio al Presidente del Consiglio: dopo aver ricostruito le «perplexità di ordine costituzionale» rivolte ai vari Presidenti del Consiglio in materia di reiterazione, il Presidente preavvisa la propria indisponibilità ad un'ulteriore reiterazione, che verrebbe a configurare, a suo dire, persino un'ipotesi di reato presidenziale:

Tanto Le comunico perché vorrei evitare, specie dinanzi a casi di più volte ripetute reiterazioni di provvedimenti di urgenza, di vedermi costretto a soprassedere alla emanazione e a rinviare formalmente lo schema di decreto a nuovo esame del Governo. Devesi por mente al fatto che si sta fuoriuscendo dall'ordine costituzionale delle competenze ed in particolare dalle norme sulle fonti di produzione del diritto, la cui disciplina è uno dei cardini degli ordinamenti costituzionali; talché una reiterazione di comportamento del Presidente della Repubblica su tale linea potrebbe addirittura ritenersi che si ponga al limite sanzionato dalla Costituzione²³⁶.

Il Presidente del Consiglio Andreotti risponde al Capo dello Stato auspicando una riforma regolamentare o costituzionale per assicurare i tempi dell'esame parlamentare entro 60 giorni²³⁷: è la linea che fu già di

²³⁵ Cfr. § precedente.

²³⁶ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 27.3.1991 (ASPR (A.C.) f. 24).

²³⁷ Lettera del Presidente del Consiglio dei Ministri al Presidente della Repubblica del 29.3.1991 (ASPR (A.C.), f. 24).

De Mita, sostanzialmente elusiva delle responsabilità del Governo. Ma Cossiga non intende lasciare ad altri l'ultima parola; dichiara di apprezzare gli intendimenti del Governo, ma minaccia esplicitamente il diniego di emanazione:

Ella mi conferma che ormai il problema deve assolutamente essere affrontato e rileva che può essere risolto limitando al massimo la decretazione d'urgenza, da un lato, e ottenendo, dall'altro, che il Parlamento si imponga l'obiettivo di votare entro il sessantesimo giorno l'approvazione o la reiezione del provvedimento. Il primo è un impegno che il Governo può senz'altro assumere e il secondo è un risultato che, indipendentemente da ulteriori auspicabili riforme dei regolamenti parlamentari, il Governo può cercare di raggiungere impiegando la responsabilità dei gruppi parlamentari di maggioranza. [...]. Se, peraltro, ancora una volta non si dovesse ottenere in tempo utile la deliberazione delle Camere, è evidente che dovrò considerare come necessario il rinvio al Governo degli eventuali schemi di decreto che dovessero essere nuovamente predisposti²³⁸.

Spostiamoci di sessanta giorni: è il 1° giugno 1991, e il Governo ripropone il decreto-legge per l'ulteriore reiterazione. Cossiga la nega. Il tenore della lettera è peraltro identico a quello di una lettera di appena tre settimane prima, quando il Presidente aveva rifiutato l'emanazione di un altro decreto-legge, contestando severamente la prassi della reiterazione:

Sento il dovere di riproporLe le osservazioni più volte sottoposte all'attenzione del Governo sui profili di illegittimità costituzionale che la reiterazione dei decreti-legge presenta [...]. Come non ho mancato altre volte di avvertire, tutto ciò dà il segno che si sta fuoriuscendo dall'ordine costituzionale delle competenze e, in particolare, dalle norme sulle fonti di produzione del diritto, con gravi implicazioni sul funzionamento e sulla credibilità delle istituzioni e sui corretti rapporti tra queste e i cittadini.²³⁹

Il Governo si adattava, trasferendo il contenuto in un disegno di legge. Il settennato di Cossiga concludeva così una rotta, che da interpretazioni deferenti del potere di emanazione dei decreti-legge, avallata pur con ambivalenze nei primi anni, perviene alla teorizzazione ed all'eserci-

²³⁸ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 29.3.1991 (ASPR (A.C.) f. 24).

²³⁹ Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei Ministri del 13.5.1991 (ASPR (A.C.) f. 24).

zio di un ampio controllo presidenziale, che coinvolge il sindacato sulla sussistenza dei presupposti dei decreti ed il contrasto alla reiterazione.

9. *Contropoteri presidenziali: verso una consuetudine costituzionale*

L'accessibilità del materiale d'archivio si arresta alla tormentata fine della presidenza Cossiga; ma le tendenze consolidate nei decenni analizzati sono state ulteriormente confermate nel corso delle presidenze successive. La ricostruzione storica ha documentato un percorso che, pur segnato dalle personalità dei singoli detentori della carica, ha progressivamente esteso ambiti di intervento, modalità ed efficacia degli strumenti presidenziali di interdizione dell'indirizzo legislativo di Governo e maggioranza. Si è potuto soprattutto apprezzare che la via per l'affermazione ed il consolidamento di siffatti poteri interdittivi risale indietro nel tempo nella vena archivistica, fino alle prime presidenze.

Benché poggianti su presupposti non giuridici, come la continuità con le prassi statutarie o l'instaurarsi in via di fatto di convenzioni collaborative tra i soggetti politici, lo sviluppo della prassi ha conclusivamente concretizzato un quadro costituzionale singolarmente aperto e suscettibile di curvature, dando luogo ad una vasta attività formale, ancorché non positivamente tipizzata, di interposizione del Capo dello Stato nella funzione legislativa. Il rilievo quantitativo di tali attività, la sua sostanziale continuità nel tempo, la ricorrenza di taluni aspetti formali, il riconoscimento della sua legittimità da parte degli altri attori istituzionali, la sua coerenza con il disegno complessivo della posizione costituzionale del Capo dello Stato, permettono di ritenere oramai consolidata un'interpretazione del quadro costituzionale che attesta la spettanza al Presidente di tali poteri e la loro conformità rispetto al canone formale, fino a determinare una vera e propria consuetudine costituzionale facoltizzante²⁴⁰.

²⁴⁰ La dottrina discute del valore – prescrittivo, interpretativo, politico – delle prassi nel diritto costituzionale, e sui confini che le regole costituzionali pongono all'affermazioni di prassi divergenti (v. le osservazioni di M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2007, spec. 321 ss., che invita a conservare un'attitudine critica nei confronti degli scostamenti delle prassi dal diritto costituzionale formale. Medesime cautele in M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 541, nt. 18. In termini generali, ora, M. PIAZZA, *Consuetudine e diritto costituzionale scritto*, Roma 2008, spec. 223 ss.). Rispetto alla figura, invero specialissima, della «consuetudine costituzionale», maggiore diffusione rivestono le «convenzioni costituzionali» (su cui v. almeno L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 639, nt. 20; G.U. RESCIGNO, *Le con-*

Altrettanto rilevanti sono le suggestioni che l'esame dei materiali d'archivio offre per la ricostruzione della natura dei poteri interdittivi presidenziali, specie con riferimento alla identificazione delle motivazioni alla base dell'interdizione. Se con riferimento al potere di rinvio già da tempo si è rilevata l'ampiezza del parametro di controllo, l'analisi dell'intera attività presidenziale dà conto di un sindacato assai ampio. Per quanto l'esercizio degli strumenti interdittivi non abbia mai assistito rivendicazioni presidenziali di poteri di indirizzo politico in senso stretto, i Presidenti della Repubblica hanno finito con l'esercitare tali poteri in forma libera, e dunque politica, selezionando principi e valori costituzionali materialmente privilegiati²⁴¹, talora perfino non espressamente formalizzati nel testo della Costituzione, da proteggere con le speciali risorse interdittive forgiate e man mano affinate nella prassi, anche su temi e questioni collimanti con l'indirizzo politico di maggioranza.

I diversi strumenti interdittivi di cui il Capo dello Stato dispone rispetto all'indirizzo legislativo di maggioranza hanno così dato corpo a qualcosa di più di una funzione di controllo giuridico²⁴², per quanto

venzioni costituzionali, Padova 1972; e ora G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino 2003). Per quanto secondo i più anche le convenzioni possano, in taluni casi, consolidarsi come fonti di diritto cogente (G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazioni e interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, spec. 908-11, 918-9, nonché ora A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna 2008, 9 ss.), o comunque imporsi come interpretazione giuridicamente vincolante di una norma scritta (S. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il Politico*, 2/1983, spec. 260-1), le convenzioni restano prevalentemente connesse alla loro origine volontaria, e sono pertanto disponibili (cfr., ancora, G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni*, cit., 112). Nel caso dei poteri interdittivi che sono stati descritti in questo studio, invece, l'elemento convenzionale non rileva: si è piuttosto in presenza dell'affermazione unilaterale del potere, cui gli altri organi hanno reagito con prevalente acquiescenza. Di talché, all'esito di una prassi reiterata, ci sembra piuttosto integrata una «consuetudine facoltizzante» (parla di «consuetudine costituzionale» anche G. CAPORALI, *Il Presidente*, cit., 153. Sulla trasformazione della convenzione in consuetudine costituzionale cfr., ancora, G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni*, cit., 142), a prescindere dall'efficacia (di interdizione assoluta o relativa) che ciascuno di tali strumenti è in grado di esibire. La distinzione è tutt'altro che nominalistica: la spettanza dei poteri presidenziali di cui si discorre non potrebbe essere revocata in dubbio da parte degli altri organi costituzionali, e lo stesso titolare del potere, per quanto certamente libero di non farne uso, non potrebbe tuttavia negare la spettanza della relativa competenza (cosa che potrebbe benissimo accadere, invece, per via di desuetudine o attraverso la legislazione costituzionale. Cfr. G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni*, cit., 121).

²⁴¹ Nel senso, soprattutto, di A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Rivista Aic*, 1/2011, 9.

²⁴² Cfr. almeno E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, (rist.), Milano 1968, 112 ss.; L. PALADIN, *La funzione presidenziale di controllo*, in *Quad. cost.*, 1/1982.

estesa all'applicazione di canoni elastici derivati dal principio di ragionevolezza. I Presidenti hanno invece interpretato le proprie prerogative quali strumenti volti al bilanciamento rispetto a disfunzioni formali e concentrazioni di potere, nella prospettiva del ristabilimento dell'equilibrio costituzionale. Gli strumenti interdittivi presidenziali hanno dunque incorporato la manifestazione di una risorsa di «contropotere» costituzionale avverso le concentrazioni arbitrarie del potere politico, secondo un processo evolutivo che, anche quando ha determinato innovazioni e mutamenti interpretativi della Costituzione formale, ha risposto tuttavia al più profondo spirito del costituzionalismo²⁴³.

Alla luce di queste conclusioni, devono essere riconsiderati tanto i diffusi giudizi circa la modesta effettività del potere di rinvio nella storia repubblicana – giacché è invece dal tronco del potere di rinvio che hanno preso vita, come ramificazioni, gli altri strumenti interdittivi osservati –, quanto i giudizi sulla novità delle prassi interdittive poste in essere, negli anni più recenti, dai Presidenti Ciampi e Napolitano in sede di promulgazione delle leggi e di emanazione dei decreti aventi forza di legge: contestualizzata rispetto ai precedenti, l'attività di queste due presidenze non sembra aver comportato innovazioni o irritualità, né sotto il profilo quantitativo né sotto quello qualitativo²⁴⁴. È semmai la pubblicità ora conferita all'attività presidenziale a dotare gli strumenti presidenziali di una più vasta risonanza e, conseguentemente, di una singolare efficacia²⁴⁵.

Occorre ciò nondimeno riconoscere che in altre esperienze costituzionali, l'emersione di forti strumenti di contropotere, configurati nei termini ampi e liberi che abbiamo constatato nella prassi costituzionale italiana, ha presto innescato processi di compartecipazione dei Capi di Stato alla funzione di indirizzo politico e legislativo. Una vicenda che non pare circoscritta alle sole democrazie presidenziali, in cui, al di là delle cautele costituzionali a tutela dell'indipendenza del legislativo, la legittimazione diretta presidenziale ha finito per prevalere²⁴⁶; ma che si riscon-

²⁴³ Perplexità su questo indirizzo, invece, in M. MANETTI, *Procedimenti, controlli, conflitti*, cit., 33.

²⁴⁴ *Contra* O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia*, in *Quad. cost.*, 1/2013, 30; G. SCACCIA, *Il «setteennato» Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, in *Quad. cost.*, 1/2013, 98 ss.

²⁴⁵ R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*, 1/2013, 10 ss.; I PELLIZZONE, *Il peso specifico della prassi nella configurazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Quad. cost.*, 1/2013, 87 ss., nonché, ora, A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza degli organi di garanzia costituzionale*, Napoli 2013, 67 ss.

²⁴⁶ Sia consentito rinviare ad A. BURATTI, *Veti presidenziali*, cit., spec. 168 ss.

tra anche in altri ambiti caratterizzati dall'emersione di presidenze comunque dotate di legittimazioni alternative a quelle del circuito della democrazia dei partiti²⁴⁷. Ad un simile sviluppo il sistema costituzionale italiano non può ritenersi del tutto immune, vuoi per la laschezza del quadro normativo di riferimento, vuoi per la ricorrente debolezza del sistema dei partiti e delle istituzioni titolari della funzione di indirizzo politico. Un esito che dovrebbe essere scongiurato, in ragione dell'opacità di tali forme di collaborazione tra la presidenza e gli attori politici e della connessa alterazione del circuito della responsabilità politica.

²⁴⁷ Per tutti, A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino 2007.

NEL SILENZIO DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Sul “silenzio della Costituzione”: introduzione alla ricerca. – 2. Bricciole di teoria in tema di completezza del diritto. – 3. La materia costituzionale. – 4. I nuovi diritti fondamentali, tra analogia e interpretazione estensiva. – 4.1. La libertà di iniziativa economica privata e la riserva implicita di legge. – 4.2. Spunti in tema di titolarità dei diritti fondamentali. – 5. La “precomprensione” del testo da interpretare: il caso della controfirma ministeriale. – 6. Il rapporto fiduciario tra Camere e Governo e il completamento del sistema costituzionale: la questione di fiducia. – 6.1. Segue: la mozione di sfiducia individuale. – 7. Lacune apparenti: in particolare, il procedimento di formazione del Governo. – 7.1. Le “dimissioni di cortesia” del Presidente del Consiglio in occasione della elezione del nuovo Capo dello Stato. – 8. Su ciò che non è “silenzio della Costituzione”. – 9. I meccanismi di integrazione delle lacune costituzionali.

1. *Sul “silenzio della Costituzione”: introduzione alla ricerca*

«Malgrado le pie illusioni, alle lacunose costituzioni ottocentesche (o alle vecchie costituzioni risultate lacunose in rapporto agli svolgimenti della vita politico-costituzionale) si sono sostituite nuove costituzioni che, secondo esperienza, anche esse sono risultate lacunose o inette a incanalare totalitariamente, secondo precostituite regole, lo svolgersi della vita politico-costituzionale»¹. Così si esprimeva Carlo Esposito a proposito della attitudine (pretesa?) delle costituzioni scritte a fornire una risposta puntuale ai problemi relativi ai fatti, ai comportamenti e ai rapporti inclusi nella materia costituzionale.

¹ C. ESPOSITO, voce *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 470, n. 63. Non diversamente D. DONATI, voce *Costituzione*, in *Enc. it.*, XI, Roma 1931, 656, e G. MARANINI, *Origini dell'insufficienza della nostra Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il Ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze 1969, 415 ss.

Il processo costituente intrapreso alla fine del Settecento ha alimentato molteplici aspettative. Tra queste innanzitutto l'istanza dei consociati a vedersi riconosciuti e garantiti i diritti fondamentali già nei rapporti con i pubblici poteri. Sul versante organizzativo, poi, tale processo ha assecondato l'aspirazione degli attori istituzionali a muoversi e ad operare in un contesto razionalizzato, vale a dire al cospetto di regole precise, chiare, coerenti, in vista del corretto ed ordinato funzionamento del sistema.

Ben presto, però, si è materializzata l'incapacità dei testi costituzionali di fornire una risposta alle tante e variopinte sollecitazioni che la vita istituzionale e la dinamica delle relazioni con la comunità hanno nel tempo promosso. A volte, tali stimoli di adeguamento sono stati assecondati attivando la procedura di revisione costituzionale. In altri casi, a supplire ai silenzi delle costituzioni hanno contribuito le interpretazioni poste in essere dagli organi giurisdizionali e dagli stessi pubblici poteri, nonché le regolarità – spesso culminate in regole vincolanti – invalse nella prassi istituzionale.

Nonostante l'adesione al metodo della codificazione, che in ambito costituzionale segna la tumultuosa transizione tra regimi, l'*horror vacui* ha suscitato non pochi interrogativi sulle modalità da seguire al fine di garantire la capacità delle costituzioni di assolvere compiutamente al proprio ruolo di conformazione precettiva dei fatti, dei contegni e delle relazioni racchiuse nella materia costituzionale.

Ebbene, questo saggio intende esplorare la natura e le implicazioni del *silenzio della Costituzione*, con particolare attenzione ai rimedi diversi dal ricorso alla procedura aggravata. Con una precisazione importante: gli istituti del diritto costituzionale, oggetto della seguente trattazione, verranno esaminati nella misura strettamente necessaria a definire il problema analizzato in questa sede.

2. *Briciole di teoria in tema di completezza del diritto*

Con l'avvento del positivismo, al diritto oggettivo viene assegnata la formidabile funzione di garantire il corretto ed ordinato svolgimento delle relazioni intersoggettive. Il diritto oggettivo è identificato con il diritto positivo, vale a dire con l'insieme delle norme giuridiche prodotte dalle istituzioni e con le procedure previste dall'ordinamento.

Un diritto positivo che aspiri a presidiare la pace sociale non può che essere innanzitutto *coerente*. I suoi elementi costitutivi non debbono cioè

contraddirsi. Il diritto oggettivo deve essere strutturato come sistema². Ove si verifichi un contrasto tra norme prodotte da distinte fonti del diritto, il sistema normativo reagisce attivando uno dei criteri di composizione delle antinomie.

Inoltre, un diritto positivo con una simile vocazione non può che essere *completo*. L'operatore del diritto, sia esso un giudice o un pubblico funzionario, deve poter sempre e comunque reperire nel diritto positivo la risposta da dare allo specifico problema del quale egli è investito. La completezza assicura anche la certezza del diritto positivo, dal momento che ogni consociato è messo nelle condizioni di poter comprendere e prevedere le conseguenze giuridiche associate alle sue condotte. La completezza, poi, intesa come chiusura, impedisce l'ingresso di norme prodotte da fonti diverse da quelle esplicitamente contemplate dall'ordinamento: statualismo e legalismo, dunque, integrano la prospettiva illuminata dal pensiero positivista³.

Sin dall'avvio del processo di codificazione inaugurato dal *Code Napoléon* del 1804, il fine ultimo della completezza, con i suoi fondamentali corollari – di matrice liberale – della certezza e del divieto di denegata giustizia⁴, è stato perseguito, negli ordinamenti di *civil law*, attraverso l'uso della scrittura quale reazione polemica rispetto ad un passato inficiato da abusi ed arbitrii e, nel contempo, quale modalità irrinunciabile di trasposizione della volontà normativa in regole certe, accessibili, stabili⁵.

In questa cornice, le lacune del diritto rappresentano un elemento di criticità, impedendo ai soggetti interessati di individuare lo schema di qualificazione normativa entro cui sussumere lo specifico caso della vita. Al pari delle antinomie, le lacune mettono in discussione l'attitudine del diritto oggettivo a orientare e condizionare lo svolgimento delle relazioni intersoggettive entro binari certi, accessibili, stabili: la razionalità del sistema normativo, quale condizione indefettibile di efficiente funzionamento del diritto, esige coerenza e completezza.

² Cfr. J. RAZ, *The Concept of Legal System*, II ed., London 1973, nonché L.M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York 1975.

³ Su coerenza e completezza v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, II ed., Roma 1946, 76 ss.: nel caso della incoerenza del sistema c'è una norma di troppo, nel caso della incompletezza manca una norma.

⁴ Sui quali, per tutti, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), nuova ed., Milano 1968, e H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge 1949, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1962, 144 ss.

⁵ Come non citare J. BENTHAM, *De l'organisation judiciaire et de la codification*, a cura di E. Dumont, Paris 1828, 334.

Ebbene, quale altro modo per affermare l'onnipotenza del diritto positivo se non affidarsi ad una verità assoluta, indiscutibile, non soggetta a dimostrazione? I fautori di questo disegno hanno concepito il dogma della completezza: il diritto positivo *non può che essere completo* e, dunque, le lacune sono inconcepibili.

Il dogma della completezza è stato presentato in differenti versioni, tutte accomunate dalla condivisa attitudine a rispondere all'unico, autentico interrogativo che un vuoto normativo pone: come decidere o come agire se un fatto della vita non è espressamente previsto da una regola di diritto positivo?

I) Prima forma di inveroamento del dogma della completezza: *tutto ciò che non è previsto da una espressa norma giuridica è giuridicamente irrilevante*.

Una comunità organizzata è attraversata da una intricata congerie di rapporti, comportamenti, fatti, i quali, dal punto di vista sociale, assumono rilevanza in quanto elementi costitutivi della complessa dinamica delle relazioni tra i consociati. A loro volta, simili rapporti, contegni, eventi, possono essere fonte di contrasti, tali da minare la pace in seno alla comunità. Il diritto oggettivo risponde a questo rischio approntando regole, dotate di forza coattiva, al cospetto delle quali i consociati informano le loro azioni e le loro condotte. Il legislatore, dal canto suo, opera una selezione tra tutti questi fatti, individuando quelli che reclamano, in un dato frangente storico, una specifica protezione da parte del diritto: ciò in relazione agli interessi in gioco, agli orientamenti della classe politica dominante, al tasso di conflittualità sociale, ai valori che la stessa comunità ha abbracciato quali pilastri della convivenza pacifica. Qualcosa, dunque, può rimanere al di fuori della regolamentazione giuridica. Rispetto alla infinità delle possibili azioni umane il diritto oggettivo è finito. Ma ciò non significa che esso sia incompleto.

Queste sono, in estrema sintesi, le premesse sulle quali riposa la teoria dello "spazio giuridicamente vuoto" o, meglio, dello "spazio vuoto di diritto" (*Rechtsleerer Raum*)⁶. Se un fatto non è previsto dal diritto positivo, esso è giuridicamente irrilevante. Sicché, non esistono lacune.

Oltre alla ragionevole obiezione secondo cui questa teoria anziché risolvere il problema delle lacune in realtà lo elude⁷, essa non fornisce un

⁶ K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig 1892, 371 ss., e Santi ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), ora in *Scritti minori*, I, Milano 1950, 371 ss.

⁷ Così A.G. CONTE, voce *Completezza*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino 1988, 140.

risposta appagante al quesito fondamentale relativo alla decisione che un giudice è chiamato ad assumere al fine di dirimere una controversia⁸. Come si è anticipato, infatti, uno dei corollari del dogma in parola è l'obbligo per il giudice di decidere.

Il dubbio è sdrammatizzato da quanti osservano che la regola del *non liquet* è priva di portata universale, in quanto vi sono ordinamenti giuridici che non la contemplano⁹. Inoltre, alcuni ordinamenti autorizzano il giudice a decidere, in difetto di una norma di diritto positivo, in base all'equità o ricorrendo a regole proprie di altri ordinamenti¹⁰. In ogni caso, ove un individuo adisse il giudice allegando una pretesa priva di qualificazione normativa, il giudice dovrebbe rigettare la domanda.

Senonché, se questo è concepibile ove vi sia una esplicita norma giuridica che escludesse la tutela giudiziaria di un dato interesse, non così è in difetto di una simile previsione. Si pensi, ad esempio, all'art. 1933 cod. civ., secondo cui «non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti». Il legislatore italiano, in coerenza con l'idea che l'arricchimento personale non possa che discendere dal lavoro e non dall'alea, non ha riconosciuto giuridica rilevanza, ossia protezione giuridica, al credito vantato da chi ha vinto una scommessa. In questo caso, il giudice eventualmente adito potrebbe rigettare la domanda dell'attore applicando l'art. 1933 cit. In tutti gli altri casi, la risposta che offre questa prima declinazione del dogma della completezza non appare persuasiva.

A ciò si aggiunga che, soprattutto nel campo del diritto pubblico, sono necessarie norme non tanto per la risoluzione giudiziale di liti, quanto per il funzionamento di organi: qui il problema non è come deve

⁸ V., al riguardo, F. MODUGNO, voce *Antinomie e lacune*, in *Enc. giur.*, II, Roma 1988, 3.

⁹ Cfr. I. TAMMELO, *On the Logical Openness of Legal Orders. A Modal Analysis of Law with Special Reference to the Logical Status of Non Liquet in International Law*, in *American Journal of Comparative Law* 1959, 187 ss. Come ricorda R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. IV ed., Disc. priv. Sez. civ.*, X, Torino 1993, 273, che al riguardo cita E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien-New York 1971, 155 il divieto di denegare giustizia non è un principio logico, bensì una regola contingente la cui consacrazione è rimessa ai legislatori statali. Peraltro, in ambito processuale, in presenza di una lacuna il suddetto divieto impone al giudice di prendere una decisione, ma non prescrive allo stesso di assumere una data decisione nel senso del rigetto della domanda dell'attore: sicché, il giudice può dirimere la controversia alterando il diritto esistente attraverso l'aggiunta di un nuovo precetto.

¹⁰ Cfr. M. CORSALE, voce *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 267 ss.

decidere il giudice, semmai è la paralisi istituzionale che deriverebbe dalla mancanza di una indispensabile norma di funzionamento¹¹.

II) Seconda forma di inveramento del dogma della completezza: *tutto ciò che non è previsto da una espressa norma giuridica come obbligatorio o vietato è facoltativo o lecito*.

Questa è la conclusione cui accedono la teoria della “norma fondamentale generale e negativa” e la teoria della “norma generale esclusiva” attraverso l'*argumentum a contrario*: è permesso tutto ciò che non è imposto o vietato, nel senso che se un dato comportamento non è gravato da limiti (obbligo o divieto), allora esso è “illimitato”, ossia privo di limiti e, dunque, permesso o lecito¹². Dunque, l'ordinamento è chiuso, in quanto completo, giacché ogni comportamento umano ricade o sotto il dominio di una norma *particolare* che lo vieta o sotto il dominio della norma *generale negativa* che lo consente.

Senonché, si trascura la circostanza che una data condotta “permessa” può essere tale o perché una norma giuridica espressamente la prevede e la garantisce (si pensi, così, alle norme costituzionali in tema di libertà fondamentali) o perché non esiste una norma giuridica che altrettanto esplicitamente la vieti¹³. In altri termini, l'*argumentum a contrario* può essere utilizzato solo se la norma in oggetto esclude radicalmente le condotte che essa non qualifica, senza cioè limitarsi a regolare i comportamenti da essa qualificati¹⁴.

Peraltro, non tutti gli ordinamenti, ma solo quelli di ispirazione liberale, recano una previsione analoga a quella dell'art. 5 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, a mente del quale «tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas». E forse il solo diritto penale è il segmento dell'ordinamento in cui può attecchire una simile regola¹⁵.

III) Terza forma di inveramento del dogma della completezza: *tutto ciò che non è previsto da una espressa norma giuridica è regolato da una norma ricavata in via analogica o desunta dai principi generali dell'ordinamento*.

¹¹ V. A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino 1962, 43 ss.

¹² V., rispettivamente, E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig 1903, 17 ss., e D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910), ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova 1966, spec. 45 ss.

¹³ Di questo avviso R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 271 s. V. pure G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London 1963, 86 ss.

¹⁴ Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 3 s.

¹⁵ Cfr. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 272.

Secondo la teoria della “norma generale inclusiva”, in difetto della norma relativa al caso concreto, il giudice è tenuto a ricorrere all’analogia, sempre che sia possibile riconoscere una ragionevole similitudine tra il fatto regolato e il fatto non previsto¹⁶. Ove non sia possibile ricorrere all’*argumentum a simili*, la strada da imboccare è quella additata dai principi generali, dai quali, con metodo deduttivo, è possibile inferire la regola del caso concreto¹⁷.

Questa ulteriore declinazione del dogma qui considerato in realtà allude alla “completabilità” del diritto oggettivo. Più precisamente, se c’è la norma che espressamente contempla il caso concreto si ha completezza *attuale*, mentre se essa manca ma l’operatore del diritto è abilitato a ricorrere all’*analogia iuris* o ai principi generali allora si ha completezza *virtuale* (o potenziale).

La legittimità del procedimento analogico, così come del ricorso ai principi generali, può spostare il confine che molto faticosamente separa, negli ordinamenti di tradizione romanistica, l’applicazione dalla creazione del diritto. È ben vero che l’interprete si limita in un caso a esplorare il diritto positivo alla ricerca della norma che regola il caso simile e, nell’altro, ad enucleare la regola del caso concreto da uno o più principi di sistema. Tuttavia, come l’esperienza insegna la ricerca del caso analogo impone al giudice di comparare fatti diversi formulando una ipotesi di ragionevole similitudine, con tutte le incertezze fomentate da un siffatto raffronto. D’altro canto, l’attivazione di un metodo deduttivo, dove il materiale di partenza è spesso rappresentato da principi inespressi, non è esente da rischi, specie ove questa operazione sia svolta al cospetto di più principi generali. Il caso Englaro è una delle più significative esemplificazioni della tensione che si può creare tra applicazione e creazione di diritto in presenza di una lacuna¹⁸. E così entra in gioco il principio

¹⁶ N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino 1960, 152 ss.

¹⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, III ed., London 1978, 14 ss., e ID., *A Matter of Principle*, London 1985, 119 ss.

¹⁸ Giova ricordare che la Corte di cassazione, con la sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007, aveva ricavato il principio secondo cui l’interruzione del trattamento vitale può venire disposta soltanto: «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 che la persona abbia 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, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in

della separazione dei poteri, non meno rilevante del dogma della completezza: «infatti, soltanto là dove la produzione del diritto da parte del potere legislativo provvede una soluzione per tutti i casi possibili, il potere giudiziario può restare nei limiti della funzione che gli è assegnata di mera applicazione di regole precostituite»¹⁹.

Al dogma della completezza non si piegano coloro che, allontanandosi dall'orbita tracciata dal positivismo e dallo statualismo, accettano la possibilità che il diritto oggettivo non fornisca ai consociati la risposta ai loro problemi e che, dunque, ove il giudice venisse chiamato ad esercitare i propri poteri, ben potrebbe dirimere la controversia evocando regole o parametri invalsi in altri ambiti della vita comunitaria. Un tempo si riconosceva la possibilità di ricorrere al diritto naturale, quale fonte di regole universali, giuste, razionali²⁰. In epoca più recente si prediligono strade diverse, come comprovato dalla diffusione di inediti approcci: la *Interessenjurisprudenz* (Heck), il realismo giuridico (Holmes, Frank) e la giurisprudenza sociologica (Ehrlich), il giusliberismo (Kantorowicz), la scuola scientifica del diritto (Gény). In effetti, «il tratto che accomuna tutte queste tendenze è la negazione della duplice identificazione del diritto con l'insieme delle leggi dello Stato, e di queste ultime con un sistema razionale e completo di norme regolanti i comportamenti umani»²¹. La completezza di un dato sistema normativo non è, secondo questo ordine di idee, un requisito assoluto, ma una condizione verificabile solo attraverso la comparazione con altri sistemi²².

Attingendo alle teorie di Gödel, si potrebbe affermare che, posto un qualsiasi sistema normativo, è sempre possibile rinvenire una regola, appartenente a tale sistema, che esiste ed è osservata ed applicata, ma la cui obbligatorietà non è dimostrabile alla stregua delle altre regole costi-

stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona». Cfr., quindi, l'ord. n. 334 del 2008 della Corte costituzionale.

¹⁹ N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Nss. Dig. it.*, IX, Torino 1968, 420.

²⁰ Il ricorso al diritto naturale è ammesso da coloro che sostengono che il diritto positivo si fonda sul diritto naturale. Al riguardo suggestiva è l'immagine disegnata da N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1979, 39: «il diritto positivo non distrugge, ma ricopre, o sommerge il diritto naturale. Se quindi c'è un "buco" nel diritto positivo, attraverso di esso si vede affiorare quello naturale». Tra i padri di questa concezione J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in *Discours, rapports et travaux inédites sur le Code civil*, Paris 1844, 1 ss.

²¹ M. CORSALE, *op. cit.*, 270. V. pure M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino 1988, 54 ss.

²² V., infatti, G. BRUNETTI, *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1917), ora in *Scritti giuridici varii*, II, Torino 1920, 1 ss.

tuenti il sistema stesso²³. Il sistema normativo è completabile, quindi, da regole, invalse grazie a meccanismi di integrazione del diritto positivo, la cui coerenza non necessariamente presuppone un esplicito riconoscimento ad opera delle altre componenti del sistema.

3. *La materia costituzionale*

Il tema della completezza, benché pensato e sviluppato in relazione all'intero ordinamento giuridico, in realtà può essere circoscritto anche ad un solo ambito dello stesso. Infatti, «l'espressione "sistema giuridico" può anche riferirsi ad un micro-sistema normativo, cioè ad un insieme di norme più piccolo, ritagliato (...) nell'ambito dell'intero ordinamento giuridico, allo scopo di trovare la disciplina giuridica di una certa "materia", ossia di un insieme dato di fattispecie»²⁴.

Una volta ammessa, quindi, la possibilità di ragionare di completezza in relazione al diritto costituzionale, quale micro-sistema dell'ordinamento giuridico italiano, affiora con chiarezza e, nel contempo, con drammaticità la questione preliminare: quali sono i confini del diritto costituzionale?

Accedendo alla prospettiva positivistica, il diritto costituzionale non è che l'insieme delle norme giuridiche poste dalla Costituzione e dalle altre fonti ad essa equiparate. Ciò, tuttavia, non è sufficiente. La vigente Costituzione italiana non contempla le autorità amministrative indipendenti. Si è, dunque, in presenza di una lacuna? Altri, e assai significativi esempi si potrebbero allegare: la Costituzione formale tace sulla televisione e sulla rete, così come nell'art. 11 non v'è traccia di riferimenti all'Unione europea. Si tratta, evidentemente, di "fatti" che si sono materializzati nei decenni successivi al varo della Carta costituzionale e che all'epoca dei lavori della Costituente non erano neanche immaginabili. Resta però un dato incontrovertibile: non avendo nel frattempo attivato la procedura aggravata, il Parlamento ha lasciato intatto il dettato costituzionale relativamente a quelle parti che avrebbero potuto "ospitare" simili fatti sopravvenuti. Quindi, non è inesatto affermare che oggi su quelle tematiche la Costituzione tace. Che si tratti di un problema di ri-

²³ Cfr. K. GÖDEL, *On Formally Undecidable Propositions of "Principia Mathematica" and Related Systems*, Edinburgh-London 1962. Al riguardo, v. U. PAGALLO, *Gödel e il diritto*, in G. LOLLI (a cura di), *La complessità di Gödel*, Torino 2008, 113 ss.

²⁴ R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 270.

scrittura della legge fondamentale o di risoluzione di dilemmi interpretativi la sostanza non cambia.

È chiaro che se ci limitassimo a considerare diritto costituzionale – quale micro-sistema normativo – tutto ciò e soltanto ciò che è dettato dalla carta fondamentale, allora la risposta all’interrogativo appena formulato sarebbe immediata: nessuna lacuna. Senonché, il problema della completezza impone di gettare lo sguardo oltre ciò che, in un dato frangente temporale, è positivamente ed esplicitamente disciplinato. In fondo, la redazione della nostra Costituzione risale ad un periodo in cui l’idea delle amministrazioni indipendenti, capaci di “neutralizzare” la politica, non si era ancora affacciata, come invece è accaduto negli ultimi decenni²⁵.

Pertanto, il punto cruciale, al fine di ragionare di lacune della Costituzione, non è tanto misurarsi con le vigenti previsioni, quanto con l’insieme dei rapporti, dei fatti, dei comportamenti che, accomunati da condivisi tratti essenziali, costituisce una data materia: la *materia costituzionale*, appunto²⁶.

Intanto, l’espressione “materia costituzionale” è rinvenibile nella nostra Costituzione, all’art. 72, là dove sono indicate le proposte di legge per le quali è sempre obbligatorio il procedimento ordinario. In una lontana pronuncia, la Corte costituzionale ebbe modo di statuire che il quarto comma dell’art. 72, in base al coordinamento con l’art. 138 configura un’espressa limitazione alla potestà, riconosciuta al Parlamento dal terzo comma dello stesso art. 72 di deferire l’esame e l’approvazione dei disegni di legge ad apposite commissioni, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. La detta disposizione pertanto opera nel senso di escludere la procedura decentrata riguardo a quei disegni di legge ai quali il Parlamento, per finalità di carattere politico, intenda attribuire efficacia di legge costituzionale. Non opera, al contrario, per le leggi ordinarie, alla cui approvazione può procedersi anche con la procedura decentrata, con le cautele richieste dalla esigenza che l’atto legislativo sia, per quanto possibile, sottoposto all’esame del Parlamento con la garanzia della pubblicità²⁷.

²⁵ Cfr., in particolare, S. CASSESE, *Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni e quali debbono essere queste norme*, in S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L’amministrazione e la Costituzione: proposte per la Costituente*, Bologna 1993, 19 ss. In generale, v. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1986.

²⁶ Cfr. A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio. Linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino 1999, spec. 201 ss.

²⁷ Sentenza n. 168 del 1963. Cfr., al riguardo, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I «disegni di*

L'intuito, e un po' di conoscenza del diritto, ci induce ad ipotizzare, non senza ragione, che il difetto di enunciati costituzionali in tema di rapporti condominiali o di enfiteusi non rappresenta una lacuna. Si tratta evidentemente di situazioni giuridiche estranee alla materia costituzionale. L'istinto e una grande e profonda preparazione giuridica non ci aiutano però a dare risposte così nette ed immediate di fronte ad alcuni casi dubbi, quali le già evocate *authorities*.

L'identificazione di una lacuna, dunque, non può prescindere dalla delimitazione di ciò che si assume essere la materia costituzionale. Invero, se un dato fatto è incluso in questa materia, allora la mancanza di una esplicita norma può considerarsi un vuoto da colmare. Non così, invece, se si è in presenza di un fatto estraneo a detta materia.

A questo punto sarebbe facile, e oltre modo rassicurante, affermare che è materia costituzionale ciò che il titolare del potere costituente ha voluto che fosse. Ciononostante, l'esperienza di alcuni ordinamenti suggerisce un approccio un po' più problematico. Si pensi agli Stati Uniti d'America. La Costituzione entrata in vigore nel 1789 racchiudeva previsioni relative alla forma del governo federale, all'ordinamento giudiziario federale, alle relazioni tra lo Stato federale e gli Stati membri, alla revisione costituzionale. Un testo tutto sommato snello, che interpretava l'idea di Costituzione abbracciata dai rappresentanti delle ex colonie britanniche: un insieme di principi e regole volte a disciplinare il neonato ordinamento federale e i rapporti tra questo e gli ordinamenti che di lì a poco si sarebbero dati i singoli Stati. Poteva considerarsi materia costituzionale solo quella appena descritta? E, allora, come spiegare che a partire dal 1791 fu esercitato in più occasioni l'*amending power* al fine innanzitutto di introdurre una vera e propria dichiarazione dei diritti fondamentali?

Non è da escludere, anche se non è agevole dimostrarlo, l'influenza esercitata dall'art. 16 della già citata *Déclaration* rivoluzionaria del 1789: «*toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*». Tuttavia, l'esperienza nordamericana fomenta un dilemma di non facile composizione: la "materia costituzionale" precede il processo costituente oppure ne è semplicemente l'esito? Il che significa: rispetto alla "materia costituzionale" il legislatore costituente svolge una funzione ricognitiva (ossia "scopre" nell'ordinamento la materia costituzionale e la disciplina

enunciando principi e norme) oppure svolge una funzione costitutiva (vale a dire “crea” la materia costituzionale)?

La risposta a questo interrogativo è strategica, atteso che da essa dipende la trattazione del tema relativo al silenzio della Costituzione²⁸.

È mia intenzione dimostrare che la materia costituzionale *preesiste* al processo costituente.

Nella ricerca di «ce qui est vraiment constitutionnel»²⁹, la comparazione potrebbe fornire un utile ausilio al fine di identificare il «contenuto caratteristico»³⁰ delle costituzioni. Come se la frequenza statistica di principi e norme potesse dimostrare che, «in der Regel»³¹, la grande maggioranza degli ordinamenti definisce una data materia.

In realtà, il raffronto tra sistemi costituzionali potrebbe fornire elementi per concorrere a corroborare una certa ricostruzione teorica della materia costituzionale. Anche perché un simile approccio pare confidare eccessivamente sulla concreta capacità dei legislatori nazionali di discernere tra i rapporti assoggettati alla regolamentazione costituzionale e tutti gli altri. Fotografando l'esistente, questo metodo appare, però, opinabile³².

Questo approccio, comunque, è ancor più criticabile se si considera che esso rimarca l'incidenza decisiva del fattore politico nei processi costituenti³³. È stato correttamente notato che «i motivi per cui determi-

²⁸ Si noti il differente atteggiamento di F. PIERANDREI, *Saggio sulla teoria della Costituzione* (1951), ora in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965, 66, secondo cui «non è molto difficile stabilire quale sia codesta materia», e di F. MODUGNO, voce *Costituzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, X, Roma 1988, 5 s., ad avviso del quale una materia costituzionale «come entità statica ed oggettiva o come sfera di competenza non esiste». Diversa, e altrettanto problematica, è la questione relativa alla distinzione tra norme materialmente costituzionali e norme alle quali tale qualità è riconosciuta solo dal punto di vista formale, ossia in virtù della loro collocazione nel testo costituzionale: v. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900, trad. it., *La dottrina generale dello Stato*, Milano 1949, 114.

²⁹ B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, I, Paris 1836, 140.

³⁰ R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino 1992, 12 s.

³¹ Per G. JELLINEK, *op. cit.*, 93, la Costituzione include quei principi che «designano gli organi supremi dello Stato e stabiliscono il modo della loro creazione, i loro reciproci rapporti, la loro sfera di azione, ed inoltre la posizione fondamentale dell'individuo di fronte al potere statale».

³² Dal canto suo V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, II ed., Padova 1970, 92, sottolineò la difficoltà di pervenire ad una soddisfacente nozione di materia costituzionale, «sia per la fluidità dell'argomento, che si pone agli estremi confini tra politica e diritto, sia per la suggestione che inevitabilmente finisce per esercitare sulla indagine teoretica il dato empirico rappresentato dai contenuti solitamente assunti nei testi costituzionali scritti nel mondo moderno».

³³ G. ZAGREBELSKY, *Premessa* a C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, ri-

nate statuizioni legislative sono scritte proprio in una “costituzione” e non in una legge ordinaria dipendono da considerazioni politiche e dalle combinazioni delle coalizioni partitiche»³⁴. D’altro canto, ragionare sulle opzioni politiche trasfuse nelle leggi fondamentali, al fine di individuare la materia costituzionale, significa ammettere che è il legislatore a costruire la predetta materia. Esattamente ciò che in questa sede s’intende confutare³⁵.

Ebbene, è possibile delimitare ragionevolmente la materia costituzionale interrogandosi sui fattori che stimolano la *domanda di Costituzione*³⁶.

Lo Stato contemporaneo nasce attraverso un patto tra l’autorità e la comunità. In nome di questo patto i consociati accettano limitazioni alle proprie libertà in nome della pace sociale. Perché questo patto possa perdurare nel tempo è necessario approntare meccanismi volti a prevenire e a reprimere abusi da parte dei pubblici poteri. Dalla società, perciò, affiora una domanda di Costituzione: di un atto normativo, a forte valenza politica, chiamato a garantire, in quanto fonte suprema del diritto, la stabilità dello Stato attraverso la preservazione del patto. Un atto recante principi e norme tendenzialmente intangibili, in modo tale da resistere alle mutevoli contingenze ed all’avvicendamento delle forze politiche al potere.

Cosa domanda, dunque, la comunità allo Stato per presidiare quel patto? Essa chiede, innanzitutto, di proteggere, con precetti vincolanti lo stesso legislatore ordinario, le libertà fondamentali, affinché esse non siano oggetto di limitazioni strumentali al consolidamento del potere da parte della maggioranza. Non a caso i diritti inviolabili sono qualificati così in quanto protetti anche o, meglio, innanzitutto nei confronti delle istituzioni.

Affinché questa sollecitazione abbia ragionevoli probabilità di effettivo soddisfacimento, la comunità chiede ai costituenti di definire una architettura organizzativa dei poteri apicali dello Stato idonea non solo al corretto ed efficiente funzionamento istituzionale, ma ancor prima congeniale alla migliore protezione possibile dei diritti inviolabili.

stampa, Milano 1998, XXXI, illumina le due facce della costituzione, al tempo stesso politicizzata e politicizzante.

³⁴ C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano 1984, 25.

³⁵ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Torino 1970, 205, scrisse che «il contenuto delle Costituzioni è quanto mai elastico e, in definitiva, politico. Non esiste un criterio assoluto per stabilire ciò che è costituzionale e ciò che non lo è».

³⁶ Cfr. F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Milano 1986, 8 s.

Infine, la comunità domanda l'allestimento di un sistema di garanzie, innanzitutto giurisdizionali, tale da assicurare, rafforzandola, la tutela dei suddetti diritti in caso di illegittima violazione degli stessi.

Com'è agevole notare, la domanda di Costituzione riguarda la forma di Stato (ossia i rapporti tra gli elementi costitutivi del medesimo, a cominciare proprio dalle relazioni tra gli organi di governo ed il popolo), la forma di governo (che definisce i rapporti tra gli organi di vertice dello Stato) e l'elemento di chiusura del sistema rappresentato per l'appunto dalle forme e dalle istituzioni essenziali di garanzia.

A questa conclusione si può accedere volgendo lo sguardo alla storia delle istituzioni statali e delle diverse comunità nazionali. La domanda di Costituzione è emersa gradualmente, ove si pensi alla plurisecolare esperienza d'Oltremarica. Questa domanda, fomentata da secoli di abusi, prevaricazioni, odiosi privilegi, è, nel continente europeo, esplosa con la rivoluzione francese. Negli Stati Uniti questa domanda ha assunto connotazioni non meno rivoluzionarie, sia pure assumendo contorni e caratteristiche differenti, trattandosi della spinta all'emancipazione delle colonie rispetto alla madre patria inglese.

Fattori politici, accadimenti storici, influenze culturali, suggestioni filosofiche, evoluzione delle categorie giuridiche, senza trascurare gli impulsi provenienti dai sistemi economici, hanno progressivamente plasmato la domanda di Costituzione, come sollecitazione non esclusiva di una data comunità, ma come il frutto della circolazione di modelli e di istituti tra differenti Stati. Così, quando il già citato art. 16 della Dichiarazione del 1789 ha illuminato il ruolo essenziale della Costituzione, ossia la tutela dei diritti fondamentali, esso non ha fatto altro che assecondare una domanda impellente di Costituzione, che era deflagrata nella comunità francese e che era stata in qualche misura stimolata anche da fattori esogeni: non a caso lo stesso art. 16 addita la separazione dei poteri, di matrice britannica, come l'irrinunciabile principio di una architettura istituzionale davvero orientata nella direzione della protezione dei diritti fondamentali.

Il sistema costituzionale rispecchia, dunque, una vasta moltitudine di interessi generali, correlati alle aspettative ed alle esigenze vantate dagli individui in seno alla comunità. La vitalità di questi interessi alimenta incessanti richieste di ordine e, nel contempo, stimola forti istanze di rinnovamento³⁷.

³⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in *Pol. dir.* 1996, 370.

La materia costituzionale è, pertanto, il frutto di questa domanda di Costituzione³⁸. Quest'ultima, in effetti, è «la via a disposizione degli individui, dotati di razionalità e volontà propri, per l'edificazione dello stato e delle altre forme di vita collettiva, sulla base di interessi, valori e principi determinati, cui consegue l'organizzazione di apparati istituzionali escogitati per realizzarli»³⁹.

La comunità domanda alla Costituzione di occuparsi di tutto ciò che, alla luce dell'idea essenziale ad essa sottesa e tenuto conto dell'intreccio dei variegati fattori cui si alludeva in precedenza (politici, culturali, filosofici ecc.), si ritenga fondamentale per la stabilità e la permanenza nel tempo dello Stato. La "fondamentalità" allude ad una qualità che non può difettare affinché una data entità possa essere riconosciuta con determinate caratteristiche e possa essere idonea a favorire il raggiungimento di certi obiettivi. Pertanto, i fatti, i comportamenti e i rapporti inclusi nella materia costituzionale ineriscono alle condizioni di base del sistema costituzionale, vale a dire a quelle condizioni minime (in quanto basilari) ed indispensabili (in quanto infungibili), affinché il sistema stesso possa compiutamente adempiere la propria funzione essenziale⁴⁰. In altre parole, la materia costituzionale abbraccia i fattori elementari ed indefettibili di *stabilità* e *continuità funzionale* del sistema costituzionale.

In fin dei conti, le molteplici concezioni della Costituzione condividono la stessa aspirazione ad illuminare il basilare fattore genetico e di stabilità degli elementi (giuridici, istituzionali, politici, sociali) racchiusi nel sistema qui considerato⁴¹. Si pensi alle concezioni sociologiche, che rimarcano l'influenza esercitata dalle dinamiche comunitarie sulle istituzioni politiche: esse penetrano in profondità nel terreno al fine di intercettare le radici del sistema costituzionale. La concezione decisionista, poi, enfatizza il ruolo catalizzatore della "decisione politica fondamentale", nel senso di una determinazione volitiva con la quale le forze dominanti addiventano ad una stabile unità politica del popolo: tutto ciò che afferisce a tale decisione (ossia, i rapporti che ne rappresentano l'im-

³⁸ G. BURDEAU, *Traité de science politique. IV) Le statut du pouvoir dans l'État*, XII ed., Paris 1969, 19, ritiene che «la raison et l'expérience confirment pleinement» che alcuni fatti, per la loro natura, siano materia costituzionale.

³⁹ G. ZAGREBELSKY, *Società-Stato-Costituzione. Lezioni di dottrina dello Stato*, Torino 1988, 29.

⁴⁰ S. BARTOLE, voce *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, IV, Torino 1989, 296, parla di «ordinamento complessivo degli elementi basilari dell'assetto del potere e dei rapporti di questo con la collettività».

⁴¹ Cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I) Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, 19 ss.

mediata concretizzazione) non può non possedere l'attributo della fondamentalità, rientrando così nella "materia costituzionale". Non diversamente il normativismo. L'attenzione rivolta alla *Grundnorm*, quale norma originaria e data per presupposta razionalmente, ed alla costituzione positiva, quale complesso di norme sulla produzione di (altre) norme, rispecchia la tendenza ad individuare i fattori legittimanti l'ordinamento giuridico e capaci di garantirne la stabilità e la permanenza.

In definitiva, la materia costituzionale esiste già allo stato virtuale (o potenziale), in quanto forgiata dai molteplici fattori (sociali, culturali, politici) che stimolano la domanda di Costituzione. Il processo costituente, pur variamente articolato, non crea la materia costituzionale, ma la scopre. La trasposizione per iscritto dei principi e delle regole che compongono il sistema costituzionale suggella questo passaggio dal virtuale all'attuale in vista del soddisfacimento della domanda di Costituzione.

E non è diversamente in un ordinamento, quale quello inglese, privo di una Costituzione scritta. È stato, infatti, scritto che alla materia costituzionale «appartengono in primo luogo le norme – di Common Law, di legge, di “convenzione” – che disciplinano la composizione e le competenze degli organi che gestiscono i poteri di imperio del regno (...). Ma vi appartengono anche taluni principi che attengono al modo d'essere dell'apparato complessivo dello stato (...), al modo d'essere dell'ordinamento nel suo insieme (...), nonché alle libertà e ai diritti della persona che, a seconda del momento storico, sono avvertiti come fondamentali»⁴².

4. *I nuovi diritti fondamentali, tra analogia e interpretazione estensiva*

Nel corso della seconda guerra mondiale, una cittadina italiana subiva una violenza carnale da parte di alcuni soldati di forze armate occupanti. In seguito, la stessa otteneva un assegno di guerra rinnovabile. La successiva richiesta di aggravamento veniva rigettata una volta accertata l'inesistenza di esiti in atto della predetta violenza. Nel conseguente giudizio, l'adita Corte dei conti sollevava questione d'incostituzionalità della disciplina in materia di pensioni di guerra nella parte in cui non prevedeva il risarcimento del danno morale nei confronti di cittadini vittime di

⁴² G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino 1994, 148. Cfr., sul punto, A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, X ed., London 1962, 23.

violenza carnale in occasione di operazioni belliche. Accogliendo la questione, la Corte costituzionale affermò che la violenza carnale costituisce «la più grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale. Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire»⁴³.

Un figlio naturale chiedeva al competente giudice l'accertamento del proprio diritto di anteporre al cognome, derivatogli dall'unico riconoscimento della madre naturale intervenuto oltre quaranta anni dopo il parto, il precedente cognome attribuito dall'ufficiale di stato civile. L'adito tribunale eccepiva l'incostituzionalità dell'art. 262 del codice civile nella parte in cui non prevedeva che il figlio naturale, assumendo il cognome del genitore che per primo lo aveva riconosciuto, avesse diritto di mantenere il cognome originariamente attribuitogli ove questo costituisse segno distintivo della sua identità personale. Nel dichiarare fondata la questione, la Corte, richiamando una precedente decisione, ribadì che il cognome gode di una distinta tutela anche nella sua funzione di strumento identificativo della persona, e che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità: «tutela che è di rilievo costituzionale perché il nome, che costituisce “il primo e più immediato elemento che caratterizza l'identità personale”, è riconosciuto “come bene oggetto di autonomo diritto” dall'art. 2 della Costituzione. D'altra parte il diritto all'identità personale costituisce tipico diritto fondamentale, rientrando esso tra “i diritti che formano il patrimonio irrettrabile della persona umana” sicché la sua lesione integra la violazione dell'art. 2 citato»⁴⁴.

I casi appena citati sono usualmente annoverati nella giurisprudenza costituzionale in tema di “nuovi” diritti fondamentali⁴⁵.

⁴³ Sentenza n. 561 del 1987, ove la Corte precisa che «la violenza carnale comporta invero, di per sé, la lesione di fondamentali valori di libertà e dignità della persona, e può inoltre dar luogo a pregiudizi alla vita di relazione. Tali lesioni hanno autonomo rilievo sia rispetto alle sofferenze ed ai perturbamenti psichici che la violenza carnale naturalmente comporta, sia rispetto agli eventuali danni patrimoniali a questa conseguenti: e la loro riparazione è doverosa, in quanto i suddetti valori sono, appunto, oggetto di diretta protezione costituzionale».

⁴⁴ Sentenza n. 297 del 1996, che richiama la sentenza n. 13 del 1994. V. pure la sentenza n. 120 del 2001.

⁴⁵ Prima di proseguire oltre merita un cenno la posizione di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I) Teoria del diritto*, Roma-Bari 2007, 726 ss.,

L'individuazione di un diritto fondamentale "nuovo", vale a dire privo di esplicita previsione ad opera della Costituzione, è l'esito di un processo di riempimento di un vuoto normativo?

Nel solco tracciato dal pensiero positivista, sarebbe coerente asserire che i diritti fondamentali sono soltanto quelli espressamente contemplati dagli enunciati costituzionali. La ragione è semplice: secondo questo approccio teorico, la Costituzione crea, in quanto atto normativo, i diritti fondamentali. Stando così le cose, le lacune, quanto al catalogo dei diritti fondamentali, sarebbero in radice escluse.

Accedendo, invece, alla prospettiva illuminata dal giusnaturalismo, parrebbe più coerente abbracciare l'idea della Costituzione quale atto che si limita a riconoscere e a garantire i diritti fondamentali: questi, dunque, preesistono al processo costituente, essendo patrimonio irrettrattabile di tutti gli individui in quanto appartenenti al genere umano. La Costituzione sarebbe, così, solcata da un numero non previamente quantificabile di lacune, la cui consistenza dipende da ciò che la comunità ascrive, secondo ragione o in base a valori etici o religiosi, ai diritti fondamentali.

Non pochi studiosi hanno subito il fascino di questa interpretazione arrivando a riconoscere nell'art. 2 Cost. la base normativa di un catalogo aperto di diritti fondamentali, quasi che gli artt. 13 e seguenti si limitassero a fornire un elenco importante ma non tassativo di diritti⁴⁶. Si è pervenuti alla medesima conclusione, pur non aderendo alla dottrina giusnaturalistica, anche affermando che la categoria dei diritti è sensibile e, dunque, aperta «ai valori e agli interessi nuovi che vanno emergendo ad opera delle forze politiche e culturali prevalenti, delle forze politiche, cioè, che determinano la costituzione materiale»⁴⁷.

Questa posizione è stata contestata da quanti, pur senza cedere alle lusinghe del formalismo, fanno notare come, imboccando questo itinerario interpretativo, si rischi di favorire l'affermazione di concezioni ideali che rappresentano solo una parte della comunità, là dove uno dei prin-

l'eventuale rango costituzionale dei diritti fondamentali è irrilevante ai fini di una simile qualificazione, essendo la previsione nella legge fondamentale solo una tecnica di protezione. Come a dire: i diritti fondamentali sono tali anche se non previsti dalla Costituzione.

⁴⁶ V., in particolare, C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità*, in *Iustitia* 1949, 69 ss., e S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale. Presupposti e concetto*, Milano 1950, 108.

⁴⁷ A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975, 84 s.

cipi cardine della nostra Costituzione è proprio il pluralismo⁴⁸. Senza dimenticare, poi, che l'ampliamento progressivo di nuovi diritti fondamentali, i quali entrano nell'ordinamento attraversando la porta spalancata dall'art. 2, determina paradossalmente una graduale limitazione di tutti i diritti, vista la necessità di un loro bilanciamento⁴⁹.

Dal canto suo, il giudice delle leggi, abbandonato il vecchio indirizzo di chiusura⁵⁰, ha identificato nuovi diritti il più delle volte attraverso una interpretazione estensiva delle positive previsioni costituzionali: il diritto alla vita alla luce degli artt. 13 e 32⁵¹, o la libertà di coscienza ancorandola agli artt. 19 e 21. In questa giurisprudenza, l'art. 2 è rimasto sullo sfondo, nel senso che non è stato dalla Corte ignorato, ma è sovente stato incluso nel complesso edificio argomentativo dalla stessa costruito per pervenire al riconoscimento di un nuovo diritto.

Gli sviluppi più recenti del costituzionalismo, sempre più orientato ad un dialogo multilivello tra differenti sistemi, testimoniano l'intensità dell'impatto prodotto dai cataloghi di diritti altrove definiti, a cominciare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo: si pensi, ad esempio, al diritto all'onore, al decoro, alla rispettabilità, alla riservatezza, intimità e reputazione⁵². Si è, quindi, in presenza di un inedito universalismo dei diritti non più fondato sui pilastri del giusnaturalismo, ma ancorato alle fondamenta del costituzionalismo cooperativo che si proietta ben oltre i confini nazionali⁵³.

La Corte ha così optato per il meccanismo dell'interpretazione estensiva⁵⁴. Sicché, appare ragionevole affermare che i nuovi diritti, così iden-

⁴⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1985, 61 ss.

⁴⁹ Così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, II ed., Padova 1995, 568, e R. BIN, G. PIRRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XIII ed., Torino 2012, 523.

⁵⁰ Cfr., ad esempio, la sentenza n. 29 del 1962.

⁵¹ Nondimeno, sul diritto alla vita come «premessa naturale di qualsiasi altra situazione costituzionalmente protetta», v. la sentenza n. 26 del 1979 della Corte costituzionale.

⁵² Sentenza n. 38 del 1973. V. anche la sentenza n. 388 del 1999.

⁵³ Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino 2001, 54.

⁵⁴ Cfr., in particolare, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 54 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 53 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova 2003, 21 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2005, 137 ss. Secondo F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 8, «la libertà come valore non può essere circoscritta a previsioni determinate e specifiche delle esplicitazioni e direzioni in cui esso si realizza». V., in generale, E. ROSSI, *Commento*

tificati, sono già presenti *in nuce* nelle disposizioni costituzionali⁵⁵. Pertanto, non di riconoscimento di inedite situazioni giuridiche soggettive dotate di rilevanza costituzionale si tratta, quanto di arricchimento oggettivo della portata sostanziale delle previsioni della legge fondamentale⁵⁶.

L'interpretazione è la tecnica con la quale dalla disposizione si ricava la norma, vale a dire lo schema di qualificazione entro cui sussumere lo specifico caso concreto. È estensiva l'interpretazione che sfrutta al massimo le potenzialità semantiche dell'enunciato. Se di primo acchito una data formulazione testuale sembra includere solo un determinato fatto o comportamento, una analisi più approfondita, condotta alla stregua degli ordinari canoni ermeneutici e vitalizzata dal confronto con il caso reale, induce l'interprete a scoprire un significato normativo più ampio. In questo modo, la disposizione interpretata non espande il proprio ambito di operatività: piuttosto, l'interprete rivela la sua compiuta portata normativa, accedendo ad una opzione di senso che sino a quel momento era rimasta allo stato virtuale o potenziale. In altri termini, la portata sostanziale della disposizione non viene ampliata artificialmente dall'interprete: egli si limita a proiettarsi oltre il primo, immediato significato apparente dell'enunciato. Non a caso, questa tecnica è comunque annoverata tra le diverse forme di interpretazione del diritto oggettivo⁵⁷.

Con l'analogia, l'operatore del diritto va oltre. Egli ha di fronte a sé un caso non esplicitamente previsto dal diritto positivo. Individua, quindi, un caso ragionevolmente simile, oggetto di una espressa disposizione. Il caso concreto comunque non ricadrebbe nell'ambito di operatività di quella disposizione, neanche – si badi bene – sottoponendo quest'ultima alla più ardita interpretazione estensiva. Tuttavia, gli elementi di similitudine tra il caso regolato e quello sprovvisto di disciplina giuridica sono tali da legittimare l'applicazione della disposizione anche al secondo.

È, quindi, sufficientemente chiara la linea di demarcazione che separa l'interpretazione estensiva e l'analogia. Nel primo caso, la disposi-

all'art. 2, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 46 s.

⁵⁵ Cfr. A. RUGGERI, "Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino 1994, 64 ss.

⁵⁶ Di questo avviso T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, VIII ed., Milano 1994, 701.

⁵⁷ In Cass. pen., V sez., 3 luglio 1991, in *Foro it.* 1992, II, 146, si legge che ogni termine impiegato in una disposizione ha una "area di significanza" in cui intorno ad un "nucleo essenziale" si estende una "zona di indeterminazione" che spetta all'interprete scoprire.

zione ha in potenza una data espansione sostanziale, quanto all'oggetto regolato, e tocca all'interprete scoprirla compiutamente. Quindi, a ben vedere l'interprete non estende la portata sostanziale dell'enunciato, ma scopre le potenzialità normative in essa racchiuse. Nel procedimento analogico, invece, l'interprete va oltre l'ambito di operatività della disposizione, che si potrebbe ricavare attraverso la scoperta delle sue potenzialità normative, in modo tale da includervi il caso non regolato: e questa operazione è condotta attivando l'*argumentum a simili*⁵⁸.

Si pensi alla locuzione "libertà personale" la cui inviolabilità è sancita dall'art. 13, primo comma, Cost. Quando la Corte vi include l'identità sessuale o l'onore o la reputazione o, in generale, la dimensione psicologica e morale dell'individuo, non fa che svelare la portata sostanziale di tale enunciato. E lo fa grazie a fattori ricavati dai lavori preparatori, dalla intrinseca latitudine dei termini utilizzati, dalla combinazione con altre disposizioni costituzionali, a cominciare dal principio personalista consacrato nell'art. 2 e ribadito nel secondo comma dell'art. 3. A non diverse conclusioni si potrebbe pervenire in relazione alla libertà di coscienza e alla sua ascrivibilità all'ambito di operatività, oltre che del citato art. 13, degli artt. 19 e 21. E, poi, il diritto all'abitazione in relazione al domicilio inviolabile di cui all'art. 14. La riservatezza e la *privacy*, infine, sono beni racchiusi, dapprima allo stato virtuale e poi rivelati dalla Corte costituzionale, negli artt. 14 e 15.

Pertanto, ove si acceda alla diffusa opinione secondo cui solo l'analoga, e non l'interpretazione estensiva, è uno strumento di integrazione del diritto oggettivo, allora appare corretto affermare che quando la Corte identifica un nuovo diritto non colma alcuna lacuna, ma sfrutta appieno le potenzialità degli enunciati positivi attraverso un corretto impiego dei tradizionali e consolidati canoni ermeneutici.

È chiaro che la conclusione cui si è appena pervenuti è il frutto di una modesta approssimazione al massiccio tema della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia⁵⁹. Tuttavia, ai limitati fini della presente

⁵⁸ Secondo R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, 322, «si fa interpretazione estensiva allorché si estende il significato di un termine o di una locuzione oltre il suo significato letterale più immediato, ovvero lo si estende fino a coprire anche fattispecie che ricadono entro l'area di "penombra". Si fa applicazione analogica allorché si applica una norma ad un caso che si riconosce come escluso dal suo campo di applicazione: il che (...) non è cosa diversa dall'elaborare una nuova norma inespressa». Similmente M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica* (parte II), in *Jus* 1942, 528 ss.

⁵⁹ Al quale è dedicato l'approfondito studio di M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003.

trattazione ciò può ragionevolmente bastare. Chi scrive è consapevole dei limiti imputabili alla distinzione tra il ruolo dichiarativo dell'interprete, nel caso dell'interpretazione estensiva, ed il ruolo costitutivo (quasi creativo) dell'operatore del diritto che si avvale dell'analogia⁶⁰. Così come può apparire azzardato affermare che l'analogia non attiene all'interpretazione, ma si riferisce all'applicazione del diritto (che presuppone pur sempre una pregressa attività ermeneutica). Nondimeno, ciò che si è inteso dimostrare in questa sede, e che il dibattito su queste tematiche non pare contraddire, è che la ricognizione di nuovi diritti non attesta alcuna azione creativa del giudice delle leggi, essendo la sua attività destinata a materializzarsi entro i confini tracciati dalla interpretazione del diritto positivo.

4.1. *La libertà di iniziativa economica privata e la riserva implicita di legge*

A presidio dei diritti fondamentali la Costituzione contempla, oltre (ma non sempre) alla riserva di giurisdizione, anche la riserva di legge: più precisamente, la riserva assoluta di legge. Così statuendo, la Costituzione impone al legislatore ordinario di definire una disciplina autosufficiente, con particolare riferimento ai limiti opponibili ai suddetti diritti, lasciando alle fonti secondarie uno spazio minimo di intervento per la regolazione di aspetti minuti, di estremo dettaglio. La presenza di una riserva di legge è comprovata da inequivoche formulazioni linguistiche, dalle quali si evince un esplicito rinvio alla legge.

Nella Costituzione, tuttavia, un diritto appare privo di una espressa garanzia in questi termini: la libertà di iniziativa economica privata. L'art. 41 Cost. consacra tale libertà e la assoggetta a limiti quali la libertà, la sicurezza, la dignità e l'utilità sociale. Nella sua formulazione testuale, però, manca un esplicito rinvio alla legge quale fonte abilitata a definire

⁶⁰ V., soprattutto, N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Nss. Dig. it.*, I, Torino 1957, 604 s. Sempre N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.* 1968, I, 1, 697, osserva come la distinzione in oggetto, immaginata in particolare nell'ambito del diritto penale, abbia fatto «rientrare dalla finestra del giudice quello che era stato cacciato dalla porta del legislatore». Negano il teorizzato divario tra queste due modalità di integrazione L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino 1987, 327, a detta della quale l'interpretazione estensiva è una analogia "facile", e L. CAIANI, voce *Analogia. B) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 354, secondo cui l'interpretazione estensiva e l'analogia «fanno parte, strutturalmente e funzionalmente, di un processo fondamentalmente unitario».

casi e modalità di intervento limitativo dei pubblici poteri in nome di tali vincoli⁶¹.

Il problema del silenzio della Costituzione non si porrebbe ove si disconoscesse a tale libertà la dignità di diritto fondamentale⁶². Altrimenti, ammessa la natura fondamentale del diritto di iniziativa economica, si potrebbe escludere la presenza, sia pure tacita, di una riserva di legge riconoscendo che i limiti contemplati dall'art. 41 sono in realtà provvisti di immediata precettività. In altri termini, secondo questa lettura non sarebbe necessario attendere un intervento specifico del legislatore, essendo la pubblica amministrazione e gli organi giudiziari legittimati a trattare detta libertà come una situazione giuridica soggettiva direttamente vincolata dai limiti sopra ricordati⁶³.

Tuttavia, posto che «il diritto di cui al 1° e al 2° co. dell'art. 41 non è riconosciuto dalla Costituzione in modo assoluto, ma solo entro i limiti fissati dal 2° co. dell'articolo stesso»⁶⁴, il giudice delle leggi è proclive a cogliere in questa previsione una riserva implicita di legge, ricavabile «dai principi generali informatori dell'ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura»⁶⁵.

Siamo, così, al cospetto di una lacuna del testo costituzionale colmata ricorrendo ai principi generali in materia di tutela dei diritti fondamentali.

⁶¹ In effetti, l'ultimo comma rinvia sì alla legge, ma solo per indirizzare e coordinare «a fini sociali» le attività economiche pubbliche e private.

⁶² Così, in particolare, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983, 582 ss.

⁶³ Cfr., soprattutto, A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, II, Milano 1982, 483.

⁶⁴ C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1962, 33 s.

⁶⁵ Sentenza n. 4 del 1962. Nella di poco successiva sentenza n. 40 del 1964 si legge che le «private libertà nella materia economica» sono disciplinate dalla Costituzione «secondo una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante». Dal canto suo, R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *op. cit.*, 2001, 76, riconosce alla Corte il merito di non aver mai esitato «nell'estendere la riserva di legge al campo in questione, nonostante il suo intervento fosse destinato ad assomigliare agli occhi di molti ad una temeraria riscrittura della disposizione costituzionale». V. anche R. NIRO, *Commento all'art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 852 ss.

4.2. *Spunti in tema di titolarità dei diritti fondamentali*

Quando la Costituzione si riferisce al bene protetto, quale oggetto di un diritto fondamentale, la portata universale della singola disposizione, quanto ai titolari di tale diritto, è fuori discussione: «la libertà personale è inviolabile», oppure «il domicilio è inviolabile», o ancora «tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa». In questi casi, il dettato costituzionale non frappone ostacoli letterali al riconoscimento di tali diritti in capo a tutti gli individui, a prescindere dalla cittadinanza⁶⁶.

Una barriera all'accesso universale è, invece, eretta da quegli enunciati che espressamente fanno riferimento ai cittadini quali titolari del diritto di volta in volta previsto: così gli artt. 16, 17 e 18, oltre ai diritti politici a cominciare dal diritto di voto.

Esclusi questi ultimi, che secondo una tradizione consolidata nel tempo si reputano intimamente connessi allo *status civitatis*, si potrebbe porre il seguente interrogativo: nel riferirsi ai soli cittadini la Costituzione vuole davvero circoscrivere la platea dei titolari dei diritti fondamentali in questione oppure, nel caso degli stranieri, si è in presenza di una lacuna?

Ove si ammettesse l'esistenza di un vuoto normativo, ai fini della sua eliminazione si potrebbe accedere a due distinte modalità di integrazione del testo lacunoso: l'interpretazione estensiva oppure l'analogia. Senonché, la prima appare impraticabile, dal momento che, per quanti sforzi l'interprete possa compiere senza alterare il nucleo essenziale di una certa previsione, il termine "cittadino" ha un puntuale e specifico significato giuridico, tale da non includervi, neppure allo stato potenziale, la condizione di straniero. Diversamente, potrebbe essere attivato il procedimento analogico in quanto tra la posizione vantata dal cittadino in merito ai beni fondamentali provvisti di dignità costituzionale e la situazione giuridica degli stranieri in relazione ai medesimi beni sussiste una ragionevole somiglianza.

Peraltro, il ricorso all'analogia è supportato dal principio personalista di cui all'art. 2 Cost., secondo cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», non del cittadino⁶⁷. D'altro canto, il riferi-

⁶⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Cittadino e straniero come titolari dei diritti fondamentali*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1992, 213 ss. Quanto alla giurisprudenza costituzionale v., tra le tante, le sentenze n. 11 del 1968; n. 62 del 1994; n. 58 del 1995; n. 198 del 2000; n. 222 del 2004.

⁶⁷ Cfr. S. PRISCO, voce *Riunione (libertà di)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, 3. Con la sentenza n. 105 del 2001, la Corte ha riconosciuto che «i diritti che la Costituzione pro-

mento esplicito ai soli cittadini operato dal primo comma dell'art. 3 Cost., non ha impedito al giudice delle leggi di statuire che l'eguaglianza dinanzi alla legge deve essere riconosciuta anche agli stranieri «dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo»⁶⁸.

L'applicazione analogica delle citate disposizioni si rivela, invece, preclusa ove non sia verificabile la necessaria ragionevole similitudine. Si pensi alla libertà di circolazione e soggiorno. In più occasioni la stessa Corte costituzionale ha negato che sussista una piena parità di trattamento e di godimento tra cittadini e stranieri extracomunitari, a causa di «differenze di fatto e di posizioni giuridiche»⁶⁹. Quelle differenze, appunto, che impediscono il ricorso all'analogia.

È corretto, comunque, ricordare l'opinione di quanti propugnano una lettura combinata della specifica disposizione che si rivolge testualmente ai cittadini con l'art. 10, secondo comma, Cost., tale per cui in realtà l'estensione agli stranieri deve comunque passare per un apposito intervento del legislatore⁷⁰. Così come altrove si parla di interpretazione sistematica «volta a verificare quali siano gli interessi generali che solo la condizione di cittadino è idonea a soddisfare»⁷¹.

5. *La “precomprensione” del testo da interpretare: il caso della controfirma ministeriale*

Con una suggestiva provocazione, Monateri ha addebitato all'interprete la responsabilità dei vuoti normativi. Più precisamente, «la lacuna

clama inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». V., tra le più recenti, le sentenze n. 306 del 2008; n. 187 del 2010; n. 61 e n. 329 del 2011.

⁶⁸ Sentenza n. 54 del 1979. Nella successiva sentenza n. 62 del 1994 la Corte ha ribadito che quando si tratta di godimento dei diritti inviolabili «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero». Già prima la sentenza n. 104 del 1969.

⁶⁹ Sentenza n. 244 del 1974. La Corte ha, infatti, riconosciuto che il diverso trattamento quanto al godimento di tale diritto dipende da differenze di fatto che il legislatore è legittimato a valutare e disciplinare di conseguenza, secondo scelte discrezionali purché conformi al canone generale di ragionevolezza: cfr. le sentenze n. 104 del 1969 e n. 503 del 1987.

⁷⁰ Così A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano 1967, 39; R. BORRELLO, voce *Riunione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, 1422; G. ROLLA, *La tutela costituzionale dei diritti*, Milano 2003, 53.

⁷¹ F. RIGANO, *Commento all'art. 18*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 408 s.

non è nella norma in sé, ma è sempre il risultato dell'applicazione di una procedura interpretativa: la lacuna è una creazione dell'interprete»⁷². Un fondo di verità in questa constatazione è innegabile se si accede all'idea che l'attività interpretativa sia preceduta dalla "precomprensione" del testo⁷³. In effetti, di lacuna si potrebbe parlare ove si appurasse l'esistenza di un netto divario tra l'aspettativa di senso alimentata dalla precomprensione e l'effettivo risultato dell'operazione interpretativa.

L'art. 89 Cost. stabilisce che «nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità». Ove il Presidente della Repubblica adotti un atto di sua iniziativa, dunque senza alcun impulso governativo, si pone il problema della individuazione del ministro controfirmante. Questo dilemma potrebbe essere risolto radicalmente escludendo che il Capo dello Stato possa agire di propria iniziativa oppure potrebbe essere sciolto sottoponendo l'art. 89 ad una interpretazione estensiva.

Supponiamo che s'intenda procedere ad una operazione ermeneutica su tale enunciato. Il buon senso potrebbe supportare una precomprensione del testo tale da individuare nel ministro "competente" per materia colui al quale dovrà essere richiesta la controfirma. Senonché, neanche forzando al massimo la lettera della disposizione in oggetto si potrebbe pervenire a questo risultato. Proposta è altro rispetto a competenza, anche se il ministro proponente non può che essere quello competente⁷⁴. La proposta è un atto di impulso, laddove la competenza è lo spazio di azione entro il quale opera un determinato organo⁷⁵. Si è, dunque, in presenza di uno iato evidente tra l'aspettativa coltivata dall'interprete in sede di precomprensione (se non c'è il ministro proponente, allora occorrerà far riferimento al ministro competente) e l'effettivo esito dell'interpretazione (la Costituzione contempla la sola controfirma del ministro proponente).

⁷² P.G. MONATERI, *Interpretare la legge*, in *Riv. dir. civ.* 1987, 595.

⁷³ Cfr. E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.* 1948, 14; H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1965), trad. it., *Verità e metodo*, Milano 1987, 312 ss.; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972), trad. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli 1983, 12 ss.

⁷⁴ Infatti, L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 459, osserva che dal testo costituzionale «parrebbe risultare che il valore della controfirma sia costante ed univoco; sicché non potrebbero esservi atti presidenziali che non vengano preceduti e condizionati da una proposta del ministro competente».

⁷⁵ Per C. ESPOSITO, voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 286, n. 7, la formula "ministro competente" ha un significato ulteriore rispetto a quella di "ministro proponente".

Ebbene, questo divario è sufficiente a dimostrare che la lacuna, nel caso di specie, sia stata creata dall'interprete?

Un argomento forte potrebbe essere speso per corroborare questa ipotesi. Dichiarando la sussistenza di una simile lacuna (la Costituzione tace su chi, tra i ministri, debba controfirmare un atto di iniziativa presidenziale), in realtà si persegue l'obiettivo di riconoscere al Capo dello Stato il potere di assumere atti anche senza una previa proposta ministeriale.

Stando così le cose, l'artificiosità della lacuna potrebbe indurre a ritenere che, in tal modo, l'interprete abbia in realtà perseguito l'obiettivo di rileggere significativamente il ruolo assegnato dalla Costituzione al Presidente della Repubblica, nonché i rapporti di questi con il governo. Non una lacuna da colmare, ma una innovazione da introdurre nel sistema costituzionale.

In effetti, l'art. 85 del testo proposto dalla Commissione in seno all'Assemblea costituente, che faceva esplicito riferimento ai ministri competenti, fu stralciato e sostituito dall'attuale versione⁷⁶. Se qualcuno, al riguardo, ha ipotizzato una svista, più verosimile appare la lettura fornita da quanti ritengono una simile scelta coerente con la figura presidenziale che stava affiorando in quella sede⁷⁷. In effetti, non è mancato chi, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ha escluso la facoltà del Presidente di adottare atti senza la previa proposta ministeriale: e ciò al fine di non alterare la forma di governo parlamentare attraverso l'immissione di elementi reputati incompatibili con il rapporto fiduciario tra il legislativo e l'esecutivo⁷⁸.

Senonché, l'inscindibile connubio proposta/controfirma apparve inconciliabile con alcuni poteri presidenziali rispetto ai quali l'impulso governativo poteva già di primo acchito considerarsi o logicamente improbabile (si pensi alla nomina del Presidente del Consiglio dei ministri) o istituzionalmente impraticabile (così le diverse nomine devolute al Capo

⁷⁶ In virtù dell'emendamento Perassi: v. M. MIDIRI, *Commento all'art. 69*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 1733 s.

⁷⁷ Cfr., rispettivamente, G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1951, 926 ss., e E. CHELI, *Commento all'art. 89*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1983, 96 ss. Secondo A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, II, V ed., Bologna 1997, 252, i costituenti avrebbero commesso un errore vero e proprio, e non semplicemente uno svarione.

⁷⁸ Cfr. S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano 1949, 25 ss.

dello Stato). Parallelamente, la prassi immediatamente successiva al varo della Costituzione ha fatto gradualmente emergere una tipologia di atti non solo formalmente, ma anche sostanzialmente presidenziali rispetto ai quali la volontà del Capo dello Stato è dominante rispetto a quella dell'esecutivo. Atti, questi, rispetto ai quali è apparsa sin da subito impraticabile una iniziativa ministeriale, pur restando ferma la irresponsabilità del Presidente della Repubblica. Per questa ragione, e fatta eccezione per i cd. atti personalissimi del Capo dello Stato, gli atti formalmente e sostanzialmente presidenziali non sono stati considerati esenti dall'obbligo di controfirma: una soluzione, questa, che in astratto ben avrebbe potuto rappresentare una corretta soluzione alla asserita lacuna del testo costituzionale. E, invece, «una prassi consolidata e mai messa in dubbio nella vita costituzionale ha affidato la controfirma di questi atti al *ministro competente per materia*»⁷⁹. La stessa Corte costituzionale, nella nota pronuncia sul potere presidenziale di grazia, ha ricordato che «nel medesimo impianto costituzionale configurato nel 1948, venne ribadita la necessità che tutti gli atti del Presidente della Repubblica, a pena di invalidità, dovessero essere controfirmati dai Ministri “proponenti” (espressione equivalente, secondo l'interpretazione successivamente invalsa, a quella di Ministri “competenti”)»⁸⁰. In questo modo, la presunta lacuna è stata colmata con l'affermazione di una soluzione che, da un lato, riflette la legittimazione del Capo dello Stato ad assumere iniziative rispetto alle quali la sua volontà è determinante e, dall'altro, consente comunque all'esecutivo una adeguata forma di controllo volta ad evitare che il Presidente configuri o asseconi un indirizzo politico diverso da quello tracciato dalle Camere e dal Governo nello svolgimento del loro rapporto fiduciario.

Non appare, perciò, manifestamente infondato il dubbio che di lacuna si sia parlato non perché davvero ve ne fossero gli estremi, ma per legittimare il progressivo consolidamento di una prassi destinata a muoversi lungo binari in parte divergenti da quelli posti dall'Assemblea costituente. Quanto le concrete vicissitudini istituzionali abbiano contribuito a modellare la figura presidenziale è un dato incontrovertibile, anche ai giorni nostri⁸¹. Al silenzio della Costituzione, quindi, gli attori istituzionali hanno risposto con la consacrazione di una regolarità (una

⁷⁹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, 260 s.

⁸⁰ Sentenza n. 200 del 2006, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

⁸¹ V., infatti, M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, nella rivista telematica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, n. 1 del 2014.

convenzione o una consuetudine?) non del tutto coincidente con quanto stabilito dal dettato costituzionale, neppure interpretato estensivamente⁸².

6. *Il rapporto fiduciario tra Camere e Governo e il completamento del sistema costituzionale: la questione di fiducia*

La forma di governo parlamentare si regge sul rapporto fiduciario tra il potere legislativo e quello esecutivo⁸³. La nostra Costituzione contempla espressamente, quali strumenti di inveroimento di tale rapporto, la mozione di fiducia e quella di sfiducia: due atti parlamentari che segnano l'inizio e, rispettivamente, la fine della relazione fiduciaria. Nel contempo, la Costituzione formale non prevede un omologo atto governativo di verifica della fiducia.

È chiaro che le Camere possono legittimamente operare anche senza una attestazione fiduciaria da parte dell'esecutivo, così come è indiscutibile che, stando all'art. 94, primo comma, è il Governo a dover godere della fiducia dei due rami del Parlamento, e non viceversa.

Tuttavia, il sospetto che vi sia, in realtà, una lacuna da colmare riposa su di una attenta considerazione di tale rapporto.

Intanto, la fiducia determina per l'appunto l'instaurazione di un rapporto tra distinti organi, rilevante anche sul piano giuridico. Inoltre, il concetto stesso di fiducia evoca una relazione bilaterale, e non un rapporto di tipo gerarchico tra due distinte entità organizzative⁸⁴. L'organo

⁸² Dal canto loro, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino 2012, 237, sostengono che una interpretazione sistematica del dettato costituzionale induca già di per sé a ritenere che sarebbe erroneo affermare che «i ministri possiedono un potere di proposta anche in ambiti invece sicuramente propri del Presidente della Repubblica».

⁸³ Cfr., per tutti, S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna 1997, 8 ss.

⁸⁴ Così G. ZAGREBELSKY, *La formazione del Governo nelle prime quattro legislature repubblicane*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1968, 843; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano 1973, 300; G. RIZZA, *Questione di fiducia, regolamenti parlamentari e attribuzioni dell'esecutivo*, in questa *Rivista* 1981, 147; V. LIPOLIS, *Le procedure parlamentari del rapporto fiduciario*, in AA. VV., *Diritto parlamentare*, Rimini 1992, 292; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna 2003, 391; A. AMBROSI, *Commento all'art. 94*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova 2008, 849. V. pure J. SOLAL-CELIGNY, *La questione de confiance sous la IV^e République*, in *Revue du droit public et de la science politique* 1952, 737. Con la sentenza n. 7 del 1996, che verrà richiamata più approfonditamente in seguito, la Corte ha abbracciato questa conformazione del rapporto fiduciario.

destinatario dell'investitura fiduciaria non è collocato in una posizione passiva, ben potendo interloquire con le Camere⁸⁵.

Questa lacuna è stata colmata con la consacrazione di un istituto, la questione di fiducia, privo di una testuale previsione in Costituzione⁸⁶.

Si noti sin da subito che la questione di fiducia non è compiutamente speculare alla mozione di sfiducia. In quest'ultimo caso, una delle Camere vota contro l'esecutivo determinandone le dimissioni quale conseguenza giuridicamente necessaria. Con la questione di fiducia, invece, il Governo non si ritrae direttamente dal rapporto fiduciario, ma costringe una delle Camere a votare nel senso indicato dall'esecutivo. Solo in caso di voto contrario, allora il Governo sarà tenuto a dimettersi.

Grazie alla questione di fiducia, quindi, anche l'esecutivo è stato posto nelle condizioni di sottoporre a verifica la vitalità del legame fiduciario. È ben vero che tale rapporto potrebbe venir meno in forza di una decisione unilaterale dell'esecutivo, come nel caso delle dimissioni. Senonché, un conto è una scelta operata direttamente dal Governo, altro è, in termini di assunzione della responsabilità politica, una decisione avversa di una delle Camere in relazione ad un atto sul quale l'esecutivo aveva posto la questione di fiducia.

La questione di fiducia era già invalsa nel periodo statutario. Nell'ordinamento repubblicano e, dunque, nel silenzio della Costituzione la consacrazione di tale istituto è stata ascritta ad una consuetudine⁸⁷ o ad una convenzione⁸⁸ o alla prassi⁸⁹ o, ancora, è stata collegata alla previsione dell'art. 94, che presuppone un rapporto di mutua cooperazione tra le istituzioni quiivi considerate⁹⁰. La positivizzazione ha avuto luogo,

⁸⁵ In effetti, T. MARTINES, *op. cit.*, 395, parla del Governo come di un «soggetto attivo del rapporto fiduciario».

⁸⁶ Di silenzio della Costituzione parla più volte M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano 1996, 151 e 159 ss. L'incompletezza dell'art. 94 Cost. è stata sottolineata da L. VENTURA, *La questione di fiducia: spunti problematici*, in *Studi. parl. pol. cost.* 1973, 21 ss., e da P.G. GRASSO, *Note in tema di dimissioni del Governo*, in *Giur. cost.* 1979, 170. Dunque, sulla immanenza della questione di fiducia nel sistema costituzionale v. G. AMATO, *Intervento*, in AA. VV., *L'indirizzo politico nel nuovo Regolamento della Camera dei Deputati*, Milano 1973, 84.

⁸⁷ Di questo avviso V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, V ed., Padova 1984, 157, nonché S. MERLINI, *Il Governo*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., 203.

⁸⁸ In questo senso G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, 77.

⁸⁹ V. T. MARTINES, *op. cit.*, 394, e L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 392.

⁹⁰ Cfr. M. VILLONE, *Commento all'art. 94*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna 1987, 295.

in seguito, con il regolamento della Camera del 1971, e poi con la legge n. 400 del 1988, il cui art. 2 stabilisce che la posizione della questione sia deliberata dal Consiglio dei Ministri su iniziativa del Presidente⁹¹.

Questa risposta al silenzio della Costituzione ha riequilibrato il rapporto fiduciario non solo al fine di rafforzare l'idea di una paritaria cooperazione tra gli organi interessati, ma anche allo scopo di riaffermare l'autonomia del Governo quale protagonista dell'opera di definizione e di attuazione dell'indirizzo politico⁹².

6.1. *Segue: la mozione di sfiducia individuale*

La Costituzione tace anche in ordine alle conseguenze che potrebbero affliggere il singolo ministro ove questi assumesse reiterate iniziative incompatibili con l'indirizzo e la politica di governo. Più precisamente, il dettato costituzionale non contempla alcuna modalità di rimozione dall'incarico ministeriale.

A questa lacuna si è tentato vanamente di rimediare affermando la sussistenza in capo al Presidente della Repubblica di un potere di revoca⁹³. Questa tesi è stata argomentata osservando che in qualsiasi potere di nomina è immanente il potere specularmente antitetico, vale a dire quello preordinato alla cessazione dell'incarico⁹⁴. Inoltre, di potere presidenziale di revoca si è parlato a proposito del caso in cui, a seguito della votazione di una mozione di sfiducia, il governo non si dimetta⁹⁵. In questo caso resta comunque aperta la possibilità di un conflitto interorganico dinanzi alla Corte costituzionale.

Tuttavia, questa interpretazione estensiva dell'art. 92, secondo comma, Cost., non ha avuto fortuna, essendo prevalso l'indirizzo incline

⁹¹ Cfr., quindi, il regolamento del Senato del 1988. Sulla riconduzione della questione di fiducia all'autonomia parlamentare si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 391 del 1995.

⁹² Così L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 643, nonché A. D'ANDREA, *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*, Torino 1991, 210 ss.

⁹³ Ricorda l'annosità della questione L. CARLASSARE, *Relazione generale su Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica*, in *Il Governo. Annuario 2001* (Atti del convegno annuale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Palermo 8-9-10 novembre 2001), Padova 2002, 84 ss.

⁹⁴ Di questo parere, tra gli altri, A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, I, Firenze 1951, 152 ss., e M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano 1972, 120 ss.

⁹⁵ Cfr., tra gli altri, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, IX ed., Padova 1975, 571, e L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Milano 1981, 199.

a richiedere una esplicita ed inequivoca attribuzione del potere di revoca⁹⁶. E ciò a maggior ragione anche in capo al Presidente del Consiglio, cui la citata previsione assegna il solo potere di proposta dei ministri da nominare⁹⁷. È ben vero che le innovazioni introdotte nel sistema elettorale, e il mutato assetto delle relazioni tra i partiti, potrebbero indurre a riconoscere una simile potestà⁹⁸. Nondimeno, il ruolo peculiare assegnato al Presidente del Consiglio dall'art. 95, primo comma, Cost., non è stato reputato sufficiente ai fini del riconoscimento di una simile prerogativa, anche solo sotto forma di proposta di revoca indirizzata al Capo dello Stato⁹⁹.

Al suindicato fine, peraltro, non potrebbe soccorrere neppure l'art. 122, ultimo comma, Cost., come novellato nel 1999, in ordine alla revoca dei membri della Giunta regionale. Il ricorso all'analogia è, tuttavia, precluso dalla mancanza dei requisiti necessari affinché si possa legittimamente procedere all'attivazione dell'*argumentum a simili*. In effetti, il potere di revoca è assegnato al Presidente della Regione, unitamente al potere di nomina, ove questi sia eletto a suffragio universale e diretto. Le differenze tra il soggetto che procede alla nomina dell'esecutivo nazionale, e il Presidente della Regione sono tali, e così radicali, da escludere che si tratti di casi ragionevolmente simili.

Sgombrata, così, l'ipotesi radicale di una crisi di governo, quale modalità per superare il dissenso in seno all'esecutivo, nella vita costituzionale si è affermato l'istituto della sfiducia individuale quale meccanismo idoneo a riempire il vuoto della Costituzione.

Al riguardo, la Corte costituzionale, nella notissima pronuncia sul caso Mancuso, ha ben illustrato i termini della questione¹⁰⁰. Dopo aver riconosciuto il «silenzio della Costituzione» in argomento, la Corte ha

⁹⁶ Cfr., ad esempio, L. PALADIN, voce *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 695 s.; G. PITRUZZELLA, *Il presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del Governo*, Padova 1986, 207 ss.; V. ANGIOLINI, *Le braci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica*, in *Riv. dir. cost.* 1998, 82 ss.; S. NICCOLAI, *Il Governo*, Roma-Bari 2003, 126.

⁹⁷ Non così, invece, per C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 553, che riconosce al Presidente del Consiglio il potere di proporre la revoca al Capo dello Stato proprio in relazioni alle responsabilità del medesimo in seno all'esecutivo.

⁹⁸ Così S. GALEOTTI, *Risposta alle sei domande ai costituzionalisti provocate dal caso Mancuso*, in *Giur. cost.* 1995, 4701, e L. CARLASSARE, *Sfiducia individuale e revoca dei ministri nel nuovo assetto politico*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, I, Milano 1998, 157 ss.

⁹⁹ Cfr. F. DONATI, *La responsabilità politica dei ministri nella forma di governo italiana*, Torino 1997, 133.

¹⁰⁰ Sentenza n. 7 del 1996, cit.

evidenziato che «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». Nella nostra forma di governo, «là dove esiste indirizzo politico esiste responsabilità (...) e là dove esiste responsabilità non può non esistere rapporto fiduciario». Il principio di collegialità non è tale da escludere una qualche forma di responsabilità individuale del singolo ministro: «la collegialità stessa è metodo dell'azione dell'esecutivo che può essere infranto proprio dal comportamento dissonante del singolo, e che il recupero dell'unitarietà di indirizzo può essere favorito proprio dal ricorso, quando una delle Camere lo ritenga opportuno, all'istituto della sfiducia individuale». Ebbene, detto istituto si è affermato nella prassi repubblicana, come recepita dai regolamenti parlamentari, grazie ad elementi ai quali «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 comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali»¹⁰¹.

La Corte, dunque, riconosce l'attitudine di una consuetudine costituzionale a colmare una lacuna del testo¹⁰².

¹⁰¹ Quest'ultimo passaggio coincide testualmente con quanto statuito dalla stessa Corte nella precedente sentenza n. 126 del 1981, ove, in tema di autonomia contabile degli organi costituzionali, essa riconosce che «la disciplina dettata dalle norme costituzionali scritte, quanto al regime organizzativo e funzionale degli apparati serventi gli organi costituzionali, non è affatto compiuta e dettagliata», sì da poter essere integrata appunto da consuetudini costituzionali.

¹⁰² Non ha ritenuto decisivo il richiamo della consuetudine R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, 169. Cfr., in generale, Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano 2002, 91 ss. V., pure, P. CALANDRA, *Il Governo della Repubblica*, Bologna 1986, 181 ss.

7. *Lacune apparenti: in particolare, il procedimento di formazione del Governo*

Facciamo un passo indietro rispetto ai momenti istituzionali esaminati in precedenza. In effetti, un altro importante frangente in cui affiora, con chiarezza, la “lacunosità” del dettato costituzionale è proprio quello del procedimento di formazione del Governo¹⁰³.

L’art. 92, secondo comma, Cost., assegna al Presidente della Repubblica il potere di nominare il Presidente del Consiglio e, su proposta di questi, i ministri. Null’altro è specificato.

È tuttavia dubbio che si tratti di una vera e propria lacuna ascrivibile ad un carente apprezzamento delle implicazioni associate a questo vitale frangente della vita istituzionale.

Vi è uniformità di vedute quanto alla configurazione di un vero e proprio procedimento, quale sequenza coordinata di atti orientati verso un determinato obiettivo, vale a dire la formazione del Governo¹⁰⁴. Ogni procedimento è scandito da regole cogenti. Nel silenzio della Costituzione, si ritiene che esso sia «oggetto di consuetudini, convenzioni e prassi»¹⁰⁵. Tali regole hanno, quindi, plasmato tale fattispecie procedimentale immettendo, nel sistema costituzionale altrimenti silente, alcuni istituti consolidatisi nel tempo: le consultazioni, l’incarico seguito dall’accettazione con riserva, il preincarico, il mandato esplorativo, e così via.

Il Costituente, consapevole della duttilità del prescelto modello di governo, non ha inteso fissare una disciplina di dettaglio, preferendo rinviare a regole idonee ad adattarsi alle mutevoli dinamiche istituzionali. L’unico indirizzo vincolante che è dato ricavare dal testo, interpretato in via sistematica, è la dimensione finalistica del potere presidenziale in parola. Il Capo dello Stato è chiamato ad identificare una compagine governativa, a cominciare dal suo *leader*, in grado di ottenere la fiducia in Par-

¹⁰³ Sulla lacunosità del testo costituzionale in materia di Governo v., in particolare, G. PITRUZZELLA, *Commento agli artt. 92-93*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 13, e S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, 111 ss.

¹⁰⁴ Per L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 685, si ha un solo procedimento, laddove A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano 1981, 140, distingue tra il procedimento che sfocia nella investitura del Presidente del Consiglio e quello relativo ai ministri. V., inoltre, L. ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo*, in *Giur. cost.* 1957, 1178 ss.

¹⁰⁵ A. D’ANDREA, *Commento all’art. 92*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 1783.

lamento¹⁰⁶. In fondo, il Presidente della Repubblica è stato più volte qualificato come garante del corretto funzionamento delle istituzioni, chiamate a loro volta ad informare le reciproche relazioni al principio di leale collaborazione¹⁰⁷.

In questo delicato frangente istituzionale semmai il vero problema non è quello della presenza di una lacuna nel testo, bensì quello relativo alle implicazioni, giuridiche e politiche, associate all'esercizio del potere in oggetto. Si pensi, vigente l'attuale sistema elettorale, alla nomina di un soggetto diverso dal *leader* della coalizione che ha vinto le elezioni. O, ancora, si pensi ad uno snellimento procedurale che ometta del tutto le consultazioni o le limiti soltanto ad alcuni soggetti politici. Nel primo caso il rischio concreto di un fallimento della successiva procedura fiduciaria in Parlamento potrebbe esporre il Capo dello Stato a forme di biasimo e di critica che, pur non determinando alcuna forma di responsabilità politica, ne potrebbero minare l'autorevolezza e la credibilità. Nel secondo caso, dal punto di vista giuridico tutto dipende dalla qualificazione che s'intende dare alle regole che hanno finito coll'imporre le consultazioni: ove si tratti di consuetudini, quindi di fonti del diritto, la giustiziabilità delle stesse, ammesso che si possa arrivare davanti alla Corte costituzionale, è una eventualità da non escludere. Non così, invece, se alle stesse regole si assegna una connotazione diversa, quali regole convenzionali o di correttezza¹⁰⁸.

In definitiva, il caso appena esaminato esula dalla nozione di lacuna,

¹⁰⁶ Cfr., per tutti, S. BARTOLE, voce *Governo*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, VII, Torino 1991, 641.

¹⁰⁷ Su questo R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.* 2001, 3 ss. Nella discussa sentenza n. 1 del 2013 si legge che il Presidente della Repubblica «è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche. Egli dispone pertanto di competenze che incidono su ognuno dei citati poteri, allo scopo di salvaguardare, ad un tempo, sia la loro separazione che il loro equilibrio. Tale singolare caratteristica della posizione del Presidente si riflette sulla natura delle sue attribuzioni, che non implicano il potere di adottare decisioni nel merito di specifiche materie, ma danno allo stesso gli strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni, da cui devono scaturire le relative decisioni di merito». La stessa Corte aggiunge che «tutti i poteri del Presidente della Repubblica hanno dunque lo scopo di consentire allo stesso di indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali».

¹⁰⁸ Cfr. A. REPOSO, *Il procedimento di formazione del Governo e i suoi più recenti sviluppi costituzionali*, in questa *Rivista* 2003, 187 ss.

trattandosi più propriamente di una delle tante ipotesi in cui la Costituzione lascia ad altre “fonti” (siano esse legali o di natura fattuale) il compito di meglio definire la disciplina di determinati comportamenti o rapporti¹⁰⁹.

7.1. *Le “dimissioni di cortesia” del Presidente del Consiglio in occasione della elezione del nuovo Capo dello Stato*

Nella prassi repubblicana è invalsa una regola in occasione della elezione del nuovo Capo dello Stato: il Presidente del Consiglio rassegna le proprie dimissioni al nuovo Presidente della Repubblica il quale le respinge¹¹⁰.

La Costituzione non prevede nulla al riguardo. Non stabilisce alcun obbligo in capo al Presidente del Consiglio. Si potrebbe ipotizzare l'esistenza di una lacuna ove si sottolineasse il particolare legame che avvince i due organi in oggetto. In fondo, il Presidente del Consiglio in carica fu nominato da un Presidente diverso da quello subentrante per effetto di una nuova elezione.

In verità, è difficile scorgere nel testo costituzionale una simile omissione. Le dimissioni del Governo in carica aprono o, comunque, sono il riflesso di una crisi nel rapporto fiduciario con le Camere. Nel caso di specie, però, la rinuncia del Presidente del Consiglio non è determinata dal venir meno del sostegno da parte della maggioranza parlamentare. Così, è opinione unanime che si tratti di “dimissioni di cortesia”: una sorta di simbolico ossequio nei confronti del nuovo Capo dello Stato, il quale, per ragioni di leale collaborazione e di corretto adempimento delle proprie funzioni di equilibrio e di moderazione, non può che respingere le dimissioni.

Il caso in esame, dunque, è stato ricondotto all'inafferrabile fenomeno della correttezza (o galateo) costituzionale. Si versa, così, al di fuori del campo dominato dal diritto. Questo singolare momento istituzionale è stato consegnato a regole non giuridiche, espressive di una sorta di etica costituzionale destinata a invernare valori di lealtà e di rispetto reciproco nel sistema costituzionale¹¹¹.

¹⁰⁹ Sul peso assunto, in questo frangente, dalle consuetudini, dalle convenzioni e dalle regole di correttezza v. A.A. ROMANO, *La formazione del Governo*, Padova 1977, 31 ss.

¹¹⁰ Sulla prassi statutaria v. P. ARMAROLI, *L'elezione del Presidente della Repubblica in Italia*, Padova 1977, 396 s.

¹¹¹ Al riguardo, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*,

In effetti, si pensi al colpo di scena – mai finora verificatosi – di una accettazione delle dimissioni¹¹². La dottrina più attenta esclude in radice la rilevanza giuridica del rapporto venutosi ad instaurare tra i due Presidenti. Le dimissioni governative sarebbero, in realtà, un atto giuridicamente inesistente, e come tale inidoneo a spiegare i propri effetti tipici, come si potrebbe agevolmente evincere dal tenore delle motivazioni adotte dal Presidente del Consiglio¹¹³. Stando così le cose, a maggior ragione non avrebbe rilevanza giuridica l'atto presidenziale di accettazione delle stesse¹¹⁴.

In definitiva, il caso appena evocato non è una esemplificazione propria di lacuna, ma riflette la capacità del sistema dei rapporti tra gli organi supremi dello Stato di recepire modelli di comportamento idonei a favorire il corretto e eticamente sostenibile funzionamento delle istituzioni.

8. *Su ciò che non è “silenzio della Costituzione”*

La trattazione svolta dimostra come il silenzio della Costituzione sia suscettibile di essere interpretato in maniera non univoca. In altri termini, non è detto che, mancando una data previsione nel testo costituzionale in merito a fatti, comportamenti o rapporti inclusi nella materia in oggetto, si sia in presenza di un vuoto normativo da colmare¹¹⁵.

Milano 1939, 129, ritiene che la buona educazione politica sia indispensabile ai fini del corretto funzionamento delle istituzioni. La correttezza quale antidoto alla “frode” e alla “insidia” fu a suo tempo ipotizzata da Santi ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl.* 1903, I, 483 ss. In generale, v. G. TREVES, voce *Correttezza costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 716 ss.; A. REPOSO, *Le regole di correttezza costituzionale nel sistema delle fonti-fatto*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano 1977, 264 ss.; G. ZAGREBELSKY, voce *Correttezza costituzionale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma 1988, 1 ss. Sulla natura delle regole di correttezza v. il dibattito riassunto in Q. CAMERLENGO, *op. ult. cit.*, 193 ss.

¹¹² Alle dimissioni del IV governo De Gasperi fece seguito un rimpasto. In occasione della rielezione del Presidente Napolitano del 20 aprile 2013 il governo Monti era già dimissionario dal dicembre 2012, similmente a quanto accadde con l'elezione del Presidente Scalfaro avvenuta il 25 maggio 1992 (dimissionario il VII Governo Andreotti).

¹¹³ V. L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino 1995, 143.

¹¹⁴ Cfr. F. RIGANO, *La clausola “di cortesia” nella motivazione delle dimissioni del governo*, in L. VENTURA (a cura di), *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino 2001, 281 ss.

¹¹⁵ In via preliminare, giova ricordare come per R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle*

I) Si è al di fuori del concetto di lacuna allorché si tratti di sciogliere un dilemma interpretativo. In altri termini, non si ha alcun vuoto da colmare quando l'individuazione della regola da applicare al caso concreto impone semplicemente di enucleare dalla disposizione la norma. Si pensi all'interpretazione dell'art. 59, secondo comma, Cost., sui senatori a vita nominabili, in corso di mandato, dal Capo dello Stato. Analogamente, l'individuazione dei poteri esercitabili dalle Camere in regime di *prorogatio* è anch'esso un problema interpretativo (art. 61, secondo comma, Cost.), al pari di quello relativo alle attribuzioni del Governo nel periodo compreso tra il giuramento e il conseguimento della fiducia o del Governo dimissionario. E, infatti, è prevalsa la tesi secondo cui in questi frangenti l'esecutivo non possa adottare atti che impegnino l'indirizzo politico¹¹⁶. Autorevolmente è stato sostenuto che i limiti ai poteri spettanti al governo in attesa della fiducia e al governo dimissionario «non rappresentano l'oggetto di consuetudini costituzionali ormai definite, ma abbiano un carattere fluido e convenzionale: derivando in sostanza da un'autorestrizione, decisa dal Governo stesso per ragioni di opportunità politica, cioè per non compromettere l'esito del voto di fiducia»¹¹⁷. Ancora, la Costituzione tace in merito alla reiterazione del decreto legge o all'inserimento nella legge di conversione di emendamenti del tutto estranei all'oggetto originario del decreto da convertire. Simili limitazioni si sono, però, faticosamente imposte nella giurisprudenza costituzionale in forza di una interpretazione del dettato costituzionale, che non ha impegnato alcun meccanismo di integrazione¹¹⁸.

II) Non si ha una lacuna della Costituzione quando questa rinvia, espressamente o tacitamente, ad altre fonti (di pari grado, quando il rinvio ha ad oggetto leggi costituzionali, o di grado inferiore in tutti gli altri casi). Si pensi, ad esempio, alla disciplina dell'organizzazione del Governo. L'organo titolare del potere esecutivo è senza ombra di dubbio una componente della materia costituzionale. Nondimeno, l'art. 95,

fonti, Milano 1998, 347 s., la Costituzione può considerarsi completa allorché sia in grado di fornire sempre all'organo di giustizia costituzionale un parametro per sindacare la legittimità delle leggi. Cfr. pure A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionalità sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 795 ss.

¹¹⁶ Non è condivisibile l'opinione di quanti parlano di "ordinaria amministrazione", atteso che ragionevolmente un Governo dimissionario o in attesa di fiducia ben può esercitare il potere normativo di decretazione d'urgenza, che non è certo ordinaria amministrazione.

¹¹⁷ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 390.

¹¹⁸ V., infatti, le sentenze n. 360 del 1996 e, rispettivamente, n. 22 del 2012.

terzo comma, Cost., demanda alla legge il compito di provvedere «all'ordinamento della Presidenza del Consiglio» e a determinare «il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministeri». Figure come i viceministri, i sottosegretari, o incarichi o organismi particolari sono senza dubbio profili specifici della dimensione organizzativa dell'esecutivo, al pari dei compiti assegnati ai diversi organi, che rilevano sul piano funzionale. Tuttavia, la Costituzione preferisce devolvere ad una fonte ad essa subordinata la definizione normativa di tali aspetti. Sicché, il problema non è tanto il riempimento di un vuoto nel dettato costituzionale, quanto la verifica della compatibilità della disciplina dettata dal legislatore ordinario con la Costituzione.

Un altro esempio appare particolarmente illuminante. Il Parlamento, modificando l'art. 121 Cost., ha sottratto al Consiglio regionale la titolarità della potestà regolamentare, ma nel contempo non ha proceduto ad una conseguente riallocazione. Alcune Regioni hanno letto in questa omissione l'inveramento di un presunto principio generale di sistema in forza del quale la potestà regolamentare spetta, per definizione, all'organo esecutivo. La Corte ha respinto con energia questa interpretazione: «*nel silenzio della Costituzione*, in presenza di una pluralità di possibili soluzioni organizzative del potere regolamentare regionale e per il rispetto dell'autonomia statutaria regionale, la tesi che l'art. 121, secondo comma, della Costituzione abbia attribuito tale potere alla Giunta regionale (sia tale attribuzione assoluta o derogabile dai nuovi statuti) deve essere respinta»¹¹⁹. Proprio la difesa regionale aveva evocato il suddetto principio, che la Corte ha affermato trattarsi di «un modo di ragionare che, oltre al rischio di sovrapporre modelli concettuali alle regole particolari, comporta anche quello di comprimere indebitamente la potestà statutaria di tutte le regioni ad autonomia ordinaria, tramite non controllabili inferenze e deduzioni da concetti generali, assunti *a priori*». Non vi è, dunque, alcuna lacuna da colmare ricorrendo all'analogia *iuris*, bensì un rinvio a future determinazioni devolute alla fonte più congeniale tra quelle immediatamente subordinate alla stessa Costituzione.

Più in generale, è chiaro che in presenza di norme programmatiche, per loro natura destinate ad essere attuate da altre e successive fonti, non si ha alcun vuoto da riempire ricorrendo ai mezzi di integrazione che verranno di qui a poco individuati.

¹¹⁹ Sentenza n. 313 del 2003 (enfasi aggiunta). Sulla vicenda v. Q. CAMERLENGO, *Il sistema delle fonti*, in L. VIOLINI, Q. CAMERLENGO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Lombardia*, Torino 2013, 149 ss., anche per i necessari riferimenti bibliografici.

III) Infine, non rilevano le cd. lacune ideologiche, che si possono identificare operando un confronto tra la Costituzione, così come è scritta e per il suo contenuto, ed una concezione ideale di Costituzione. In questi casi, in effetti, la lacuna finisce coll'essere «la differenza tra il diritto positivo e un altro ordinamento ritenuto migliore, più giusto, più equo»¹²⁰. Il tema del silenzio della Costituzione va trattato come avente ad oggetto un complesso organico di regole prodotte in relazione a determinati valori e in vista del conseguimento di determinati obiettivi. Ove si accedesse alla prospettiva indicata dal concetto di lacuna ideologica, si finirebbe coll'assecondare una indagine *de iure condendo*, di politica del diritto, e non di studio del diritto positivo. Una opzione metodologica, questa, estranea alla presente trattazione. Considerato, poi, che le Costituzioni sono il prodotto dell'opera dell'uomo, e che nessun atto umano è perfetto, l'accoglimento della nozione di lacuna ideologica si rivelerebbe destituito di qualsiasi valore scientifico, visto che tutti i sistemi normativi sono perfettibili in quanto peggiori rispetto ad un assetto ideale. È per questa ragione, peraltro, che Bobbio definisce il diritto naturale (che per molti è l'assetto normativo ideale) come un sistema normativo privo per definizione di lacune ideologiche.

9. *I meccanismi di integrazione delle lacune costituzionali*

Questo saggio ha inteso dimostrare che la *Costituzione* può anche rivelarsi lacunosa, ma il *sistema costituzionale* è completo. Il sistema, infatti, include non solo le disposizioni contenute nel testo della legge fondamentale. Esso racchiude, innanzitutto, modelli di comportamento invalsi con regolarità nella prassi e idonei a orientare, con un certo grado di vincolatività, la condotta degli attori istituzionali: si pensi alle consuetudini, alle convenzioni, alle regole di correttezza. Detto sistema abbraccia, altresì, le regole originate dalla attivazione dei meccanismi di integrazione quali l'analogia e il ricorso ai principi generali¹²¹.

La *materia costituzionale*, preesistente all'opera di razionalizzazione

¹²⁰ Cfr., infatti, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 257.

¹²¹ L'espressione "ordinamento costituzionale" avrebbe potuto ingenerare minori difficoltà da punto di vista concettuale. Nondimeno, la scelta di definire questo eterogeneo complesso di regole e istituzioni come "sistema" risponde ad una precisa e consapevole opzione teorica, con una percepibile sfumatura assiologica: perché il diritto costituzionale possa operare quale fattore di ordine, è necessario che esso operi quale sistema, nel senso dapprima chiarito.

posta in essere dal costituente, è il contesto entro il quale si sviluppa e si arricchisce progressivamente il sistema: le regole affermatesi in via di fatto e le regole ricavate ricorrendo ai citati meccanismi di integrazione non sono che forme di attualizzazione di modelli di comportamento presenti allo stato virtuale o potenziale.

In estrema sintesi: il diritto costituzionale positivo è *completabile* attingendo al sistema costituzionale. A sua volta, il sistema comprende modelli di comportamento vincolanti gli attori istituzionali rispetto ai fatti, alle condotte e alle relazioni che, presentando le caratteristiche di essenzialità dapprima individuate, ricadono nella materia costituzionale.

Prima di procedere oltre, non si può fare a meno di ricordare che il tema qui trattato è condizionato da un profilo parallelo, di grande importanza e di altrettanto intensa difficoltà: l'interpretazione costituzionale. Più volte si è avuto modo di evocare opzioni ermeneutiche in relazione a specifiche fattispecie, ma è solo adesso che appare opportuno ribadire le peculiarità di tale interpretazione. È solo ricordando tali tratti specifici che si può cogliere nella giusta misura l'essenza del problema trattato in queste pagine¹²².

I) I fatti normativi *praeter constitutionem* sono stati indicati, dalla maggioranza della letteratura giuridica, quali elementi idonei a rendere completo il sistema, nel senso dapprima chiarito. In fondo, non si tratta di disattendere il dato positivo, ma di integrarlo fornendo una soluzione a problematiche della materia costituzionale ignorate dalla Costituzione scritta¹²³.

Rispetto al tema del silenzio della Costituzione poco importa interrogarsi sulla natura delle consuetudini, delle convenzioni, delle regole di

¹²² Si rinvia, tra gli altri, a A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milano 1972; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982; R. GUASTINI, *Specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Analisi e diritto*, 1996, 169 ss.; S.F. REGASTO, *L'interpretazione costituzionale. Il conflitto tra «valori» e «principi» in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini 1997; F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Napoli 2014.

¹²³ Così Santi ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), ora in *Prolesioni e discorsi accademici*, Modena 1931, 100; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino 1970, 150 s.; G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 45 ss.; S. STAMMATI, *Punti di riflessione sulla consuetudine e le regole convenzionali*, in *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, 848; S. BARTOLE, *Sul diritto costituzionale e la scienza politica. Confronti, ipotesi e prospettive*, in *Il politico* 1986, 14; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XIV, Torino 1989, 10 e 14; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova 1997, 262.

correttezza, e sui rispettivi elementi di discriminazione. Ciò che, ai fini qui considerati, rileva è la capacità delle regole così prodotte di indirizzare la condotta degli organi e degli attori istituzionali in relazione a profili problematici che non sono oggetto di una puntuale previsione nella Carta costituzionale. Le conseguenze della violazione di una regola convenzionale o di un precetto di correttezza rappresentano un tema importante sul piano della teoria generale trattandosi di fatti estranei al novero delle fonti del diritto, diversamente dalle consuetudini. E questo aspetto diventerà decisivo in occasione di una controversia da dirimere, magari dinanzi alla Corte costituzionale. Ma questo attiene alla dimensione patologica dei fatti normativi, laddove il tema del silenzio della Costituzione sposta lo sguardo dell'interprete verso l'orizzonte tracciato dalla dimensione fisiologica di tali fatti: le consuetudini, le convenzioni, la correttezza quali matrici di soluzioni a problemi che la lacunosa Costituzione non è in grado di risolvere.

Quanto alla pertinente casistica, oltre alle esemplificazioni già esaminate si ricorda che l'art. 86, secondo comma, Cost., tace in ordine alle modalità di accertamento e di dichiarazione dello stato di impedimento temporaneo o permanente del Capo dello Stato¹²⁴. C'è un solo precedente, del 1964, che vide come sfortunato protagonista il Presidente Antonio Segni. In quell'occasione vi fu un atto governativo adottato d'intesa con i Presidenti dei due rami del Parlamento, su impulso del segretario generale presso la Presidenza della Repubblica, cui seguirono, il 6 dicembre dello stesso anno, le dimissioni del Presidente. Al riguardo, la dottrina ha ipotizzato la consacrazione di una vera e propria consuetudine, vincolante per il futuro¹²⁵. Pur non essendo mancate altre interpretazioni, resta il fatto che la decisione allora assunta si è imposta quale modello oggettivo di riferimento a fronte di un lacunoso dettato costituzionale¹²⁶.

II) Per quanto riguarda i tradizionali e riconosciuti metodi di integrazione, si è visto come l'analogia e il ricorso ai principi generali del diritto siano meccanismi attivabili anche nello specifico contesto qui considerato¹²⁷. Più precisamente, le specificità della Costituzione formale, quale

¹²⁴ E, infatti, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *op. cit.*, 231, parlano espressamente di lacuna del testo costituzionale.

¹²⁵ Cfr., tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 199, e F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 18.

¹²⁶ L'art. 94, terzo comma, Cost., non dice nulla quanto alla Camera davanti alla quale il Governo deve presentarsi per ottenere la fiducia. A questo silenzio la prassi ha risposto con la regola – di buon senso istituzionale – della rotazione.

¹²⁷ Cfr. F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in questa *Rivista* 1987, 181 ss.

atto normativo che cerca, in funzione di razionalizzazione, un difficile equilibrio tra diritto e politica, non sono state ritenute, dalla prevalente dottrina, fattori ostativi al ricorso all'analogia e ai principi generali¹²⁸.

Una volta riconosciuta l'attitudine specifica del procedimento analogico ad integrare le lacune della Costituzione, occorre però individuarne i limiti. In effetti, ai sensi dell'art. 14 delle Preleggi non sono suscettibili di applicazione analogica le norme eccezionali.

Che si tratti di un limite logico o di una opzione politica trasfusa in una previsione giuridica è un dubbio che non può essere scemerato in questa sede¹²⁹. E pure l'esatta natura delle norme eccezionali è un dilemma dai contorni così ampi da esigere una trattazione non compatibile con l'economia del presente lavoro. Basta solo ricordare che per taluni è eccezionale la norma che deroga ad un principio generale, mentre per altri è tale la norma che disciplina una data condotta «in modo opposto a quello in cui verrebbe regolata se la norma eccezionale non esistesse»¹³⁰. È qui sufficiente riconoscere che le norme eccezionali, al pari di quelle singolari, di quelle speciali e di quelle derogatorie, si contrappongono alla uniformità, alla generalità ed alla regolarità di un determinato assetto normativo comune ad una classe organica di fattispecie omogenee¹³¹. E a ciò si può aggiungere che un precetto non è mai eccezionale in termini assoluti, ma lo è soltanto in rapporto ad un complesso compatto, unitario e coerente di regole, costruito in un dato momento storico e condizionato da determinati principi e valori¹³².

A corredo dei dati appena succintamente esposti, non si può sotto-cedere la peculiarità dell'ambito normativo qui considerato, quanto meno

¹²⁸ In questo senso, tra gli altri, P. CHIMIENTI, *Manuale di diritto costituzionale*, Roma 1918-1920, 101; F. PERGOLESI, *Manuale di diritto costituzionale*, Roma 1941, 18 s.; F. PIETRANDREI, *L'interpretazione della Costituzione* (1952), ora in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965, 202 ss.; C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 199; G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1970, 911; E. SPAGNA MUSSO, *Appunti per una teoria dell'anomia costituzionale*, in questa *Rivista* 1975, 324;

¹²⁹ Propendono per la seconda lettura, tra gli altri, L. CAIANI, *op. cit.*, 369, e G. CARCATERRA, voce *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma 1988, 10.

¹³⁰ Nel primo senso R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993, 439 s.; nel secondo F. MODUGNO, voce *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 520, nonché N. BOBBIO, voce *Analogia*, cit., 605.

¹³¹ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 1127.

¹³² Così Santi ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, II ed., Milano 1947, 86 ss.

in relazione alle funzioni distribuite tra gli organi costituzionali. I rapporti, i fatti e i comportamenti inclusi nella materia costituzionale sono retti dal principio di legalità costituzionale, la cui rigidità è l'ingrediente indefettibile ai fini di una razionale distribuzione dei poteri tra i diversi attori istituzionali. Tale rigidità frappone un ulteriore ostacolo all'attivazione di meccanismi di integrazione delle lacune. In effetti, nell'escludere il ricorso alla norma generale esclusiva, è stato sottolineato come, in forza del principio di legalità, nell'ambito qui considerato «i pubblici poteri possono compiere non già ogni atto che non sia loro vietato, ma anzi solo quegli atti che siano loro espressamente consentiti»¹³³.

Nel sistema costituzionale, un'applicazione concreta di tale limite si ha nel caso delle prerogative dei consiglieri regionali. L'art. 122 Cost., rimasto immune dalle revisioni costituzionali del 1999 e del 2001, riconosce l'insindacabilità per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle funzioni. Questa garanzia è sovrapponibile alla corrispondente garanzia che, ai sensi dell'art. 68, primo comma, Cost., assiste il parlamentare. Non così, invece, per la cd. immunità penale in forza della quale, come si evince dalla lettura degli altri due commi del citato art. 68, i membri delle Camere non possono essere sottoposti a misure restrittive della libertà personale o domiciliare, né a limitazioni della libertà di corrispondenza e di comunicazione senza la previa autorizzazione della Camera di appartenenza. In relazione a tale prerogativa l'art. 122 tace.

Il dubbio circa la sussistenza di una lacuna è alimentato dalla sostanziale corrispondenza del nucleo essenziale delle attribuzioni che la Costituzione conferisce ai parlamentari e, rispettivamente, ai consiglieri regionali, quali membri di organi collegiali titolari della funzione legislativa e collegati all'esecutivo da un rapporto fiduciario (pieno a livello nazionale, peculiare in ambito regionale).

Una volta riconosciuta l'esistenza di un vuoto normativo, il ricorso all'analogia potrebbe essere precluso in radice negando la ragionevole similitudine tra i fatti posti a raffronto. In effetti, è questa la strada seguita dalla Corte costituzionale che, nel 1975, affermò come le garanzie di cui all'art. 68 fossero state poste «al fine di tutelare la piena indipendenza del Parlamento, in relazione all'altissima funzione ad esso riservata», nonché «all'ulteriore scopo di rendere pienamente libere le discussioni che si svolgono nelle Camere, per il soddisfacimento del superiore interesse pubblico connessovi». Diversamente, «le attribuzioni dei Consigli

¹³³ R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, cit., 272.

regionali si inquadrano (...) nell'esplicazione di autonomie costituzionalmente garantite, ma non si esprimono a livello di sovranità»¹³⁴.

Quand'anche, poi, si riuscisse a dimostrare il contrario – e cioè che comunque si tratta di situazioni ragionevolmente omogenee quanto alle funzioni esercitate dagli organi in parola¹³⁵ – nondimeno questo presunto vuoto non potrebbe essere colmato applicando, in via analogica, i commi secondo e terzo dell'art. 68¹³⁶. Questi enunciati, infatti, derogano alla regola generale cui sono soggetti tutti gli individui, sia pure per una motivazione più che consistente quale la salvaguardia del sereno svolgimento delle funzioni attribuite alle istituzioni parlamentari¹³⁷.

L'estensione ai consiglieri regionali dell'immunità penale, come definita dall'art. 68, commi secondo e terzo, richiede, dunque, l'attivazione della procedura aggravata di revisione costituzionale, essendo preclusa, per una ragione o per l'altra tra quelle viste in precedenza, l'applicabilità dell'analogia. Posto che «che le prerogative costituzionali (o immunità in senso lato, come sono spesso denominate) si inquadrano nel *genus* degli istituti diretti a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche ad essi connesse», la Corte, nella nota pronuncia sul lodo Alfano, ha statuito che la corrispondente «complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio, esige che la disciplina

¹³⁴ Sentenza n. 81 del 1975. V., in argomento, S. GALEOTTI, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali. Il problema dell'attuazione dell'art. 122, comma 4°, Cost.*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, II, Milano 1977, 711 ss.

¹³⁵ La stessa Corte costituzionale ha, infatti, ammesso, nella sentenza n. 69 del 1985, che «l'affermazione della insindacabilità delle opinioni e dei voti dei consiglieri regionali nell'esercizio della funzione di organizzazione interna dell'organo non fa che sviluppare coerentemente il parallelismo con le garanzie dei membri del Parlamento, di cui all'art. 68, primo comma, Cost. in relazione al nucleo essenziale comune e caratterizzante delle funzioni degli organi "rappresentativi" dello Stato e delle Regioni». Cfr., in particolare, G. MOR, *Le funzioni normative del Consiglio regionale e l'irresponsabilità dei consiglieri*, in *Giur. cost.* 1985, 1754 ss.

¹³⁶ Dello stesso avviso T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, V ed., Milano 2000, 57, nonché P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova 2003, 81.

¹³⁷ Nella citata pronuncia del 1975 si legge che «siffatte eccezionali deroghe all'attuazione della funzione giurisdizionale, considerate necessarie a salvaguardia dell'esercizio delle funzioni sovrane spettanti al Parlamento, risultano legittime in quanto sancite dalla Costituzione». In effetti, «alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione»: così la sentenza n. 24 del 2004. Al riguardo, giova ricordare la pronuncia dell'Alta Corte per la Regione siciliana che, nel 1951, dichiarò illegittima la l.r. Sic. n. 29 del 1951 che aveva esteso ai deputati regionali l'immunità penale prevista dall'art. 68 Cost.

delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione debba essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius* né *in melius*»¹³⁸.

¹³⁸ Sentenza n. 262 del 2009.

IL DIBATTITO INTORNO ALLA SVOLTA
UNIVERSALISTICA E DIGNITARIA
DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

SOMMARIO: 1. La svolta universalistica e dignitaria e le sue due componenti. – 2. Un'occasione per storicizzare il diritto antidiscriminatorio, risalendo alle sue matrici ingegneristiche e strumentali. – 3. Implicazioni dell'orientamento scettico che presiede al diritto antidiscriminatorio e al dibattito che tradizionalmente lo accompagna. – 4. Gli aspetti della svolta universalistica e dignitaria che si pongono in continuità con le premesse strumentali della protezione antidiscriminatoria. – 5. In particolare: la riproposizione della limitata capacità della protezione antidiscriminatoria di trasformare i valori della convivenza. – 6. Gli aspetti della svolta universalistica antidiscriminatoria che paiono indicare un movimento di rivalutazione dell'autonomia dell'esperienza giuridica. Le immagini della dignità come cartina di tornasole delle diverse concezioni del diritto sottintese al dibattito. – 7. L'antidiscriminazione a un bivio.

1. *La svolta universalistica e dignitaria e le sue due componenti*

In questo scritto vorrei richiamare l'attenzione sulla 'svolta universalistica e dignitaria' che si sta profilando per il futuro del diritto antidiscriminatorio, e che annuncia un'importante crisi dell'antidiscriminazione, perché ne attacca, apparentemente, le fondamenta, ossia il basarsi sulla protezione di gruppi e minoranze storicamente svantaggiati¹. La 'svolta'

¹ Come è noto, e come verrà ricordando nel testo, la protezione antidiscriminatoria trova il suo conio nella sentenza *Brown vs Board of Education* (1954), in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò le leggi segregazioniste '*inherently un-equal*' e perciò contrarie al XIV Emendamento, richiamandosi alla *Footnote Four* della sentenza *Caroline Products* (1938) in cui il giudice Harlan aveva affermato che uno scrutinio più severo da parte della Corte Suprema sarebbe stato appropriato e legittimo nei confronti delle leggi che concernono minoranze sottorappresentate o escluse dal processo politico a causa di un pregiudizio storico nei loro confronti. *Brown*, con cui la Corte assunse su di sé questo compito, è una pietra angolare nella costruzione della legittimazione della

si presenta come una risposta a specifici problemi che il diritto antidiscriminatorio solleva nel quadro sempre più complesso e diversificato delle società contemporanee; tra le opinioni che vi fanno capo si colgono sfumature diverse, che tutte però confermano la crescente intersezione tra l'ambito del diritto antidiscriminatorio e la tematica della dignità, che, a sua volta, sta ricevendo sempre maggiore attenzione nel dibattito sovranazionale². Di seguito, raccoglierò alcune posizioni riconducibili alla svolta 'universalistica e dignitaria' organizzandole in due tendenze.

Da una parte sta la emblematica posizione espressa nel 2011 da K. Yoshino, che ha accusato la *Equal Protection* americana, ossia la 'madre' di tutte le esperienze antidiscriminatorie, di creare *balkanization* e *backlash*, frammentazione e risentimento³. Per evitare simili rischi, ha soste-

Corte Suprema, del suo ruolo nel sistema americano; l'importanza della decisione a questi riguardi è stata molte volte sottolineata in un classico dibattito che è stato ancora recentemente riconsiderato da C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli 2010, 11 ss.

² Ne è riprova il recente, compositissimo volume a cura di C. MCCRUDDEN, *Understanding Human Dignity: An Introduction to Current Debates*, Oxford 2013, che raccoglie gli atti di un convegno internazionale dalla larghissima partecipazione svoltosi alla British Academy. V. anche la rassegna dedicata al processo globale di diffusione della dignità da A. SPERTI, *Una riflessione sulle ragioni del crescente successo della dignità nell'argomentazione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it* 1/2013.

³ K. YOSHINO, *The New Equality Protection*, in *Harvard Law Review* 2011, 747 ss. La tesi – che si autoqualifica come *Universal Turn* – ha un grado interessante di novità perché, almeno sino ad alcuni anni fa, la dottrina progressista americana ha, semmai, accusato la Corte suprema di usare in modo insincero, cioè conservatore e ostile, la sua analisi antidiscriminatoria, se non di perseguire una vera e propria strategia anti-antidiscriminazione (v. J. RUBENFELD, *The Anti-Antidiscrimination Agenda*, 2002, reperibile online nella *Faculty Scholarship Series, Paper 1557, Yale Law School Scholarship Repository*). K. Yoshino dice invece, in buona sostanza, che la Corte Suprema fa bene a usare poco e restrittivamente la protezione antidiscriminatoria, che non è più al passo coi tempi. Il punto di vista di K. Yoshino è stato cionondimeno preparato da un lavoro dottrinale intenso, che è venuto negli anni più recenti a focalizzarsi, da un lato, sulle difficoltà evolutive della analisi antidiscriminatoria tradizionale, la quale, basata sul concetto di 'classe sospetta' e di 'diritto fondamentale', non si adatterebbe a nuove minoranze, come gli omosessuali (su questo punto v. *infra* la nt. 7) , e, dall'altro lato, sulla caduta di consenso che la protezione antidiscriminatoria avrebbe subito nella società americana, sempre più *'beyond race'*, ossia emancipata da sentimenti razzisti, ma anche sempre meno disposta a pagare un prezzo per colpe del passato, e cioè a premiare, favorendoli, i neri per compensare il passato schiavista. Nel volume *The Constitution in 2020*, a cura di J. BALKIN e R. SIEGEL, Oxford-New York 2009, veniva già suggerita la strategia di trasformare, quanto più possibile, i *discriminatory claims* in *liberty claims* ("use liberty to promote equality", è la parola d'ordine proposta dai due autori, ivi, 98, nella consapevolezza che "law dismantling status hierarchies risk generating backlash, aggravating the very social dynamic they seek to

nuto questo autore, la Corte Suprema dovrebbe privilegiare solo i *claims* con cui gruppi minoritari chiedono il riconoscimento di diritti che sono universali, o che possono essere formulati in termini universali (non il *gay marriage* ma il *marriage for all*), e che, in questo senso, pertengono alla dignità umana, e, precisamente, al versante in cui la dignità sintetizza un insieme di libertà fondamentali della personalità. Mentre questo tipo di questioni, che l'autore chiama *dignity-liberty claims*, dovrebbero essere favorite, perché creano empatia e coesione (esse inducono infatti la maggioranza, così sostiene K. Yoshino, a sentire anche proprie le rivendicazioni delle minoranze), le altre, cioè le rivendicazioni meramente redistributive avanzate da questa o quella minoranza e tendenti in particolare alla conquista di *special rights* di tipo positivo, quali le misure favorevoli nell'*housing* o nell'educazione, dovrebbero essere abbandonate alla politica, perché quest'ultima, intimamente irrazionale, non risente, in termini di legittimazione, del contatto con la naturale irrazionalità di quelle pretese ma è in grado di sfruttarle ai fini del calcolo elettorale, che la guida. L'armamentario interpretativo della *Equal Protection* dovrebbe essere riservato solo per quelle questioni, residuali, che sono incapaci di essere universalizzate, e che dunque, in quanto pertengono irrimediabilmente solo ad alcune parti della società, sono effettivamente minoritarie, di gruppo, e che sono purtuttavia inescapabili: gli *equality-dignity claims*. È il caso, ragiona Yoshino, dell'aborto, che riguarda, a suo dire, solo le donne per via del dato biologico.

Un punto di vista simile a quello di K. Yoshino era stato espresso, per il Regno Unito, da R. Allen e G. Moon nel 2006, anch'essi interessati alle migliori prestazioni che la dignità potrebbe offrire rispetto al canone antidiscriminatorio⁴. Una delle idee che ricorrono nell'analisi condotta da questi autori è che offrire tutela a titolo antidiscriminatorio solo contro quegli atti e comportamenti che offendono la dignità delle persone, o dei gruppi, avrebbe un effetto deflattivo del contenzioso, data, quanto

abate”). Una importantissima indicazione nella stessa direzione era stata data da L.H. TRIBE nel saggio *The Fundamental Right that Dare not Speak its Name*, in *Harvard L.R.* n.117/2004, 1893 ss., che, dedicato all'analisi della sentenza *Lawrence* (2003), in tema di omosessualità, è chiara ispirazione del lavoro di K. Yoshino. K. Yoshino insegna alla NY University of Law ed è un autore impegnato nella difesa dei diritti dei gay; nel 2006 ha pubblicato *Covering*, un volume che denuncia l'inesistente tutela dei diritti civili negli Stati Uniti, particolarmente dei diritti all'identità sessuale, che costringe gli omosessuali a 'coprire' la loro identità sessuale per potersi integrare nella vita sociale.

⁴ G. MOON e R. ALLEN, *Dignity Discourse in Discrimination Law: a Better Route to Equality?*, in *Europ. Law Rev.* 2006, 610 ss.

meno, la maggiore difficoltà probatoria cui va incontro chi intenda provare di essere stato offeso nella sua dignità, rispetto a chi debba provare di essere stato trattato in modo diverso da quello riservato ad altri, e sfavorevole, a causa di una propria caratteristica personale⁵. Inoltre, il riferimento alla dignità potrebbe contribuire a contenere le spinte alla frammentazione espresse dalle rivendicazioni antidiscriminatorie, spingendo a un riordino dei *claims* antidiscriminatori intorno alle offese alla stima e al rispetto che risultino ‘oggettivamente’ tali alla stregua dei sentimenti di normalità condivisi dagli ‘*ordinary members of society*’⁶.

È piuttosto agevole percepire che, in questi casi, la svolta universalistica e dignitaria risponde a un problema di efficienza del ‘*rationale*’ antidiscriminatorio, che, col crescere delle minoranze, gruppi e soggettività che aspirano a riconoscimento e protezione, produce più problemi di

⁵ G. MOON e R. ALLEN, *op. cit.*, 617. L’aggravamento probatorio derivante dalla necessità, per chi si ritiene vittima di una discriminazione, di provare in giudizio la sofferta lesione della dignità è un tema che è stato ampiamente discusso, anche sulla scorta dell’esperienza canadese, la cui Corte Suprema (*R v Kapp*, 2008 41 par. 21-22) ha notato che “la dignità ha finito per essere un onere aggiuntivo per le parti (...) piuttosto che un arricchimento sul piano filosofico dell’argomentazione sui diritti, come si supponeva dovesse essere” (il punto è segnalato anche da A. SPERTI, *Una riflessione*, cit., sulla scorta di S. FREDMAN, *Discrimination Law*, New York 2011, 230).

⁶ Il caso britannico è quello, particolarmente complesso, del sovrapporsi a una legislazione nazionale antidiscriminatoria molto articolata – e consapevolmente vicina, nell’imprinting, a quella americana – del diritto comunitario. Così il Regno Unito è diventato particolarmente, e molto presto, attento alla ricerca di strumenti di semplificazione di un quadro normativo, e sociale, intricato. La tesi di R. Allen e G. Moon va vista nella cornice del travaglio che ha condotto alla emanazione dell’*Equality Act* del 2010, nuovo ‘testo unico’ del diritto antidiscriminatorio britannico. In molti paesi membri della Ue l’allargamento, a partire dal 2000, del diritto antidiscriminatorio comunitario ha creato ampio dibattito e reazioni contrastanti; notevole in particolare la discussione tedesca, su cui da ultimo S. HABERL, *Riflessioni sparse sul divieto di discriminazione nel diritto dei contratti*, in *Pol. del Dir.* 2011, p. 79 ss., e F. VARI, *L’affermazione del principio di eguaglianza nei rapporti tra privati. Profili costituzionali*, Torino 2013, spec. 36 ss. La presa d’atto del quadro problematico derivante dall’innesto delle nuove direttive antidiscriminatorie nelle tradizioni nazionali è nel Report a cura di C. MCCRUDDEN, S. PRECHAL, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical-Approach*, Bruxelles 2009. Anche nel quadro europeo, dunque, come in quello statunitense, l’emersione della ‘dignità’ ha una corposa linea di scaturigine in problemi di rendimento e di efficienza della protezione antidiscriminatoria. Per la notazione su come, anche in Europa, e per effetto del diritto comunitario, “i diritti sono (...) sempre meno ascrivibili a uno status indifferenziato, e sempre più diritti riferibili a minoranze, strutturate e non, a cerchie settoriali, a categorie economiche e professionali, a interessi collettivi e diffusi”, v. del resto P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella ‘costituzione europea’*, in *ID.*, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, 139 ss., 151.

quanti ne risolva. Nella particolare versione di K. Yoshino, la tesi rivela senza troppi mezzi termini la sua aspirazione strategica. La tradizionale struttura della *Equal Protection* americana non lascia molto spazio per il riconoscimento dei diritti dei gay, e se questi ultimi possono avere qualche chance di successo, quella deve essere ripensata⁷. Nonostante Yoshino sia attento a dimostrare che ciò che va nell'interesse delle persone omosessuali (l'abbandono o la riduzione degli spazi di operatività della protezione antidiscriminatoria classica) può andare anche nell'interesse di altre minoranze, come i *Latinos*⁸, si percepisce anche, nella sua rico-

⁷ La Corte Suprema assegna lo *strict scrutiny* solo alle *suspect classes*, ma, dagli anni 1970, la Corte considera "sospette" solo le classificazioni relative alle minoranze razziali o religiose e richiede comunque che la minoranza interessata sia vittima di una condizione marginale, di sotto-rappresentazione, da un lato, e, dall'altro lato, di un pregiudizio storico (uno 'scrutinio intermedio' come è noto spetta invece alle questioni di genere). La minoranza gay americana fatica a rientrare in questa definizione, perché composta anche da persone influenti sul piano culturale ed economico. L'altra strada per accedere allo *strict scrutiny* è il *Due Process*, che permette di far valere che la propria *liberty, life or property* è stata illegittimamente violata (discriminazione come lesione *undue* di un diritto fondamentale); su questa strada si oppone, al riconoscimento dei diritti dei gay, la tesi prevalente per cui sono protette dal *Due Process* solo le posizioni di diritto e libertà 'radicate nella storia della nazione', concetto che fu giocato contro l'omosessualità, in modo clamorosissimo, con la sentenza *Bowser* del 1986, allorché la Corte sostenne che il *claimant*, arrestato sotto il diritto del Texas che classificava la sodomia come reato, non poteva vantare un diritto fondamentale, la sodomia non rientrando tra i diritti e le libertà cui pensavano i *Framers*. Di fatto, il cammino di riconoscimento dei diritti dei gay (con le sentenze *Romer* (1996), *Lawrence* (2003) e *Windsor* (2013) è avvenuto mediante l'adozione di una soluzione interpretativa che punta a evitare il ricorso agli strumenti classici della analisi antidiscriminatoria, impennandosi, semmai, su uno solo di essi, il *discriminatory intent*, che rende annullabili i provvedimenti legislativi anche quando essi non tocchino *suspect classes* o diritti fondamentali (il metodo, conosciuto come *rational basis test with bites*, aveva già avuto sporadiche applicazioni). Poiché rilevare il *discriminatory intent* del legislatore significa dire che esso ha inteso perseguire, isolare, stigmatizzare una minoranza, è stato inevitabile che questa strategia interpretativa (considerata un apporto peculiare del giudice Kennedy: cfr. C. LEVINE, *Justice Kennedy's 'Gay Agenda'*: *Romer, Lawrence and the Struggle for Marriage Equality*, in 44 *McGeorge L.R.* 1/2013, 1 ss.) abbia portato in primo piano, nella discriminazione, la componente di offesa alla 'dignità' (che peraltro non è mai stata secondaria, tutt'altro, nella costruzione del concetto statunitense di discriminazione, come avremo modo di ricordare proseguendo il nostro discorso). Sulle difficoltà che la tradizionale *Equal Protection* solleva con riferimento alla tutela delle persone omosessuali v. M.M. WINKLER, *Same-Sex Marriage negli Stati Uniti: le nuove frontiere del principio di eguaglianza*, in *Pol. del Dir.* 2011, 93 ss., che in quelle difficoltà vede il sintomo delle "contraddizioni" che segnano la formula di cui la Corte Suprema si avvale per definire le classi sospette.

⁸ Accanto all'esempio del "*marriage for all*" K. Yoshino porta infatti quello, molto sentito negli Stati Uniti, dell'uso della lingua spagnola da parte della minoranza ispanica; esaminato come diritto di una minoranza, egli osserva, questo tema porterebbe in primo

struzione, l'operare della convinzione, di marca prettamente liberale, per cui nella società vi è un certo quantum di diritti e di libertà riconoscibili, onde, se si affermano gli interessi di alcuni, gli interessi di altri (in questo caso le minoranze 'tradizionali' a base etnica e religiosa) devono vedere ridotto, o modificato, lo spazio di riconoscimento loro accordato⁹. Lo sforzo di questo autore di dimostrare che la nuova *Equal Protection* andrebbe nella direzione del bene generale, perché produrrebbe empatia e coesione e lotterebbe contro un pericoloso processo di frammentazione degli status che la protezione antidiscriminatoria è accusata di innescare, è anch'esso rimarchevole.

Un secondo gruppo di tesi, che non sono state ancora espressamente teorizzate, avanzano altri motivi per individuare nella tutela della dignità la *ratio* della protezione antidiscriminatoria. Con riferimento al diritto dell'Unione europea, la dignità viene, da tempo, di frequente evocata come bene tutelato dal diritto antidiscriminatorio onde sottolineare che quest'ultimo ha ormai superato il suo '*economic aim*', e tende invece a proteggere e promuovere la persona umana e i diritti fondamentali; in particolare, la comparsa, nelle 'nuove' direttive del 2000, di una figura di discriminazione, le molestie, qualificata come 'offesa alla dignità', è stata interpretata come il segnale di una possibile evoluzione della concezione europea della discriminazione in direzioni meno formalistiche di quelle che le sono a lungo state consustanziali¹⁰. La proposta secondo cui vedere nella dignità il bene offeso dalla discriminazione aiuterebbe a rimediare alle rigidità del giudizio antidiscriminatorio, emancipandolo in particolare dalla sua struttura comparativa, problema quest'ultimo molto sentito dagli studiosi del diritto della Ue, è stata avanzata già da qualche

piano la dimensione identitaria delle rivendicazioni degli ispanici, aumentando il risentimento che esse creano nella società. Messo dei termini di un 'diritto di tutti a parlare la propria lingua' creerebbe empatia e coinvolgimento anche nella maggioranza di madre lingua inglese.

⁹ Su questo meccanismo interpretativo richiama l'attenzione G. REPETTO, in F.J. MOOTZ III, F. CERRONE, S. NICCOLAI, G. REPETTO, G. BASCHERINI, *Law and Community: Alessandro Giuliani's Aristotelian Vision*, in *Federalismi.it*, n. 16/2013, 15 ss.

¹⁰ Questo punto di vista e il dibattito che lo concerne è esposto, pur problematicamente, da A. LORENZETTI, *Il diritto antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione*, in B. PEZZINI (cur.), *La Costruzione del genere. Norme e regole. Corso di analisi di genere e di diritto antidiscriminatorio*, Bergamo 2012, 101 ss., 117-118; per una impostazione particolarmente autorevole e influente della tesi per cui ormai il diritto antidiscriminatorio si deve ritenere espressivo del valore della dignità umana v. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio tra innovazione e continuità*, in EAD (cur.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007, XII ss. Per gli studi di diritto privato v. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli 2008, spec. 76-77.

anno¹¹. Quanto al versante americano, in un saggio dedicato principalmente alla giurisprudenza comparata sull'aborto, la costituzionalista R. Siegel ha concesso alla dignità di poter rappresentare la legittimazione di "competing claims" in ordine a una questione sensibile, dunque un veicolo di approfondimento della valutazione sull'essere, o meno, un certo provvedimento discriminatorio nei confronti di qualcuno, in quanto rispondente, o meno, ad esigenze di tutela di terzi¹². Con riferimento alla giurisprudenza della Corte Suprema canadese, D. Réaume, con un saggio di qualche anno fa che ha avuto una ampia circolazione anche in Europa, ha visto nella 'dignità' la possibile precondizione per un miglioramento qualitativo delle decisioni in materia antidiscriminatoria, in quanto veicolo di una dialettica giudiziale intorno al senso e al valore assegnato alle diverse azioni e condizioni umane¹³. In questo secondo gruppo di proposte, dunque, la dignità viene considerata un parametro che può allargare e approfondire la conoscenza di un problema controverso. La dignità viene invocata anche in queste ricostruzioni per rispondere a problemi e limiti del diritto anti-discriminatorio, che però non riguardano tanto, direttamente, l'efficienza, ma la *qualità* del principio di non discriminazione come strumento di giudizio, ritenuta troppo scarsa.

2. Un'occasione per storicizzare il diritto antidiscriminatorio, risalendo alle sue matrici ingegneristiche e strumentali

Orientarsi in questo dibattito rappresenta una occasione per riflettere su alcune caratteristiche tipiche del diritto antidiscriminatorio, e compiere di quest'ultimo, in tal modo, una storicizzazione. L'affacciarsi di svolte, movimenti trasformativi, indicazioni di cambiamento è infatti sintomo di storicità dell'esperienza antidiscriminatoria, dei suoi costrutti, delle sue chiavi interpretative. Si è invitati così, per comprendere la portata dei cambiamenti in atto o auspicati, a riflettere su come il diritto an-

¹¹ O. POLLICINO, *Di che cosa parliamo quando parliamo di eguaglianza*, anche in *Forumcostituzionale*, 2005; ID., *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano 2006.

¹² R. B. SIEGEL, *Dignity and Sexuality: Claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage*, in *I-Con* (2012) Vol. 10, No 2, 455 ss.

¹³ D. RÉAUME, *Discrimination and Dignity*, 2003, in 63 *LLa L. Rev.*, 645 ss. (reperibile online su *ssrn.com*). Il saggio va menzionato per l'influenza culturale delle idee in esso espresso, più durevole della traiettoria che il canone della dignità come bene offeso dalla discriminazione ha avuto nella giurisprudenza canadese (cfr. *supra* nt. 5 e le autrici ivi citate).

tidiscriminatorio, nelle sue origini, nei suoi tratti costitutivi di fondo, sia l'espressione di una certa epoca, dei problemi che ha fronteggiato, e dei modi, in primo luogo intellettuali, attraverso i quali, a quei problemi, si è rapportata; e anche l'ambito di una circolazione sovranazionale di esperienze, tematiche, mentalità particolarmente intensa. Il modello americano del *Civil Rights Act* è l'indiscussa origine del diritto anti-discriminatorio della Ue¹⁴; nella giurisprudenza anti-discriminatoria della Corte Edu è agevole, e spesso è stato tracciato, il riscontro con la giurisprudenza americana in tema di *Equal Protection*¹⁵; pur scontando le diversità di educazione, e di modelli giuridici di riferimento, che intercorrono tra giuristi continentali – e all'interno di questi ultimi – da un lato, e giuristi americani, dall'altro lato, le analisi dottrinarie in materia antidiscriminatoria parlano un linguaggio che corre su, e continuamente forgia, componenti comuni, a partire, per citare un solo esempio, dalla definizione della discriminazione come stereotipizzazione. Una pagina che forse merita di essere indagata più di quanto non si sia fatto sinora è quella che riguarda proprio il tipo di influenze culturali che il diritto antidiscriminatorio ha recepito, e, a sua volta, espresso; quali visioni del diritto, cioè, della sua funzione sociale, del suo funzionamento, esso ha veicolato, dif-

¹⁴ Per questa incontestabile affermazione v. recentemente G. DE BÚRCA, *The Trajectories of European and American Anti-discrimination Law*, in *Am. Journ. of Comp. Law* 2/2012, 1 ss., che ne trae anche il monito secondo cui le vicende che interessano l'antidiscriminazione americana sono destinate a influenzare, prima o poi, anche quella europea. Il carattere transnazionale del dibattito concernente il diritto antidiscriminatorio è testimoniato, per citare un esempio, dalla recente iniziativa della American Association of Law Schools (AALS) di dedicare, nel 2014, il suo convegno annuale al tema "Transnational Perspectives on Equality Law" (Washington DC, 22-24 giugno 2014, in cui chi scrive ha presentato un paper da cui questo studio nasce), destinato specialmente a confrontare l'esperienza statunitense e quella europea. In un dibattito siffatto, si realizza una circolazione di idee, concetti, figure, opinioni dottrinali o pronunce giurisprudenziali qualche volta staccati dal loro contesto, e che assumono, per così dire, una vita propria (come accade agli itinerari dell'innesto del concetto 'dignità' sul tronco del diritto antidiscriminatorio, che stiamo qui ricostruendo), dando peraltro vita, proprio per questo, a convincimenti che tendono a diffondersi e consolidarsi presso almeno quegli studiosi che non di rado, nel ruolo di esperti, sono poi in qualche misura influenti sugli orientamenti di istituzioni politiche, corti giudiziarie, agenzie amministrative operanti nel campo antidiscriminatorio.

¹⁵ Questo, sotto il profilo della tendenza a riservare uno scrutinio più severo alle leggi, atti e provvedimenti che incidono nei confronti degli appartenenti ad alcune categorie, che, nel caso della Corte Edu, sono costituite principalmente dal sesso e dall'appartenenza a una minoranza religiosa, v. di recente l'analisi di G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2013, spec. 205 ss.

fuso e consolidato, e a scapito di quali altre. Volendosi avviare in una ricerca di questa natura, della quale non si potrà in queste pagine che tracciare le linee generalissime, il diritto antidiscriminatorio apparirebbe in primo luogo l'espressione di modo realistico e strumentale di considerare il diritto, un modo agli occhi del quale, cioè, il diritto è una tecnica sociale utile al conseguimento di fini, del 'bene comune'¹⁶. Questo è molto ben visibile nella esperienza europea, dove il diritto antidiscriminatorio nasce con una evidente finalità utilitaristica¹⁷. La pieghevolezza del divieto di discriminazioni a finalità strumentali inizia oggi a venire avvertita nella giurisprudenza della Corte Edu, almeno da parte di alcuni che la accusano di usarlo come un grimaldello per abbattere – o rimodellare – le identità costituzionali nazionali¹⁸. Una forte matrice realistica, e, in questo senso, utilitaristica, è ben presente anche nella esperienza americana, che sin dal suo primo e, dagli studiosi americani della materia, spesso rimpianto passo, vale a dire la sentenza *Brown vs Board of Educa-*

¹⁶ Il diritto antidiscriminatorio è cioè uno spaccato, o un esempio molto nitido, della relazione tra diritto e sociologia che ha appassionato, sul piano teorico, il Novecento (v. il quadro offerto da A. FEBBRAJO, *Introduzione* a N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica* (1974), trad. it. Bologna 1978, 7 ss.).

¹⁷ È ciò che è noto sotto il nome di 'economic aim' del diritto antidiscriminatorio europeo. Sul tema e i suoi itinerari, v. P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato*, cit., 139 ss. Come il saggio di P. Ridola testimonia, negli anni recenti si è consolidato un relativo consenso sul fatto che la Ue non perseguirebbe più, con le sue politiche antidiscriminatorie, un mero 'fine di mercato'; la stessa Corte di Giustizia ha dichiarato superato l'*economic aim* in nome di un più ampio *social aim*. Tuttavia, e a parte la consistente fetta di opinione che, come diremo subito nel testo, continua ad accusare, e in modo anzi rinnovato e molto forte, la Ue di usare le politiche anti-discriminatorie per fini di efficienza del sistema economico, anche se si potesse provare che la Ue non usa più le politiche anti-discriminatorie in vista della costruzione del mercato comune, ciò non fa venir meno il carattere utilitaristico che presiede alla loro ideazione e messa in opera, che non consiste nell'orientare le politiche dei diritti a fini economici (creazione del mercato comune) ma nel concepirle come mezzi a fini, in termini di 'utilità' che essi offrono al benessere sociale, alla coesione, allo sviluppo, o al raggiungimento degli obiettivi dei Trattati. Composto di un complesso mix di *hard law*, *soft law* e *case law*, il diritto antidiscriminatorio è stato il battistrada e l'architrave di quel metodo di governo peculiare che chiamiamo *governance* europea e che sfida certamente, tra l'altro, la distinzione tra il momento 'politico' della posizione del diritto e quello "vincolato" della sua interpretazione/attuazione (v. sulla natura del diritto antidiscriminatorio europeo v. in se vuoi S. NICCOLAI, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal Metodo Aperto di Coordinamento*, in *Pol. del Dir.* 2006, 577 ss.).

¹⁸ V. D. TEGA, *I diritti in crisi*, Milano 2012, 163, che si richiama a M. CARTABIA, di cui v. *I 'nuovi' diritti*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale* 2011 (reperibile online) e *L'ora dei diritti fondamentali in Europa*, in EAD. (cur.), *I diritti in azione*, Bologna 2007, 13 ss.

tion, ha mostrato che un giudice può cambiare il mondo quando adatta il diritto ai tempi, si affida alla prova esperta, e abbandona i vecchi strumenti della logica giuridica¹⁹. L'intensa carica progressista, sociale, che sprigiona dal *Civil Rights Act*, ne fa il paradigma dell'aspirazione realista e strumentale all'uso del diritto privato come strumento del conseguimento di fini di diritto pubblico²⁰. Con questi due archetipi alla sua origine, il diritto antidiscriminatorio è la quintessenza di una concezione strumentale del diritto, che ha animato il realismo giuridico americano e che, del resto, siccome è spesso prediletta dalle opinioni progressiste, come lo è naturalmente da parte di quelle riformiste, ha rappresentato

¹⁹ La traccia presente in *Brown* di una concezione realista del diritto, che sottolinea la necessità che il giudice, da un lato, adatti il diritto al cambiamento dei tempi e faccia uso di prove di carattere scientifico è sottolineata da M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice. A Critical Issue*, New York 1998, 85 ss.; una analisi interessante del rapporto tra *Brown* e le correnti realiste è in M.G. YUDOF, *School Desegregation, Legal Realism, Reasoned Elaboration and Social Science in the Supreme Court*, 42 *Law&Contemp. Problems* 1978, 57 ss. *Brown* si distaccò dal precedente di *Plessy vs Ferguson*, e cioè dal principio dei 'separati ma eguali' richiamandosi al dato di fatto che "i tempi sono cambiati": la Corte osservò che l'umiliazione derivante dalla segregazione si traduce in una diminuzione dell'autostima che mina le capacità scolastiche degli studenti, e concluse che tanto è divenuto intollerabile nella società attuale, in cui, a differenza che in passato, è stata ormai compresa l'importanza dell'istruzione per il successo personale e il progresso sociale. Gli effetti della segregazione sull'autostima furono provati attraverso un test psicosociale, il *Doll Test* (chiamate a scegliere tra una bambola bianca e una nera, le bambine di colore sceglievano immancabilmente la bambola bianca). La sentenza rinunciò a inquadrare il suo ragionamento nel principio logico dell'eguaglianza (trattare in modo eguale l'eguale, diverso il diverso); siccome esso era stato invece richiamato per giustificare la segregazione, il *like alike* fu condannato, dopo *Brown*, a una irrimediabile immagine di debolezza, deferenza, inefficacia per la protezione dei diritti. La sentenza fece risaltare l'idea che il giudice riesce a offrire un guadagno alla società (in questo caso, riesce ad abbattere la segregazione) in quanto rinuncia ai suoi strumenti ortodossi di ragionamento.

²⁰ Il *Civil Rights Act* si riallaccia alla stagione di intervento pubblico nella società e nei rapporti economici, legata al *New Deal*, e al realismo. A differenza dei CRA che lo avevano preceduto, quello del 1964 fu considerato legittimo dalla Corte Suprema e perciò capace di operare all'interno degli ordinamenti dei singoli stati (sulla base, come noto, della *Commerce Clause*); in tal modo, il CRA segnò anche un inveramento del precetto realista che aspira a una collaborazione del giudiziario nei confronti del legislativo. Queste componenti del realismo giuridico americano sono esaminate da M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960* (1992), trad.it. Bologna 1998, importante anche per come evidenzia che la contestazione della ortodossia giuridica americana, contestazione che ebbe il suo culmine nel realismo, se segnò il suo 'trionfo' nel *New Deal*, nacque invece nello sforzo di affermare gli interessi del nuovo *Big Business*, il capitalismo delle grandi *corporations*, contro le concezioni classiche del diritto americano ancorate a un capitalismo agrario e commerciale.

una componente impalpabile ma densa del modo di concepire il diritto, usarlo e rapportarsi ad esso nelle democrazie contemporanee.

Oggi non si fa fatica a reperire studi nei quali si rileva, criticamente, che il diritto antidiscriminatorio ha spesso operato come strumento per risolvere problemi, che determinano conflitti all'interno della società, sposando strategicamente quei temi che a un dato momento apparivano i più urgenti ma anche i più atti a essere rimodellati in modo compatibile con lo *status quo*. Si potrebbero citare, in particolare, gli studi di R. Goluboff, secondo la quale la protezione antidiscriminatoria è servita negli Usa a trasformare il problema sociale ed economico della disuguaglianza patita dai neri in un problema di stigma, di offesa morale²¹; o quelli di A. Somek, per il quale il diritto antidiscriminatorio europeo è in essenza un modo per rimodellare la società europea sui desiderata del mercato²². Spesso, e come avviene nei casi che ho appena citato, le letture che sottolineano il carattere strumentale, utilitaristico del diritto antidiscriminatorio mettono accenti negativi su di esso, come se le sue realizzazioni concrete tradissero le implicazioni originarie, e doverose, di una 'vera' – ideale – protezione antidiscriminatoria, o di una vera 'uguaglianza', che non dovrebbe trascurare le condizioni materiali e dovrebbe tener presente una immagine alta della persona umana e del suo vivere sociale, risolti invece in chiave collettivistica. Analisi di questa natura sembrano sottendere l'idea che evidenziare le implicazioni utilitaristiche del diritto antidiscriminatorio significhi denunciare che esso esprime favore per gli apparati, o per gli interessi delle istituzioni governanti, o delle forze so-

²¹ R. GOLUBOFF, *The Lost Promise of Civil Rights*, New York 2008. L'Autrice fa notare che, ancora negli anni '40 del Novecento, il problema della condizione delle persone di colore era discusso, dai giuristi, insieme a quello dei lavoratori, come un aspetto del medesimo problema, quello dello stato critico dei diritti civili negli Stati Uniti: la dottrina si riferiva ai lavoratori come 'deboli e impopolari minoranze' allo stesso modo che ai neri. Il clima di guerra fredda successivo alla guerra scongiò però agli avvocati dei diritti civili di portare la loro battaglia sul piano delle relazioni economiche ed essa venne allora dirottata sul campo della *Education*. Secondo R. Goluboff, dunque, la costruzione del diritto anti-discriminatorio è stata la risposta alle richieste di giustizia sociale avanzate dai neri, e che mettevano in questione l'assetto del mondo produttivo, avvenuta spostando il fuoco su questioni di immagine e di accettazione sociale, lasciando nell'irrelevanza il problema dell'ineguale distribuzione della ricchezza e delle risorse (cfr. in part. 220 ss.).

²² A. SOMEK, *Engineering Equality*, Oxford 2012, che sviluppa in modo radicale il tema, peraltro molto arato, del diritto antidiscriminatorio europeo come un "*market driven understanding of social policy*" che consiste nell'imporre comportamenti funzionali agli interessi del capitalismo liberista – per cui il lavoro è il massimo bene della vita – anche a minoranze che possono avere una visione molto diversa dei contenuti della '*good life*' (cfr. in part. 51 ss.).

ciali influenti e forti, e dispregio per gli interessi della persona umana. Tuttavia sarebbe sbagliato supporre che una simile corrispondenza biunivoca ricorra sempre nelle visioni utilitaristiche, come se fossero visioni 'cattive' che, nel caso del diritto antidiscriminatorio, sono intervenute a corrodere un modello che potrebbe essere molto migliore e intimamente diverso, e che cioè era nato, o era stato desiderato, senza implicazioni utilitaristiche; o come se l'utilità, che le visioni strumentali assegnano al diritto il compito di perseguire, sia sempre e solo l'utilità di chi detiene nella società una posizione di maggior forza o influenza. Se è vero, da un lato, che le concezioni utilitaristiche possono accompagnarsi a una visione sminuente della persona umana, e dei suoi diritti²³, l'essenza delle visioni scettiche e utilitaristiche del diritto non sta certamente in questo. Quelle visioni possono anche presentarsi come una contestazione del diritto vigente, delle strutture positive, delle istituzioni per come sono date, in nome di esigenze di giustizia superiori, eterne, naturali, con le quali si vuole difendere, precisamente, una alta immagine dell'uomo e dei suoi bisogni sociali o tutelare le ragioni degli oppressi. Uno dei problemi aperti dalla sentenza *Brown*, per esempio, che pure fu certamente una sentenza emblematica di un modo realistico di guardare al diritto, e cioè come a un insieme di regole e procedure che possono e debbono essere ribaltate per dare spazio a trend sociali o politici che si impongono, fu proprio quello di esser sembrata dare troppo sostegno alle idee di giustizia e di diritto naturale agitate dal movimento dei diritti civili di Martin Luther King²⁴.

²³ Resi 'vulnerabili' dall'eventualità di poter essere travolti, domani, dal venir meno del consenso sulla loro 'utilità': M. SANDEL, *Giustizia Bene Comune* (2009), trad. it. Milano 2011, 106 ss. dell'edizione americana. Forse sarebbe più rigoroso osservare che il tratto sminuente della persona umana sottinteso alle concezioni utilitaristiche è che esse, su un piano filosofico, negano la dimensione trascendente, o la sostanza etica, dell'umanità (e di conseguenza anche del diritto), etica nel senso che imprime una tensione a un di più, a un miglioramento, a un oltre, a percepire se stessi come un 'dover essere', anziché ad accettare di essere collocati nel 'piano' che la società ci assegna, sia pure, per così dire, con accudimento e nel nostro bene. È impossibile naturalmente per chi scrive riattualizzare una discussione di questa natura, in cui il diritto, ben altrimenti dal risolversi in uno strumento di pianificazione della vita sociale, risalta come alleato delle componenti spirituali, elevate della natura umana, secondo una prospettiva che era ancora così viva nella filosofia del diritto italiana degli anni '50 del Novecento, v., con la loro diversità, G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Roma 1959, e G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo* (1953), oggi ripubblicato in ID., *La vita etica*, a cura di F. MERCADANTE, Milano 2008, 527 ss.

²⁴ È M. J. HORWITZ, *The Warren Court*, cit., 133, a notare che il senso di 'moral righteousness', su cui il movimento per i diritti civili era fondato, derivava tanto da *Brown*

La compresenza di calcolo utilitaristico e aspirazioni ideali di giustizia è un tratto caratteristico del realismo giuridico americano, manifestazione eminente delle tendenze realiste e sociologiche che hanno investito la cultura giuridica novecentesca, e profonda parte delle matrici ideative del diritto antidiscriminatorio, così come del discorso dottrinale che esso alimenta. Il disvelamento, o disincanto, realista, consistette infatti, come è universalmente noto, nel denunciare i metodi tradizionali del ragionamento giuridico, l'uso dei precedenti, il ricorso all'analogia, il ragionamento per principi, condannati come credenze che permettevano ai giudici, rifugiandosi nei loro formalismi, da un lato di prendere decisioni inevitabilmente arbitrarie, soggettive, dotate di precise implicazioni e conseguenze politiche, dall'altro lato di nascondersi dietro una pretesa, o falsa, neutralità²⁵. Il giudice, e si vorrebbe dire il diritto, veniva denudato, smascherato, ma non per questo ne veniva diminuita l'importanza, la centralità, che anzi ne veniva sottolineata, quale ganglio centrale per il fallimento, o il successo, degli obiettivi di riforma che il realismo affidava al diritto. Diventava essenziale che al giudice fosse fornita 'guidance' dall'esterno, e il diritto, cui veniva negata per converso capacità di evoluzione interna, residuava come tecnica utile al perseguimento di fini socialmente utili, convenienti, opportuni, giusti. Questo comportava l'esaltazione del ruolo del legislatore, così come delle scienze sociali, dell'economia, della statistica, ritenute, dal primo realismo, capaci di garantire basi oggettive di prevedibilità alle decisioni e di misurare l'efficienza delle prestazioni del diritto. Intensamente interessato a usare il diritto come tecnica per modificare la società, il realismo fu certamente un movimento che sottendeva una concezione positivista, anzi è stato detto che con esso il positivismo giuridico raggiunse in America un grado di in-

quanto da una tradizione di *higher law* basata sulla religione. D'altro canto, proprio rinfocolando concezioni 'naturali' di giustizia, la sentenza dette anche legittimazione alle opposte rivendicazioni di coloro che affermavano che la segregazione era 'giusta' perché inscritta nei 'valori' del Sud.

²⁵ Su questi caratteri del realismo giuridico americano v. in part. M.J. HORWITZ, *La trasformazione*, cit., e G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico-giuridico nord americano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Milano, 1958, dove anche le dovute connessioni tra la svolta realista americana e le coeve tendenze europee a "dar rilievo al momento sociale nell'impostazione del pensiero giuridico" e a volere una "interpretazione agile e capace di svincolare l'opera concreta del diritto dagli schemi del passato": 6 ss.); per una recente ripresa della discussione intorno al significato e al lascito del realismo: G. MARINI, *Alessandro Giuliani: l'eredità del realismo giuridico nordamericano e l'«anxiety of influence»*, e A. VESPAZIANI, *Alessandro Giuliani interprete del benthamismo e del realismo*, in F. CERRONE, G. REPETTO (cur.), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, Milano 2012, rispettivamente 183 ss. e 291 ss.

tensità che non è mai stato eguagliato in Europa²⁶. Questo, proprio per la sfida, con cui trionfa una visione volontaristica, portata dal realismo alla consistenza sistematica del diritto, in nome della sua necessaria adattabilità, in quanto tecnica sociale, ai fini di volta in volta prevalenti. D'altro canto è stato notato che il realismo fu portatore anche di una nota risalente a certo tipo di giusnaturalismo: che si manifesta nell'ideale, in esso ben presente, di una legge superiore, l'utile – nella vastità di significati che questo termine può coprire nella mente umana, e nei concreti contesti in cui viene di fatto speso – che, divenuto misurabile, quantificabile, limiti il diritto dato, esistente, positivo, e ne condizioni la validità²⁷.

²⁶ A. GIULIANI, *Dal positivismo 'benthamiano' al realismo giuridico*, in *Il pensiero contemporaneo*, Milano 1958, 117 ss. (In Europa non viene travolta, come invece negli Usa, la tradizione sistematica degli studi giuridici: 142, e il positivismo continentale conserva, dalla filosofia hegeliana, "l'invito a ricercare i principi del diritto all'interno del diritto stesso"; perciò i giuristi continentali, pur esaurendo il diritto nella legge, non hanno abbandonato il terreno dell'esperienza giuridica, studiando il diritto da una particolare prospettiva, quella della norma, mentre il positivismo benthamiano si è allontanato sempre di più dalla prospettiva del diritto: 141).

²⁷ A. GIULIANI, *Dal positivismo*, cit. ("tutto il movimento realistico americano si è rivelato, [...] attraverso la riduzione del diritto a una scienza sociale, una nuova versione del diritto naturale, così, nonostante i pericoli insiti nel disconoscimento dell'autonomia dell'esperienza giuridica, emerge un lato positivo: la persistente fiducia nell'esistenza di un *limite* alla legislazione, sebbene i realisti lo ricerchino in una base oggettiva e scientifica": 161; con riferimento a K. N. Llewellyn: "*le credenze del diritto naturale coesistono con lo sviluppo del movimento realistico*; ad entrambi il diritto positivo appare qualcosa da modificare e da riesaminare. Il realismo allora ci ha dato una *nuova* versione del diritto naturale, che, spezzato ogni legame con l'individuo, si è risolto in una scienza politica, se non in una scienza del benessere. Ecco allora la difficoltà di annoverare questa corrente di pensiero sotto le solite etichette (positivismo, giusnaturalismo); essa, nella lotta contro il giusnaturalismo, si è servita delle stesse armi: il riferimento a una legge più elevata": 152, corsivi dell'A). In altra, e ben diversa visuale, le tendenze realistiche e sociologiche sono state accusate di coincidere col giusnaturalismo in quanto basate sul concetto 'polemico' di 'natura della cosa' nell'influente, sebbene caratteristicamente parziale, ricostruzione di N. BOBBIO, *Positivismo giuridico e giusnaturalismo*, Milano 1965, spec. 199 ss. N. Bobbio costruisce una immagine *ad hoc* del giusnaturalismo, che si impernia sulla contrapposizione tra legge naturale e legge positiva, e vede nella 'natura della cosa' lo strumento della polemica giusnaturalista contro il formalismo, ossia contro 'la dottrina che dice che il diritto valido sia quello prodotto da fonti autorizzate'. Secondo N. Bobbio, richiamarsi alla natura della cosa serve a "scavalcare il problema della fonte di qualificazione in nome dell'esigenza di far prevalere la regola (mezzo) utile rispetto a un certo fine". Attraverso il concetto di 'natura della cosa' avviene per N. Bobbio il collegamento tra giusnaturalismo e realismo, e con le letture sociologiche del diritto, dove prevale "un invito a guardare più ai fatti che alle leggi", dunque "a rendere fonte del diritto il fine di volta in volta perseguito", in armonia col ruolo che il giurista sociologo assegna a se stesso, e che si restringe "alla scoperta delle regole più convenienti in funzione di un certo

Riallacciarci alle fondamenta realiste del diritto antidiscriminatorio ci ricorda, in altri termini, che lo scetticismo verso il diritto, e precisamente: verso il diritto come insieme di istituti e principi modellatisi nel corso del tempo; verso i 'formalismi' dei giudici; verso le capacità evolutive interne e l'autonomia dell'esperienza giuridica può presentarsi associato a concezioni che si richiamano a *una* visione del diritto naturale, e, precisamente, a quella che è stata chiamata il 'Secondo' diritto naturale. Di queste ultime, d'altronde, sono state indagate le connessioni con certo positivismo statualista, che passano per la comune premessa razionalistica e volontaristica²⁸.

In particolare, la distinzione, all'interno delle dottrine che si richiamano alla 'natura della cosa' tra un Primo, o Classico, diritto naturale, e un Secondo diritto naturale, è stata studiata con profondità da autori come M. Villey e A. Giuliani. È una distinzione di notevole importanza anche per comprendere il diritto antidiscriminatorio, le sue matrici, l'attuale dibattito che lo riguarda. A differenza del Secondo, il diritto naturale classico è l'espressione di una concezione controversiale, dialettica ed evolutiva del diritto. Il suo ideale è l'*equilibrio* tra giurisdizione e legislazione, certo non la contestazione della legge in nome di una giustizia superiore; il suo fondamento risiede nell'affermazione del carattere autonomo dell'esperienza giuridica rispetto alla politica e alle altre scienze sociali. Lo spartiacque che intercorre tra queste concezioni, da un lato, e quelle del Secondo diritto naturale e del positivismo imperativista, dall'altro lato, è dunque che per le prime il diritto ha un fine in sé, la ricerca della giustizia, mentre per le seconde esso serve a realizzare fini ad esso esterni, tra i quali può peraltro ben può numerare una idea di giustizia composta da un dover essere ideale che richiede attuazione²⁹. Alla base

fine da raggiungere". N. Bobbio, in altri termini, contrasta il realismo come espressione di una visione giusnaturalistica, polemica e anti-formalista, che si avvale della dottrina della 'natura della cosa' con l'effetto della "riduzione del diritto a una scienza empirica, del decadere dalla dogmatica alla sociologia, della confusione tra verifica empirica e principio di autorità, della sostituzione della legge con la coscienza sociale". In continuità con questa lettura v. oggi L. PATRUNO, *L'oscuro fondamento del diritto di natura*, in *Dir. Pubbl.* 1/2011, 169 ss.

²⁸ Si tratta dell'architrave ricostruttiva dell'opera di M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno* (1975), trad. it. Milano 1985, condivisa e approfondita da A. GIULIANI, in molti momenti della sua opera e in particolare in *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano 1957.

²⁹ Segnali che il primo diritto naturale, e l'idea che esso racchiude (cioè che il diritto sia una forma di ragione controversiale, dialettica, equitativa, di centrale importanza sociale ma non pieghevole a finalità strategiche, calcolanti) è il vero obiettivo polemico della svolta realistica, che invece convive con le basi razionalistiche e le possibili implicazioni

delle dottrine del Primo diritto naturale non vi è l'idea che verità o esigenze eterne, razionali, naturali, in ogni caso razionalmente delucidabili, guidino il diritto; ma vi è invece una nozione dinamica di 'natura della cosa', che mette al centro delle finalità del diritto l'equità, misura perpetualmente da cercare, mai dato prestabilito da applicare, mai valutazione 'libera' ma complesso risultato dell'apprezzamento di una serie di elementi, tra i quali le leggi scritte e la loro interpretazione, ausilio e appoggio nella ricerca del giusto, e di una tecnica, che è una forma della ragione: "il giudice non ha mai potuto fare a meno di agire per aggiustare e adattare fra loro casi somiglianti e dissimili, eguagliando e riducendo a unità attraverso un procedimento tipico delle scienze 'umane': l'equità, ossia l'applicazione della legge al caso singolo"³⁰. M. Villey, in quello che vorrei chiamare il suo 'aristotelismo militante', ha sottolineato le capacità evolutive, di trasformazione, inerenti al '*suum cuique*'³¹, principio classico che fonda il nesso tra eguaglianza giustizia³². Le tesi che valorizzano il Primo diritto naturale si sono associate a un recupero della logica controversiale e dialettica³³ nel quadro – ciò che le differenzia tanto dal

riformistiche e contestative del 'Secondo' diritto naturale, si troverebbero sicuramente sul versante sociologico. N. Luhmann, in particolare, indubbiamente raccolse il disincanto realista verso il diritto, la riduzione del diritto a decisione, e, temendo d'altronde gli "eccessi di differenziazione" a cui il ragionamento equitativo può condurre, ne decretò la inservibilità in una concezione sistemica dell'ordine sociale (cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965), trad.it. Bari 2002, 253 ss.).

³⁰ A. GIULIANI, *Contributi a una nuova teoria pura del diritto*, Milano 1954, 196, in un passo che v. discusso da F. CERRONE, *Appunti intorno ad interpretazione e principi (con particolare riferimento alle fonti del diritto) nel pensiero di Alessandro Giuliani*, in F. CERRONE, G. REPETTO (cur.), *Alessandro Giuliani*, cit., 617 ss., 631. Si tratta, come quest'ultimo autore fa notare, di una "equità che vive in simbiosi coi principi, nel senso delle *regulae juris* ed è in rapporto dialettico col diritto scritto così come con le peculiarità dei casi controversi" (ivi, 655).

³¹ "Cercare incessantemente e in ogni caso concreto la giusta parte che spetta a ciascuno, e non proteggere pretesi diritti soggettivi, sottratti a ogni discussione, su cui si fonderebbero automaticamente proprietà e crediti, questo è il compito dei giureconsulti. Il diritto così inteso ha un contenuto suo proprio e non si confonde con la morale corrente": M. VILLEY, *La formazione*, cit., 406. Nella dottrina italiana recente, queste virtù del '*suum cuique*' sono state rilanciate da R. MANFRELLOTTI in una analisi critica e propositiva delle funzioni della giustizia costituzionale (*Giustizia della funzione normativa e sindacato di costituzionalità*, Napoli 2008).

³² Su questo punto resta impareggiata, per nitore, la lezione di G. DEL VECCHIO, *La Giustizia*, (pur così lontana, specie nella lettura di Aristotele, da M. Villey e A. Giuliani), che collega il "precetto della giustizia", ossia il *suum cuique*, all'eguaglianza come proporzione (84-85 e altri luoghi).

³³ È su questo il contributo specifico di A. Giuliani, messo particolarmente in luce da F. CERRONE, *Appunti*, cit., 620 ss., che parla di "ragione argomentativa".

fronte delle teorie dell'argomentazione, quanto da certi percorsi che il realismo scettico ha costruito, e che puntano strategicamente sulla componente dialogica e deliberativa del processo interpretativo³⁴ – di una comprensione del diritto come esperienza, che ne sottolinea l'autonomia, la socialità, il carattere di impresa collettiva e spontanea, e l'essere una forma di conoscenza.

3. *Conseguenze dell'orientamento scettico che presiede al diritto antidiscriminatorio e al dibattito che lo accompagna*

Ciò che accomuna le visioni utilitaristiche non va dunque ricercato tanto nel 'fine' che esse pongono al diritto (e in vista del quale aspirano che esso sia usato, o serva). Le visioni utilitaristiche del diritto non sono, infatti, solamente quelle che vogliono piegarlo a certi interessi, economici, sociali, politici, pregevoli solo dal punto di vista di chi governa o ha il potere, ma anche quelle che vogliono utilizzarlo per piegarlo a obiettivi di emancipazione, trasformazione sociale, in nome dei deboli, degli oppressi, degli esclusi. Ciò che le accomuna, è, allora, in primo luogo, lo spirito con cui guardano al diritto, e cioè con scetticismo, e, in secondo luogo, l'idea che, della sua funzione sociale, esse coltivano e promuovono.

Quanto al primo aspetto, una visione strumentale del diritto, 'calcolante' o 'idealistica' che sia, esprime certamente la convinzione che, lasciato, per così dire, a se stesso, ai suoi soli meccanismi di funziona-

³⁴ Rispetto alle teorie dell'argomentazione, la logica controversiale e dialettica che dagli studi di A. Giuliani in particolare emerge come logica del giurista, si differenzia per il dato di partenza rappresentato dal "riconoscimento della presenza del valore nel diritto". Ne viene una diversa intensità della preoccupazione, centrale invece nelle teorie dell'argomentazione, circa la 'verificabilità' della correttezza del ragionamento. Inoltre, e soprattutto, A. Giuliani parte dal presupposto che il diritto sia esperienza autonoma che procede sulla base di principi di essa costitutivi, e che non hanno carattere puramente logico, ma anche etico: su questo v. in part. F. CERRONE, *Alessandro Giuliani*, cit. alla nota prec., 630 ss. (parlando di "principi costitutivi del diritto come costanti dell'azione umana": 634), dove anche l'espressione riportata tra virgolette poche righe sopra in questa nota. Sullo stesso crinale passa anche la distinzione tra le tesi che riscoprono la logica controversiale e dialettica e le tendenze del realismo che rivalutano la "decisione giudiziaria come strumento per la ricostituzione dei legami comunitari": così G. MARINI, *Alessandro Giuliani*, cit., 226, riguardo all'approccio 'jurisgenerative' di F.I. MICHELMANN (cfr. *The Law's Republic*, 97 Yale L.J. 1988, 1493 ss.), che v. discusso anche da C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione*, cit., spec. 46 ss. Queste tendenze, con le quali, come scrive C. Pinelli, si ragiona in termini di 'prestazioni democratiche' assolute dalle Corti, mantengono con ciò stesso la prospettiva strumentale che nega autonomia alla esperienza giuridica rispetto alle esigenze di governo della società.

mento, come la derivazione dai principi generali o il ricorso all'analogia, il diritto (inteso in particolare come complesso di itinerari interpretativi, di argomentazioni e forme logiche) potrebbe non tutelare abbastanza, o non abbastanza bene, o presto, o opportunamente, i fini di volta in volta prediletti. Perciò le visioni strumentali sono scettiche, scettiche nel diritto come un modo di usare la ragione, e circa le sue capacità di evoluzione interna. Tanto più si guarda al diritto come uno strumento che è molto importante controllare e dirigere, tanto più si diffida di esso come modo di usare la ragione, come forma di conoscenza e come sapere che ha una propria consistenza. In forza di queste ultime caratteristiche, infatti, il diritto rischia di risultare, quanto meno, un "conduttore di decisionalità"³⁵ troppo inefficiente per il fine utilitaristico di volta in volta individuato, sicché è proprio delle visioni strumentali denigrarle. Ritroviamo queste premesse nitidamente riflesse in una delle più caratteristiche narrative che accompagnano la vicenda dell'antidiscriminazione, quella che contrappone le prestazioni di certezza, efficacia e prevedibilità del divieto di discriminazioni, che assicura 'veri' diritti alle persone e sicuro progresso alla società, al carattere 'vuoto e generico' del vecchio principio logico aristotelico per cui occorre trattare in modo eguale l'eguale e diverso il diverso. Quest'ultimo, traducendosi in un 'mero' controllo di 'ragionevolezza', rende indeterminate le decisioni giudiziali, ne provoca una eccessiva deferenza verso il legislatore e ne fa lo specchio degli umori più conservatori e attardati della società³⁶.

Dal punto di vista della funzione che assegnano al diritto (quale insieme di interventi normativi, decisioni giudiziarie, azioni amministrative e come assetto istituzionale e organizzativo), le visioni utilitaristiche ten-

³⁵ Riprendo questa espressione da L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari 2001, 77.

³⁶ B. DE WITTE, *From a 'Common Principle of Equality' to "European Anti-Discrimination Law"*, in *Am. Behavioral Scientist* 2010, 1715 ss., sintesi di una sterminata serie di punti di vista che insistono sul carattere 'vuoto' dell'eguaglianza, e, pertanto, sul bisogno che essa sia riempita di contenuti e di forza precettiva mediante il diritto antidiscriminatorio. B. De Witte, ad esempio dei difetti della ragionevolezza, richiama, non senza ridicolizzarle, le due famose sentenze della Corte costituzionale italiana sull'adulterio (Corte cost. n. 64/1961 e n. 126/1968). Va da sé che per molti studiosi italiani si tratterebbe della confusione tra un 'diritto all'uguaglianza' che l'art. 3 Cost. non fonda in quanto "concettualmente inadeguato e privo della necessaria autonomia per attribuire situazioni giuridiche soggettive ai privati" e un 'diritto al pari trattamento' con riguardo a dati beni: cfr. per questa posizione A. PACE, da ultimo in *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. del Dir.* 2/2011, 155 ss., 156-157, con rinvio a L. Paladin e ampi ragguagli sul dibattito; per la tesi opposta v. A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1976, spec. 72 ss.

dono a concepirlo come uno strumento di allocazione e redistribuzione di rapporti di forza e di potere; esse recano in sé l'enfaticizzazione dell'importanza di controllare, indirizzare e porre il diritto, se si vuole influire su quei rapporti. Il potere, la *voluntas*, è al centro delle letture utilitaristiche del diritto sotto molti aspetti, per esempio nel modo competitivo in cui esse impostano il rapporto tra legislazione e giurisdizione, incenstrandolo sul problema di quale dei due poteri prevale sull'altro, ha il ruolo di guida, di decisione, di orientamento. In termini di potere possono essere lette le prestazioni del diritto per gli individui, cui il diritto è utile quando assicura uno spazio di utilità, costituito dai diritti³⁷. La predilezione degli studiosi verso il divieto di discriminazioni perché, a differenza del principio di eguaglianza, è in grado di assicurare ai singoli 'veri e propri' diritti di eguaglianza rimanda a queste premesse.

Ritroviamo la corrispondenza che nelle letture utilitaristiche tende a stabilirsi tra diritto e potere al fondamento delle dottrine più diffuse nel campo del diritto antidiscriminatorio, e che sono dottrine critiche, interessate in particolare a sovvertire lo stato attuale delle cose in nome di interessi diversi. Molti studiosi e studiose del diritto antidiscriminatorio ne rilevano limiti gravi quando considerato come strumento per assicurare una mera parità, o *sameness*, tra le minoranze e la maggioranza. Tuttavia essi utilizzano lo schema antidiscriminatorio come cornice per far valere istanze di contestazione dello status quo, e precisamente dell'attuale distribuzione del potere sociale, come è accaduto, in modo emblematico, per la fortunata dottrina che ha rivendicato la possibilità di leggere nel diritto antidiscriminatorio una logica anti-subordinazione³⁸. Tipicamen-

³⁷ M. VILLEY, *La formazione*, cit., 605.

³⁸ La tesi fu formulata negli Stati Uniti da O. M. FISS con uno storico scritto del 1976, *Groups and the Equal Protection Clause*, in *Philosophy and Public Affairs*, oggi facilmente reperibile sulla rete. La tesi, secondo C. KUTZ, *Groups, Equality, and the Promise of Democratic Politics*, in *Issues in Legal Scholarship: The Origins and Fate of Antisubordination Theory*, 2003 (reperibile su *ssrn.com*) fu scritta "for a judicial as well as an academic audience that (for the most part) happily envisioned itself in the role of sociale engineers, redressing centuries of white supremacy systematically, across every social dimension". Secondo quest'ultimo autore, la tesi anti-subordinazione non è più consonante con le concezioni individualistiche che si sono successivamente diffuse nelle società contemporanee, specialmente in quella americana, e delle quali danno atto anche le posizioni dottrinali con cui ci stiamo confrontando in questo scritto, concezioni che revisionano e contestano i presupposti, fondati sulla dimensione di gruppo, dell'antidiscriminazione classica. La tesi peraltro continua ad alimentare numerose interpretazioni, specialmente femministe, cfr. in particolare, da ultimo, J. Clarke, *Beyond Equality? Against the Universal Turn in Workplace Protections*, in *Indiana Law Journal* 2011, 1219 ss., che la spende contro la posizione universalistica e dignitaria di K. Yoshino. La tesi anti-subordinazione è stata ripresa in Ita-

te, i concetti di cui queste dottrine si avvalgono, come quello di genere, che hanno una matrice sociologica, sono polemici davanti agli strumenti tradizionali di valutazione giuridica, quasi esigendo che questi ultimi facciano posto alla loro, tutta specifica e intensissima, portata valutativa³⁹. Quando si richiama l'attenzione su come il genere sia un costrutto sociale – o anche un abito che le identità possono assumere cangevolmente⁴⁰ – una irrimediabile diffidenza viene introdotta nei confronti della possibilità che per valutare la legittimità del trattamento diverso, o eguale, di due condizioni (degli uomini e delle donne, di eterosessuali e omosessuali, ecc.), si possa guardare alla storia, alla tradizione o al costume, punti di riferimento di una valutazione equitativa, che, quando intesa al modo classico, è 'realista' nel senso che guarda alle istituzioni umane e storiche, al mondo sociale dell'uomo, come a indicatori autorevoli nella ricerca del giusto⁴¹. Agli occhi delle teorie *gender*, invece, il diritto vigente, in quanto costruzione sociale, è quasi per forza creatore di stereotipi⁴². Pur diffidenti, dunque, verso i canoni tradizionali del ragionamento giuridico, e verso il diritto come tale, queste dottrine sono molto interessate al diritto come modo per convogliare sulla società i concetti di bene e di giusto di cui sono portatrici: ciò che non serve a ricercare, problematizzandolo, ciò che è giusto, è essenziale per imporre alla società una certa idea di giustizia. L'attrazione-repulsione che gli studiosi critici hanno verso il diritto (del quale diffidano, come strumento del potere, per dir così, 'costituito', ma che pregiano come strumento che ha la forza di sovvertire i rapporti di potere esistenti⁴³ in vista della creazione di

lia con un interessante impegno di riconduzione di essa alle interpretazioni dell'art. 3 Cost. da B. PEZZINI, *L'eguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, vol. III, Napoli 2009, 1141 ss.

³⁹ È una portata valutativa che consiste, come si viene dicendo nel testo, nel considerare che le tradizioni e gli usi sociali racchiudono dannosi (discriminatori) 'stereotipi' che si oppongono allo sviluppo della libertà individuale, indirizzandola verso 'ruoli di genere' già istituiti. Per queste e altre notazioni intorno al concetto di genere v. L. PALAZZANI, *Sex/Gender. Gli equivoci dell'eguaglianza*, Torino 2012, spec. 59 ss.

⁴⁰ L. PALAZZANI, *Sex/Gender*, cit., 129 ss., 83.

⁴¹ Richiama l'attenzione su questo F. VIOLA, *Come la natura diventa norma*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2011 p. 148 ss., spec. 158 ss.

⁴² Così, del resto, e cioè come discriminatorie perché stereotipizzanti, ha inteso le legislazioni protettive per le donne la Corte di Giustizia della Ue, v. su questo, se vuoi, S. NICCOLAI, *Changing Images of Normal and Worthy Life*, in S. NICCOLAI, I. RUGGIU, *Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti-Discrimination Law*, Fiesole 2010, 35 ss.

⁴³ L. PALAZZANI, *Sex/Gender*, cit., 130 ss.

nuovi), non è che una manifestazione del potente ideale di fondo cui attinge il diritto antidiscriminatorio, e che ben si accorda con le visioni utilitariste: l'eguaglianza come principio anticaste⁴⁴, come strumento per abbattere un ordine e crearne un altro; una dimensione dell'eguaglianza che ha esercitato fascino sugli emarginati e gli esclusi, così come ha offerto un impareggiabile strumento di legittimazione per i Sovrani.

4. *Gli aspetti della svolta universalistica e dignitaria che si pongono in continuità con le matrici strumentali della protezione antidiscriminatoria*

Indagando la traiettoria del diritto antidiscriminatorio sentiremmo dunque sprigionarsi una componente realistica e strumentale, approfondita dal prevalente dibattito dottrinario, di carattere 'critico', che lo accompagna. Questa componente, che ha al centro la convinzione che il diritto sia questione di potere, non di ragione, punta naturalmente a ridurre l'ambito della valutazione giuridica, a sottovalutarne l'importanza, a darne per scontato il carattere insincero, arbitrario e irrazionale; e prende a bersaglio soprattutto la discrezionalità del giudice, di cui diffida, pur assegnando al giudiziario un ruolo centrale, in quanto ganglio determinante ai fini di assicurare effettività ai fini perseguiti. Attraverso queste visuali l'antidiscriminazione prende le forme e la sostanza di una politica riformistica, altamente impegnata nel rimodellamento degli abiti sociali e dei costumi⁴⁵. Se si accettano queste premesse, è abbastanza fa-

⁴⁴ Che è un mito molto caro ai costituzionalisti progressisti americani, v. C. SUNSTEIN, *A cosa servono le costituzioni*, trad. it. Bologna 2009, in particolare 216-216, dove è posta l'equivalenza tra uguaglianza e principio-anticaste e rivendicata l'appartenenza di quest'ultima "principalmente alle cariche amministrative e esecutive e solo secondariamente alle Corti", delle quali sono tradizionalmente temuti, dagli studiosi americani, gli atteggiamenti conservatori.

⁴⁵ Il caso dell'esperienza antidiscriminatoria della Ue è sotto questo profilo esemplare. Le direttive antidiscriminatorie di genere, per fermarci in queste righe solo su di esse, sono state composte intorno a un imperativo di parità; l'intensa attività di promozione e realizzazione di 'piani e programmi d'azione' per la loro implementazione si è caratteristicamente orientata alla lotta contro gli 'stereotipi', che indirizzano le donne verso determinate carriere anziché altre. Dal canto suo la Corte di giustizia ha condannato le legislazioni protettive a favore delle donne come discriminatorie perché stereotipizzanti. Nel suo insieme, dunque, il diritto antidiscriminatorio della Ue potrebbe essere letto come un grande e coeso messaggio indirizzato a ricostruire il modo in cui donne e uomini pensano il proprio ruolo sociale, rispetto a quello che veniva favorito dagli Stati nazionali, e per modellare i comportamenti individuali verso standard più conformi agli obiettivi

cile riconoscere, dicevamo, in alcune componenti della tesi della svolta dignitaria e universalistica l'operare di concezioni, e in particolare di una visione del diritto, che permangono immodificate, rispetto sia alle matrici culturali del diritto antidiscriminatorio, sia agli atteggiamenti della discussione che, nel tempo, lo ha accompagnato: sono le visioni proprie delle concezioni strumentali, realistiche e scettiche. Certamente, esse vengono adattate a circostanze nuove. Queste sono, da un lato, e in particolare nella lettura di K. Yoshino, le conseguenze della ormai radicata, scontata quasi, sfiducia nella politica: se la politica non è più credibile come ambito che sviluppa un progetto per la società, resta la teorizzazione dottrinale ad assumere in modo più centrale che mai il ruolo di indicare alla giurisprudenza le linee intorno a cui svolgere le sue ponderazioni. Sentiamo qui cadere il mito michelmaniano, forte nel progressismo americano, della collaborazione tra il giudiziario e altri poteri⁴⁶, ma rimanere fermo il precetto realista per cui alla giurisdizione deve essere offerta *guidance* dall'esterno, affinché possa esprimere quelle evoluzioni che da se stessa non può, e non deve, trarre. Dall'altro lato, a spingere a una revisione del paradigma antidiscriminatorio classico sono le peculiari

dell'integrazione (che puntano sull'accesso al mercato del lavoro come chiave per la soluzione di quelle problematiche di marginalità, vulnerabilità e bisogno cui si dovrebbe altrimenti rispondere con la spesa pubblica), sulla base di una visione 'positiva', 'inclusiva' del mercato. Su tutto ciò v. se vuoi, anche per riferimenti, S. NICCOLAI, *Changing Images*, cit. *supra* a nt. 42.

⁴⁶ Una tesi, si noti, che non suppone l'equilibrio tra legislazione e giurisdizione, ma assegna alla prima il ruolo di guidare la seconda ("If constitutive commitments come first, there is some chance that constitutional law will follow": scrive F. I. MICHELMAN, *Economic Power and the Constitution*, in *The Constitution in 2020*, cit. *supra* a nt. 3). Per la sua nota di disillusione, forse persino di cinismo, nei confronti della politica, la tesi di K. Yoshino si differenzia dalle posizioni della dottrina progressista americana le cui oscillazioni hanno fatto registrare, nel periodo recente, una rivalutazione dell'opera del legislatore nella protezione dei diritti fondamentali (sul punto, ben testimoniato negli scritti raccolti in *The Constitution*, appena citato, v. C. PINELLI, *Interpretazione costituzionale e deliberazione politica nel recente dibattito angloamericano*, in *Dir. Pubbl.* 3/2012, 105 ss., e M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il 'Political' e il 'Popular' Constitutionalism*, in *Quad. Cost.* 2010, 733 ss.). Il problema non è più, con la riflessione di K. Yoshino, quello in qualche modo classico nel dibattito americano, di istituire le condizioni affinché le corti, e la Corte Suprema in particolare, non contrastino un legislatore che può essere progressista: all'idea che la politica possa coltivare un disegno razionale della società questo autore infatti rinuncia. Nella tesi di K. Yoshino sembrerebbe perciò, semmai, di poter sentire risuonare qualcosa delle teorie della 'depoliticizzazione' delle democrazie (P. PETTIT, *Depoliticizing Democracy*, in *Ratio Juris*, 1/2004, p. 52 ss., nella volgarizzazione di N. BERGGRUEN, N. GARDELS, *Intelligent Governance for the 21st Century*, Cambridge UK 2013).

esigenze, la 'taglia', di questioni nuove, come i diritti degli omosessuali, che stanno male nel vestito vecchio. In perfetta continuità con le premesse strumentali con cui si può guardare al diritto antidiscriminatorio, K. Yoshino pensa che cambiando i fini (scadendo l'opportunità e la doverosità di tutelare le minoranze storiche, innalzandosi quella di rispondere ai bisogni di nuove minoranze), occorre cambiare anche la tecnica, cioè lo strumentario che il diritto deve predisporre per conseguirli⁴⁷. Continuità con lo scetticismo verso il diritto che presiede alle visioni strumentali si rinviene anche in quella che, apparentemente, è la più grande novità legata alla tesi dell'*Universal Turn*, e cioè l'abbandono della *ratio* retributiva, che inerisce costitutivamente al diritto antidiscriminatorio⁴⁸, sostituita con una grande riespansione della giustizia distributiva, in un'ottica che, nella formula aristotelica, attinge ben più all'idea della distribuzione degli onori, che a quella di distribuzione dei beni. La nuova antidiscriminazione, che punta sulla dignità, non aspira a distribuire 'beni' ma, appunto, 'onori', aspira cioè a ripartire quelle condizioni, quegli status, che assicurano riconoscimento sociale del valore di scelte e azioni, quale è il caso esemplare del matrimonio. Se questa è una direzione che spiega, e ne troveremo altre, l'interesse di queste tesi nei confronti del concetto di 'dignità' – che richiama appunto, anche, la partecipazione onorata alla vita sociale – essa non rappresenta, però, uno scarto significativo rispetto a una storia del diritto antidiscriminatorio che già è stata letta come la storia in cui a conflitti che nascevano da una ingiusta distribuzione dei beni si è risposto dirottando il problema, tra-

⁴⁷ Nel campo del diritto del lavoro si sta vedendo molto bene che la riduzione del diritto a tecnica, che è implicita nelle considerazioni strumentali, implica la fungibilità del diritto con altre tecniche, cui può dover lasciare il passo quando il suo rendimento non risulta adeguato alle esigenze che via via si affermano. Nel modo contemporaneo di lavorare, basato sui team e la collaborazione, e collocato in enormi strutture, la dinamica datore/lavoratore, su cui è imperniato il CRA, coi suoi rimedi giurisdizionalistici, appare vecchia; la tendenza è a tradurre la protezione antidiscriminatoria in un piano di funzionamento dell'azienda, orientato a massimizzare la performance degli addetti diminuendo quelle tensioni e quei conflitti che potrebbero influire negativamente su di essa. La non discriminazione diventa benessere aziendale, uno strumento di efficienza organizzativo, realizzabile con tecniche aziendalistiche di gestione del personale (cfr. su questo percorso, che ha precise corrispondenze anche in Europa, S.R. BAGENSTOS, *The Structural Turn and the Limits of Anti-Discrimination Law*, in *California Law Rev.* 2006, reperibile su *ssrn.com.*).

⁴⁸ Che si giustifica come retribuzione a una minoranza o gruppo sociale per un torto subito nel passato e che si traduce in uno svantaggio nel presente (v. anche L. SITZIA, *Pari dignità*, cit., 18), ponendo così il problema della adeguatezza, proporzione, tra il torto, o danno, e la sua riparazione.

mite appunto la non discriminazione, sul versante dello ‘status’⁴⁹. E non lo è nemmeno rispetto alle aspirazioni che tipicamente accompagnano le concezioni asimmetriche dell’ordine sociale, cui si legano le visioni strumentali del diritto: le quali inseguono il sogno di una società “senza conflitti e senza giudici”⁵⁰, perché rette dall’utopia della ‘giustizia perfetta’⁵¹. I problemi di tipo retributivo, implicando l’apprezzamento del torto che taluno ha subito, e della misura della compensazione di esso, sono più compromessi dalla portata opinabile di elementi non oggettivi come la storia e le circostanze; e sono, perciò, più refrattari di quelli distributivi ad essere costruiti come se la risposta ad essi potesse essere individuata in modo certo sulla base di pure, oggettive e generalizzabili operazioni razionali. Anziché costruire i conflitti posti dalla rivendicazione di diritti delle minoranze secondo una linea offerta dalla ragione giuridica, e cioè come questioni che pongono il problema della giusta riparazione⁵², la tesi di K. Yoshino, e non è il suo né il primo né un isolato caso, tende a cercare la soluzione nelle premesse maggiori offerte da un ideale di democrazia, beninteso cangiante, ma di volta in volta assunto come eterno, che indica il quantum disponibile di libertà e diritti, e definisce a priori, ciò

⁴⁹ R. GOLUBOFF, *The Lost Promise*, cit., 245 ss., la cui cifra interpretativa è che, a partire dal primo momento, e cioè dal momento in cui la sentenza *Brown* accettò la ‘ferita stigmatica’ come contenuto della discriminazione, la protezione anti-discriminatoria ha rimosso le componenti materiali della disegualianza e assunto come oggetto questioni che sono interessanti per i soli strati alti di una minoranza, che in realtà vogliono mantenere la struttura verticale della società, e si preoccupano soltanto di avere ingresso a loro volta nelle posizioni che di quella struttura sono espressive (“Dopo *Brown* il cuore delle azioni antidiscriminatorie furono le classi medie nere, come i dentisti, che cercavano nel superamento della segregazione una questione di status, di immagine sociale”: 261).

⁵⁰ A. GIULIANI, *Il problema della comunità nella filosofia del diritto*, in G. DALLE FRATTE (cur.), *La comunità tra cultura e scienza: I, Il concetto di comunità nelle scienze umane*, Roma 1993, 83 ss.

⁵¹ Prendo l’immagine della ‘giustizia perfetta’ da Ad. GIULIANI, *Aprire le porte del diritto. Brevi riflessioni sul lascito intellettuale di Alessandro Giuliani*, in F. CERRONE, G. REPETTO, *Alessandro Giuliani*, cit., 163 ss., 176, che la fa coincidere con la credenza nell’“efficacia di criteri distributivi che prefigurano criteri e valori precostituiti sulla base di una idea astratta di individuo”.

⁵² E dunque il problema di evitare l’abuso della riparazione, “che è nella sostanza abuso del diritto”: A. GIULIANI, *La giustizia come reciprocità (a proposito della controversia aristotelico-pitagorica)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1970, 722 ss., 741.

Sembra sensibile a questa prospettiva l’opinione di chi pensa che “questioni di interesse individuale, domande di protezione e richieste di giustizia” sottese alle domande di protezione antidiscriminatoria, potrebbero in numerosi casi essere ricostruite “in termini di riparazione del danno, o di giusto conforto” (così M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali*, cit., 58).

che è tollerabile, e se si vuole – questo termine ricomparirà presto nella nostra riflessione – ragionevole.

Si può dunque dire che, in versioni come quella che ci offre K. Yoshino, la svolta universalistica e dignitaria tende a sostituire un modello interpretativo preformattato, quale l'antidiscriminazione ha voluto essere, della complessità sociale, delle ragioni e del senso dei conflitti tra interessi e visioni del mondo, con un altro, diverso e analogo. Analogo soprattutto nella premessa di fondo, quella di presupporre che, quando decide, il giudice sia un 'ponderatore di interessi sociali', che deve tener presente l'inserimento delle sue decisioni in un disegno complessivo della società e dei fini cui la società va indirizzata. Ciò che cambia, è che, mentre nell'antidiscriminazione classica il criterio per assegnare tutela e riconoscimento era il dato dell'essere una minoranza vittima di uno svantaggio storico, nella nuova *Equal Protection* il criterio diventa l'appartenere della pretesa, che una minoranza avanza, a un ideale *minimum standard* della vita dignitosa, il cui termine di paragone è, peraltro, ciò che è già considerato normale e dignitoso. Che la svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio abbia molto in comune con le giustificazioni utilitaristiche della 'vecchia' antidiscriminazione par confermato dall'insistenza che autori come R. Allen e G. Moon hanno posto su un 'diritto alla dignità', analogo al 'diritto alla parità di trattamento'. Sostituendosi alla 'vecchia' protezione anti-discriminatoria la dignità viene chiamata a garantire la medesima funzione che alla prima è stata assegnata, quella di evitare il ricorso al 'vuoto e vago' *like alike* e garantire ai singoli, in cambio della soddisfazione delle mutevoli ma preminenti esigenze di governo della società, una utilità rappresentabile nei termini, rassicuranti, di un diritto. Il fatto che, con la proposta della 'dignità', i problemi della valutazione vengano non solo non risolti, ma semplicemente e direttamente ignorati⁵³, è, da Platone in poi, la naturale conseguenza della predilezione per una visione della giustizia come aspirazione a una universale armonia, che per forza di cose sottovaluta gli elementi specifici del diritto, e le forme della ragione che essi richiedono, refrattari all'astrattezza e alla universalizzazione⁵⁴.

⁵³ Evocare la componente di 'libertà' che abita nel concetto di dignità, non fa che aprire a tutti i problemi di bilanciamento con cui ogni libertà si annoda (come osserva P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo*, cit., 118).

⁵⁴ G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, cit., 21 ss.

5. *In particolare: la riproposizione della limitata capacità della protezione antidiscriminatoria di trasformare i valori della convivenza*

Vi è dunque la possibilità di individuare connessioni tra le tendenze, che stiamo ora considerando, della svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio e le matrici scettiche e utilitaristiche dell'antidiscriminazione tradizionale. Ne derivano alcune conseguenze circa il credito da accordare alle tesi, diffuse anche nel nostro dibattito, secondo le quali l'emergere di questioni di tono nuovo, come quelle inerenti i diritti delle persone omosessuali, metterebbe in discussione, migliorandolo, il canone antidiscriminatorio, e rappresenterebbe un cospicuo cambiamento qualitativo al suo interno⁵⁵. Quelle questioni, si dice, implicando una 'rinominazione' di istituti tradizionali della convivenza, come il matrimonio (non più da pensarsi legato alla procreazione, ma da pensarsi invece fondato sul '*mutual committment*', ciò che lo 'apre' alle persone omosessuali), favoriscono una evoluzione dei valori civili, e, superando il paradigma binario tipico della protezione antidiscriminatoria (donne/uomini; bianchi/neri), lo liberano dai limiti del suo ragionare comparativo, che fa della idea di normalità e di valore già istituita nella società, e detenuta dal termine di paragone (gli uomini rispetto alle donne, i bianchi rispetto ai neri), la misura delle possibilità di riconoscimento delle minoranze. In tal modo il diritto antidiscriminatorio riuscirebbe finalmente a valorizzare le differenze, anziché ridurle a un ordine già istituito.

Sembra invece possibile dire che le nuove tesi universalistiche e dignitarie si limitano a riadattare le premesse su cui sono costruite le 'vecchie' tesi che, di volta in volta, hanno cercato di ottenere il successo delle rivendicazioni di questa o quella minoranza, o soggettività.

La tecnica di cui le tesi universalistiche e dignitarie si avvalgono è infatti quella, antica, per cui onde trovare la lettura vincente della causa di cui ci si mette a servizio, il giurista deve ricercare la formulazione in grado di raggiungere il più ampio grado possibile di consenso, attenuandone le componenti 'divisive', temute perché, in quanto generano discussione, indeboliscono il consenso, chiave invece della vittoria. Non da oggi, una tale formulazione è spesso individuata in quella che raggiunge il massimo grado di generalizzazione⁵⁶. Il giurista assume una prospettiva

⁵⁵ È molto ricca e significativa al riguardo l'analisi di M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. Cost.* 2009, 871 ss.

⁵⁶ Per la tecnica di rubricare le questioni costituzionali sotto il riferimento di principio che le rende il meno possibile divisive occorre risalire a H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Rev.* 1959, 1 ss.

teleologica, si veste da scienziato sociale, preoccupato di assicurare all'intera società ciò di cui ha bisogno, e si colloca nella posizione, legittimante, dell'attore del progresso. Una volta operata la riformulazione, nel massimo grado possibile di generalizzazione, di una certa istituzione, diritto o condizione, entra immediatamente in campo, infatti, il meccanismo anticaste: se si tratta di un bene che è di tutti, che esso sia riservato ad alcuni non è che un insensato privilegio da abbattere.

Questa tecnica è subordinata, direi quasi subalterna, a una stipulazione piuttosto precisa: le domande di riconoscimento, di cui si sostanziano conflitti che abitano la società, possono aspirare a essere accolte se sono tollerabili rispetto all'ordine che a quella presiede, alle risorse di riconoscimento di cui quella già dispone; cui occorre appoggiarsi se si vuole guadagnare un successo⁵⁷. Per definizione, la teoria del consenso si fonda sull'idea che esista nella società un consenso, per l'appunto, di base, sui valori fondamentali⁵⁸, che è la piattaforma di partenza ma anche il perimetro limite delle sue evoluzioni. Di necessità, pertanto, le rivendicazioni costruite intorno alla tecnica, generatrice di consenso, della massima generalizzazione possibile (che è poi la tecnica della massima astrazione possibile rispetto ai contesti concreti di vita, di esperienza, di bisogno delle persone cui si riferisce e in cui si radica la diversità di valori e di immaginari sociali), devono essere fatte apparire come coincidenti coi valori e gli ideali già protetti dalla società.

Per tal via, le rivendicazioni antidiscriminatorie, di ieri e di oggi, affidano le proprie chances di successo alla capacità di dimostrarsi altrettanto sostegni allo status quo, quanto meno di dimostrarsi il più indolore possibile rispetto ad esso. Esse esprimono perciò quella che potrebbe essere chiamata una molto deludente 'autonomia simbolica' rispetto all'ordine dato, e una carica di mutamento oltremodo ambigua. Infatti, poiché la rivendicazione antidiscriminatoria chiede che coloro nel cui nome è avanzata siano portati a parità, o ammessi a condividere una fetta della torta del potere sociale esistente, ogni rivendicazione antidiscriminatoria di successo riconsegna immutate, anzi rafforzate, le scale di valore, gli ordini di priorità, le chiavi di lettura dell'esistenza e del suo senso, che trovava davanti a sé. Col risultato, non di rado, che le rivendicazioni antidiscriminatorie finiscono per essere riassorbite da quei valori e quegli ordini di priorità, che le strumentalizzano ai propri fini.

⁵⁷ Cfr. ancora G. REPETTO, in F.J. MOOTZ III, F. CERRONE, S. NICCOLAI, G. REPETTO, G. BASCHERINI, *Law and Community*, cit., 15.

⁵⁸ Per questa notazione v. M. J. HORWITZ, *La trasformazione*, cit., 475.

Così i *Civil Rights*, accuratamente giustificati negli Stati Uniti, da un lato, sulla premessa che la protezione accordata alle minoranze è un rimedio per uno svantaggio di cui esse non hanno colpa, e dall'altro lato altrettanto accuratamente separati dalla loro dimensione di conflitti sociali, di classe, economici, onde non offendere né mettere in questione, in entrambi i casi, le convinzioni dominanti, consolidano i valori individualistici, meritocratici ed egoistici della società americana, senza costruire alcunché nella direzione della solidarietà e della giustizia sociale⁵⁹; e, nella Ue, i diritti delle donne alla parità nel lavoro, confermando che l'unico modo degno e di valore di partecipare alla vita sociale è svolgere un lavoro 'produttivo', rafforzano la spinta del capitalismo globale alla subordinazione dell'intera vita umana alle logiche commerciali e produttivistiche⁶⁰. Il diritto dei gay al matrimonio, a sua volta, per quanto scomiglio possa sollevare in certi settori dell'opinione, si lascia leggere come omaggio al modo eterosessuale di concepire la vita affettiva, e come riconoscimento che il mondo quale è già contiene tutto quello che si può desiderare per dare senso e valore alla vita umana. Le *chances* di successo della famiglia omosessuale si rimettono infatti alla capacità di dimostrare che essa è l'equivalente funzionale della famiglia eterosessuale. La tesi 'universalista' del *marriage for all*, infatti, solleva non a caso lo stesso tipo di obiezioni che ogni politica antidiscriminatoria classica ha sollevato, cioè quella di non produrre cambiamento simbolico: di quella proposta alcuni hanno immediatamente denunciato la componente 'omologante', rafforzativa dell'egemonia dell'istituzione matrimonio, discriminatoria nei confronti dei bisessuali o delle persone intersessuali⁶¹. Nonostante il cambiamento strategico del tenore del discorso, le tesi universalistiche e

⁵⁹ M.A. FINEMAN, *Beyond Identities*, in *Emory University School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, s.d., reperibile su *ssrn.com*.

⁶⁰ Cfr. gli studi raccolti in *Come un paesaggio*, cur. S. BURCHI e T. DI MARTINO, Roma 2013. L'ingresso massivo delle donne nel mercato del lavoro, sostenuto dalle politiche antidiscriminatorie europee, non può in altri termini essere messo a tema senza considerare le trasformazioni che il lavoro ha nel frattempo conosciuto: cfr. su queste L. PATRUNO, *La 'lotta per l'egemonia' nella formazione del diritto comunitario*, in *Dir. Pubbl.* 2008, 818 ss. (lavoro come "obbligo morale anziché come scelta individuale in relazione a proprie opzioni individuali"); o M. PEDRAZZOLI, *Assiologia del lavoro e fondamento della Repubblica*, in *Quad. Cost.* 2011, 969 ss. (il lavoro cessa di essere il luogo dell'autonomia e diviene soltanto il luogo dell'efficienza economica).

⁶¹ Cfr., per queste diverse posizioni: G. REBUCINI, *Mariage pour tous et emancipation sexuelle, pour une autre strategie politique*, 2012, reperibile su *academia.edu*; M. WARNER, *The Trouble with Normal: Sex Politics and the Ethics of Queer Life*; Cambridge Mass. 2000; M. BOUCAI, *Sexual Liberty and Same-Sex Marriage: An Argument from Bisexuality*, in *San Diego Law Rev.* 2012, 415 ss.

dignitarie paiono incorrere nello stesso limite che esse stesse individuano nella protezione antidiscriminatoria tradizionale, cioè la difficoltà di valorizzare le differenze come tali, e non in quanto equivalenti a ciò che già esiste, è importante e ha valore. È un problema che risale alla visione strumentale del diritto che queste tesi presuppongono, come il prosieguo del discorso ci permetterà di tornare a considerare.

6. *Gli aspetti della svolta universalistica e dignitaria che paiono indicare un movimento di rivalutazione dell'autonomia dell'esperienza giuridica. Le immagini della dignità come cartina di tornasole delle diverse concezioni del diritto sottese al dibattito*

Come ho detto in apertura, vi sono anche altri accenti che sono percepibili nella comparsa della 'dignità', col suo sottofondo universalistico, nel dibattito sullo stato e sulle sorti del diritto antidiscriminatorio. In certi di questi casi, si ha l'impressione che la dignità non venga invocata per rappresentare la via per rimuovere gli aspetti spinosi delle questioni antidiscriminatorie (perché proteggere questo gruppo e non quest'altro? Perché considerare discriminatorio questo atto, e non quest'altro?), o per negarne una componente (il riferimento a gruppi e minoranze) che può risultare scomodo per il successo di certo tipo di rivendicazioni. Nei casi cui mi richiamo ora il riferimento alla dignità suona piuttosto come un auspicio a un ampliamento e a un approfondimento della dimensione controversiale delle questioni che si pongono al giurista. In questo senso, si annuncia, in questa seconda componente del dibattito, il bisogno di un diritto antidiscriminatorio poroso alla concezione del giusto e dell'ingiusto dei diversi portatori di interesse, topicamente ancorato alla configurazione di concreti conflitti, anziché servente obiettivi di ingegneria sociale.

Mentre le tesi, che abbiamo considerato nei paragrafi precedenti, continuano a chiedere al diritto antidiscriminatorio quello che, adottando del diritto una concezione strumentale, le teorie critiche gli hanno sempre chiesto, ossia una redistribuzione del potere sociale, in questo secondo gruppo di tesi si avverte un cambio di tono proprio riguardo alle aspettative circa le prestazioni che il diritto offre, e in cui la sua funzione si sostanzia. Precisamente, si avverte un invito a riscoprire la dimensione tutta propria, la finalità specifica, del diritto, che essendo così sfidante, come è, gli viene negata dalle scorciatoie realiste e strumentali, vale a dire la funzione di cercare la giustizia, sul terreno delle opinioni e nel riferi-

mento ai “concreti paesaggi”⁶² istituzionali, normativi, culturali che contestualizzano i problemi e ne influenzano la ‘giusta’ soluzione. Come segno dei tempi si può notare il ritorno, nel dibattito culturale attuale, di posizioni orientate a riconoscere che discutere intorno alla giustizia – la funzione propria del diritto secondo le visioni classiche – il farne problema, ha valore, è un valore, perché accresce la coesione della società in quanto le permette di attraversare i suoi conflitti in modo non distruttivo⁶³. Quando la dignità viene invocata come premessa per legittimare ‘*competing claims*’ o per approfondire la valutazione di un problema nei suoi aspetti qualitativi, come nelle posizioni sintomatiche di R. Siegel e D. Réaume che ho citato all’inizio, essa sta per la riconsiderazione delle virtù, ad un tempo trasformative e socialmente costruttive, del ‘*suum cuique*’, come un tramite che riconduce al nesso tra eguaglianza e giustizia, un nesso che le operazioni meccaniche del paradigma antidiscriminatorio, quello vecchio e quello nuovo, tendono ad evitare, o a negare, in particolare, che si svolga nella mente del giurista, considerata inadatta e inappropriata al compimento di operazioni assiologiche, o inevitabilmente prigioniera di pregiudizi e pulsioni conservatrici.

In questo secondo gruppo di orientamenti, in altri termini, si avverte (ma bisognerà dire subito: in qualche, problematica misura) l’implicita riconsiderazione del contributo positivo che la controversia come tale, da un lato, e la natura della ragione giuridica, dall’altro lato, capace di rapportarsi all’opinabile, di procedere in modo dialettico, di pensare per problemi e possibilità, possono dare alla convivenza. C’è uno scarto rispetto alle posizioni degli autori che abbiamo esaminato in precedenza, che permangono nell’idea che i conflitti siano di per sé distruttivi e debbano essere avvolti in formulazioni che ne disinnescino il potenziale divisivo, avvertito come loro unico e pericoloso esito. Vi è, anche, lo sforzo di fare appello alle risorse di una forma della ragione sufficientemente duttile da immaginare che il riconoscimento dei diritti, delle aspirazioni, dei bisogni e dei valori di un soggetto non significhi necessariamente sacrificare quelle di altri, e capace di emancipare il diritto dalle strettoie di un calcolo che deve risultare sempre a somma zero.

L’idea di dignità appare la cartina di tornasole delle due diverse concezioni del diritto che si delineano al fondo delle due componenti del dibattito sulla svolta universalistica e dignitaria. Nella versione di K. Yoshino o di R. Allen e G. Moon, la dignità, richiamando una posizione di

⁶² L’espressione è di P. RIDOLA, *La dignità dell’uomo*, cit., p. 80.

⁶³ Cfr., in particolare: M. SANDEL, *Giustizia bene comune*, cit.; J. WALDRON, *How Law Protects Dignity*, in *Cambridge Law Journal* 2012, 200 ss.

“neutralità rispetto alla varietà delle concezioni del mondo”, in quanto tutte egualmente dignitose, si accorda con una visione, che è quella strumentale, che chiede al diritto assenza di valutazione, lo incarica di valorizzare le differenze attraverso l'*empowerment*, cioè la redistribuzione del potere, ma, per il resto, gli chiede di limitarsi a registrare l'equivalenza tra le scelte di vita⁶⁴. Nelle versioni che stiamo considerando adesso, invece, la dignità appare invece, piuttosto il traslato per isonomia, e richiama le virtù della ragionevolezza⁶⁵, cioè di un tipo di giudizio che, da un lato, non parte dalla pre-convinzione che alcune differenze (se non le differenze di trattamento come tali) siano negative, dannose e viziate, ma ammette la possibilità di discuterle secondo una latitudine che si interroghi sulla loro qualità, e sui motivi che vi presiedono; e che,

⁶⁴ Una interessante opinione ha rilevato come le posizioni *queer*, in cui si radicano molte delle tesi favorevoli ai diritti delle persone omosessuali, recano impressa una tendenza a considerare 'equivalenti' le diversità che intercorrono tra le persone; l'equivalenza è la via d'uscita dall'inevitabile componente negativa e svalutativa che, secondo queste tesi, grava su ogni giudizio che chiami in causa la differenza che intercorre tra gli esseri umani e le esperienze di vita (L. PALAZZANI, *Sex/Gender*, cit., 128 ss.). Il bisogno di equivalenza spinge a chiedere al diritto 'neutralità', astensione dalla valutazione, e nella stessa direzione spinge l'individuazione nella libertà individuale, come autonomia, *privacy*, del fondamento della tutela antidiscriminatoria (M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in F. D'AGOSTINO (cur.), *Identità sessuale e identità di genere*, Quaderni di *Iustitia*, Milano 2012, 43 ss.). Qui, ci pare, potrebbe risiedere il punto di incontro tra le visioni strumentali del diritto e una valenza della dignità, accuratamente registrata in dottrina quando è stato osservato che, con l'emersione del pluralismo degli stili di vita, emerge una concezione della dignità "embricata in domande di libertà e perciò intrinsecamente neutrale rispetto alla varietà delle concezioni del mondo" P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il 'principio libertà' nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato*, cit., 77 s., 97.

⁶⁵ Su come il nesso dignità-raionevolezza possa condurre a una concezione 'controversiale' della ragionevolezza v. J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana* (che cito dalla versione reperibile online, *Working paper* n. 79, ottobre 2006, Dip. di Politiche Pubbliche e Scelte collettive, Università del Piemonte orientale): "chiunque rivendica il rispetto della propria dignità deve contestualizzarla e relazionarla con altri diritti (...). Nessun interprete di diritto può ignorare del tutto l'impostazione dell'altro" (p. 9 del paper). È questa una via che appare prediletta dalla parte della nostra dottrina preoccupata di evitare che la dignità, da un lato, si risolva in una 'deriva relativistica' o, dall'altro lato, comporti intrusioni nella libertà individuale, v. su questa linea di pensiero F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel 'diritto costituzionale europeo'*, in S.P. PANUNZIO (cur.), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, 583 ss.; o A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli 2012. Con riferimento al classico dibattito tedesco (la dignità può o meno essere ponderata con riferimento a altri beni costituzionali protetti?), P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo*, 119 ss., 121, dà conto di come si sia progressivamente affermata "una idea di bilanciamento che si propone di concretizzare la dignità immergendola all'interno di un apprezzamento adeguato della relazione tra i diversi beni coinvolti". Di "inclinazione casistica" e "concretezza" del concetto di dignità parla P.VE-

dall'altro lato, presuppone la possibilità di interrogarsi, oltre che sulla 'parità' del trattamento che taluno riceve rispetto ad altri, anche sulla adeguatezza, congruità, proporzionalità di un certo trattamento rispetto alla situazione in cui taluno si trovi. Che la preferenza, anche in questo caso, nel dibattito americano, vada al termine 'dignity' si può spiegare col fatto che, in quel contesto, il termine 'equality' tende a coincidere con anti-discriminazione, cioè con la protezione per gruppi fondata su quei presupposti di 'historical harm' la cui anelasticità e difficoltà a rapportarsi con efficacia sia ai bisogni delle minoranze tradizionali, sia a quelli delle nuove soggettività, è appunto alla scaturigine del dibattito che stiamo commentando.

Riattualizzando il legame tra giustificatezza o meno di un trattamento differenziato e il senso del giusto e dell'ingiusto di cui sono portatori gli attori concreti, le posizioni che stiamo ora considerando, poiché aspirano a ricollocare al centro della discussione anti-discriminatoria i 'punti di vista' dei diversi soggetti coinvolti, contengono sicuramente, in potenza, un antidoto agli aspetti paternalistici, e in questo senso autoritari, che il diritto antidiscriminatorio evidenzia quando viene illuministicamente usato come strumento per guidare la società e i singoli anche in mancanza di loro indicazioni, o contro i loro interessi immediati, cosa che, invece, avviene tipicamente nel caso del diritto della Ue, dove azioni anti-discriminatorie possono essere sollevate d'ufficio dalla Commissione, come è accaduto nel 2008 con il famoso intervento della Corte di Giustizia sull'età pensionabile delle donne italiane⁶⁶. Non solo, in questi casi, le azioni anti-discriminatorie possono avere effetti, almeno nell'immediato, certo non vantaggiosi per gli interessati, e rivelano in modo aperto che la non discriminazione è largamente uno strumento di governo della società, prima che il terreno per la ricerca e il consolidamento di diritti individuali. Ma, soprattutto, queste ipotesi si traducono in altrettante comunicazioni, fatte alle persone direttamente coinvolte, che esse non si rendono conto che ciò che considerano un loro diritto è in realtà un privilegio socialmente dannoso o uno stereotipo che le discrimina, sicché occorre una autorità che

RONESI, *La dignità umana tra teoria dell'argomentazione e topica costituzionale*, in *Quad. Cost.* 2/2014, 315 ss., 339 (sulla scorta di A. TESAURO, *Spunti problematici in tema di dignità umana*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 884 ss.), sia pure in una linea di ragionamento che privilegia la prospettiva, volontaristica, delle scelte (politico-economiche) in ordine alla assegnazione dei diritti.

⁶⁶ C-46/07 (2008), su cui v. C. BUZZACCHI, *In tema di età pensionabile*, in *Quad. Cost.* 2009, 416 ss., e F. ANGELINI, *Il principio di parità retributiva nell'impiego pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2009, 721 ss.

provveda a rimuoverlo per loro conto⁶⁷. Rafforzare il legame tra antidiscriminazione e eguaglianza può invitare invece a recuperare una posizione, precisamente individuata dalla nostra Corte costituzionale in alcuni suoi passaggi, quello per cui “solo la vittima di una discriminazione può lamentarsene”⁶⁸, posizione che rappresenta una condizione basilare per frenare tanto le derive disciplinanti verso le quali il diritto antidiscriminatorio può tendere, quanto le sue premesse scettiche sulla capacità della natura umana di confrontarsi col problema del bene e del giusto, e di farlo in un modo non irrazionale, arbitrario o conformistico, come le visioni strumentali inesorabilmente presuppongono. Inoltre, le tendenze che qui stiamo considerando, andando nel senso di una rilettura in chiave isonomica dell’impianto viceversa tipicamente asimmetrico – perché strumentale – dell’antidiscriminazione tradizionale, pongono premesse importanti per permettere alla anti-discriminazione di conquistare autonomia simbolica dall’ordine dato, che, come abbiamo osservato in precedenza, le fa difetto. Quando il *rationale* della protezione anti-discriminatoria non è uno predefinito come: rimediare alle ingiustizie del passato, secondo il paradigma retributivo tradizionale irrigidito, o dogmatizzato nelle “suspect classes” o nei “grounds” discriminatori tipici; e non è neppure, come invece si dice oggi: dare a tutti quelle certe libertà che sono inerenti alla dignità umana, secondo il paradigma universalistico della giustizia degli onori alla maniera di K.Yoshino, ma diventa: cercare di individuare il trattamento adeguato tenendo conto, di volta in volta, delle soggettività di cui si parla, del tipo di richieste che fanno, di come queste richieste si inseriscono nel contesto e nel tempo in cui vengono poste, sono stabilite le condizioni per fare della non discriminazione un terreno in cui diversi interessi e visioni del mondo si contrappongono e mediano senza una regia che li orienti, senza un ‘piano’ da rispettare. Alla dimensione giuridica viene restituita, in potenza, autonomia: essa non serve a tenere in piedi quella certa idea di democrazia o di ordine sociale con cui di volta in volta la protezione antidiscriminatoria si giustifica, ma offre un terreno per il confronto imparziale tra interessi, da cui può sortire la ridiscussione, la rielaborazione, dunque il mutamento dei valori della convivenza⁶⁹.

⁶⁷ Analogie potrebbero essere fatte col ruolo della EEOC nel sistema del CRA: quando decide di assumere e portare in giudizio una certa questione, la *Employment Equality Commission* fa una scelta che va nel senso di favorire, nei conflitti del lavoro, quelli che le appare più conveniente far emergere nel quadro della politica delle minoranze di tempo in tempo promossa attraverso la protezione antidiscriminatoria.

⁶⁸ Sent. n. 234/1997.

⁶⁹ Nel modo specifico in cui a tale mutamento contribuisce il diritto, e che appare

Non va però dimenticato che l'eguaglianza-ragionevolezza, che la concezione controversiale della dignità potrebbe riattivare, al pari della equità classica, per funzionare come tale richiede l'appoggio su un contesto sistematico, e un quadro di principi⁷⁰. Non è un caso, d'altronde, che la ragionevolezza abbia avuto nel nostro Paese il peso e le caratteristiche che ha avuto: da noi, che non abbiamo conosciuto radicalmente la svolta antiformalista, è stata molto più persistente che altrove la convinzione che il diritto agisca sulla base di suoi criteri di razionalità, come la 'ratio legis' o l'analogia', o la 'natura della cosa'⁷¹, la convinzione cioè che il diritto di-

quando si tiene presente che "il valore è elemento determinante della valutazione giuridica e i principi, dal canto loro, come i valori, subiscono non solo l'elaborazione più ampia di tutte le componenti della società, ma anche quella peculiare delle giurisprudenze, teoriche e pratiche": F. CERRONE, *Alessandro Giuliani*, cit., 634.

⁷⁰ Un autore ha proposto di pensare che la ragionevolezza 'è' il diritto (è la tesi di A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001); altrettanto bene si potrebbe dire, rimanendo allo stesso, molto elevato, livello di generalità, che senza diritto non vi è ragionevolezza. Per l'operare, nella ragionevolezza, dei 'principi giuridici fondamentali', o del 'diritto' come tale v. G. ZAGREBELSKY e G. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2011, 467. Un influente richiamo all' "indispensabile collegamento" tra ragionevolezza e "altri principi e regole e diritti tutelati dalla Costituzione" è venuto di recente da G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, cur. M. CARTABIA e T. VETTOR, Milano 2009, 3 ss., 18 (che intende con ciò anche contrastare le opinioni che vorrebbero 'sganciare' del tutto la ragionevolezza dal principio di eguaglianza). Sul legame tra equità e ragionevolezza, oltre a G. Silvestri nello scritto appena citato, v. anche P. MADDALENA, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. e Soc.* 2011, 471 ss. Sulla tradizione giuridica italiana, cui si fa riferimento poco oltre nel testo, v. A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, cit., spec. 16 ss.; a quella tradizione ci pare si riallaccino, per il tramite dell'ideale del 'legislatore ragionevole' le tesi che hanno letto nella ragionevolezza "un modo istituzionale di esercizio della funzione legislativa" o una "qualità del potere" (A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2006, 70 ss., 120 e 100). Lo stesso tipo di cultura, abituata a rispettare il carattere sistematico in cui l'indagine e la ragione giuridica trovano la propria consistenza, che ha portato la nostra prevalente dottrina a legare l'operare della ragionevolezza, come dice G. Silvestri, ad altri principi regole e diritti, ci sembra sia all'opera nell'atteggiamento che molti nostri autori sviluppano rispetto al tema della dignità, di cui viene sovente richiamato "il carattere inautonomo rispetto ai paradigmi costituzionali che di volta in volta gli danno sostanza" (M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit., 1055 ss., 1064-1065). La connessione dignità-eguaglianza-ragionevolezza appare naturalmente più ardua quando del terzo elemento della triade si mettano in primo piano soprattutto gli aspetti, per così dire, puramente logici (F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli 2009, spec. 118 ss.; F. MODUGNO e A. LONGO, *Dialogo minimo sulla ragione dialogica*, in *Sociologia* 2009, 5 ss.).

⁷¹ Classicamente richiamata, con riferimento al sindacato di eguaglianza, da C. MORRONE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova 1976, 1030.

sponga di una sua autonomia come sapere, come tecnica, come sistema, come oggetto dell'opera della scienza giuridica⁷². In mancanza di queste condizioni – o almeno della messa a fuoco precisa della loro necessarietà, e si tratta certamente di condizioni che non possono essere istituite, rivate o riconsolidate tramite operazioni solidarie della mente di singoli, né da un momento all'altro – vi è il rischio che le opinioni che additano una componente controversiale nella dignità sfocino in visioni relativiste⁷³, o si riducano a quadretti edificanti che elogiano senza costrutto le virtù del dialogo⁷⁴. Della ragionevolezza, in questo caso, sarebbe, al massimo, riproposta la dimensione calcolante, strategica, che è già stata riconosciuta come coincidente con concezioni utilitaristiche, realistiche e strumentali⁷⁵; o la capacità di offrire prestazioni indirizzate più a garantire la tenuta del sistema⁷⁶, che non ad aprirlo al mutamento⁷⁷.

⁷² Di tanto la nostra dottrina, come è noto, si è servita per contrastare le derive interpretivistiche di tipo realistico, e cioè le tesi secondo cui tutti i percorsi mentali operati dal giurista si equivalgono, sono meri strumenti di giustificazione di scelte adottate a priori: cfr. la ragionevolezza come 'modalità di giudizio ragionato' di R. BIN, *Diritti e argomenti*, Padova 1992.

⁷³ Un rischio che, d'altra parte, è di frequente ravvisato nel ricorso alla dignità, cfr. F. SACCO, *La dignità*, cit., 621 ('relativismo' che rende la dignità prona a legittimare cause opposte).

⁷⁴ Su questo tipo di narrazioni, con riferimento in particolare al multiculturalismo, v. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Bari 2012, 85 ss. spec. 95.

⁷⁵ M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi*, Napoli 2012, 57 ss. Sulle componenti strategiche della ragionevolezza, che possono comparire quando essa assume una "funzione servente rispetto al momento della formulazione delle ipotesi" e dunque rispetto "a scienze che fanno dell'universo umano e sociale l'oggetto di applicazione di ipotesi volte al suo orientamento verso certi fini e obiettivi", v. A. CERRI, *Relazione conclusiva*, in ID. (cur.), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, III, Roma 2006, 287 ss., spec. 299. Questo tipo di considerazioni strategiche possono essere sottese alle frequenti rappresentazioni della ragionevolezza come canone che permette l'adattamento del diritto, su cui v. M. CARIGLIA, *L'operatività del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 173 ss. La varietà di matrici del concetto di ragionevolezza è vivacemente ripercorsa da F. MAZZARELLA, "Stato fluido" del diritto e ragionevolezza tra età moderna e contemporanea, in A. CERRI (cur.), *La ragionevolezza*, cit., vol. II, 359 ss.

⁷⁶ Evidenziate, da noi, dalle tesi che hanno sottolineato le "prestazioni di unità" cui il criterio di ragionevolezza può assolvere in una democrazia pluralistica: G. SCACCIA, anche in *Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 387 ss., 409 ss.; o che le hanno assegnato la funzione di "aprire l'universo delle forme giuridiche alla concrete, palpitanti, esigenze di vita avvertite dai cittadini", come nell'opera di L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005.

⁷⁷ La dimensione della ragionevolezza, invece, valorizzata da chi vi vede una forma

Sia pure con queste riserve, è possibile rilevare che, in questa seconda componente della svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio, si fa riconoscere un altro grande ceppo di ispirazione che l'idea di eguaglianza fa scaturire. Nella tesi di K. Yoshino abbiamo visto battere la dimensione dell'eguaglianza più prettamente politica, deliberativa, di 'principio anticaste', prono ad essere usato in funzione di visioni riformistiche e pianificatorie, convinto che i problemi della società debbano essere orientati da visioni competenti, esperte; suscitatore dell'entusiasmo e dell'adesione di chi è insoddisfatto dello stato presente delle cose; autoritario e populista a un tempo, inevitabilmente collegato a una istanza uniformante. L'altra, che avvertiamo in questo secondo gruppo di opinioni, è quella che chiama in causa, dell'eguaglianza, l'essenza equitativa, la quale entra in gioco, specialmente, quando il principio formale 'trattare in modo eguale l'eguale e diverso il diverso' opera attraverso una logica del probabile e del ragionevole. Questa dimensione, equitativa, dell'eguaglianza, valorizza l'esperienza giuridica perché si appoggia sulla premessa che, se il diritto è in grado di conoscere qualcosa, lo è perché è una forma di un sapere, dotato come tale di una sua autonomia⁷⁸. Vale a dire la premessa, contro la quale si orientano le concezioni strumentali.

Il quadro 'nichilistico' del diritto contemporaneo sembra d'altro canto un terreno disagiata su cui appuntellare una riscoperta dei presupposti equitativi della ragione giuridica⁷⁹; sebbene sia possibile che proprio quel quadro, avvertito alla fine come controproducente e dan-

di argomentazione "particolarmente attenta ai principi, ai contenuti etici e politici del diritto costituzionale, alla comparazione tra valori diversi, al divenire del diritto": così A.A. CERVATI, *Percorsi di riconoscimento del diritto costituzionale*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009, 109 ss., 124.

⁷⁸ Nella letteratura americana, in questa direzione, v. F.J. MOOTZ III, *Rhetorical Knowledge in Legal Practice and Critical Legal Theory*, Tuscaloosa 2006. Sono interessanti anche le tendenze che contrastano, nel campo dei *torts*, la abitudine del giudiziario a rimettersi alle valutazioni di esperti e tecnici, per rinvigorire, invece, il compito prudenziale del giudice e la centralità dell'esperienza vissuta dalla vittima, per come essa la percepisce: A. BLOOM, *Blindsight: How We See Disability in Tort Litigation*, in *Washington Law Rev.* 4/2011, 709 ss. Nel libro di I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, Milano, 2013, troviamo un interessante sforzo di conciliare, in materia di conflitti multiculturali, il fascino oggettivante della scienza con le prestazioni socialmente costruttive della ragione giuridica e del suo atteggiamento topico; in quello di E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli 2013, il segno di una tendenza dei nostri studi a richiamare l'attenzione sulle componenti tecniche e le figure caratteristiche dell'argomentazione, dando ad esse credito come risorse per un adattamento al cambiamento, che avvenga dall'interno del diritto.

⁷⁹ V. al riguardo G. BIANCO, voce *Nichilismo giuridico*, in *Dig. IV Ed.*, disc. priv. sez. civ., III vol. di aggiornamenti, Torino 2007.

noso, spinga al ripensamento dello sguardo scettico sul diritto. È un lavoro, dopotutto, che i giuristi devono, o almeno possono, iniziare per primi, sforzandosi di abbandonare modi interpretativi che, come ci è parso di poter dire rispetto alla tesi di K.Yoshino, non fanno che confermare e approfondire una visione strumentale del diritto.

7. *Il diritto anti-discriminatorio a un bivio*

Nella svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio possiamo dunque individuare due componenti: una che ripropone il *social engineering* che lascia tante, e tanto caratteristiche, impronte nel modello storico del diritto antidiscriminatorio; una che inizia ad avvertire i limiti proprio di quell'impostazione. Nel dibattito che abbiamo ricapitolato, possiamo riconoscere la dialettica tra due grandi costanti dell'esperienza giuridica: la propensione verso una razionalità strategica e calcante, capace di rendere prestazioni assai utili a chi voglia usarla per affermare dati interessi, perseguire certi fini, conseguire obiettivi; e quella verso una ragione prudenziale ed equitativa, che ricava il suo valore non dalla pregevolezza degli interessi cui permette di affermarsi, ma dal modo in cui rende possibile il confronto tra interessi diversi⁸⁰; l'alternativa, se si vuole, tra il diritto come mezzo rispetto a fine e il diritto come fine in sé⁸¹.

Se la prima componente può vantare le doti progressiste del principio anticaste, la seconda ha dalla sua quelle mobilitatrici e socialmente costruttive del '*suum cuique*'; vengono evocati modi diversi di intendere il cambiamento, il mutamento, uno che privilegia una dimensione pianificatrice e di indirizzo collettivo, uno che valorizza la dimensione dello scambio e della reciprocità. E due diversi gradi di fiducia nella natura umana, nella capacità dei singoli di riconoscere ciò che è bene e giusto per sé, o utile. Perplesse le visioni pianificatrici e strumentali, che pensano che le persone debbano essere indirizzate verso fini selezionati da chi sa, e possano esserlo se convinte da giustificazioni ben congegnate; più fiduciose le visioni equitative, che pensano che lo scambio veritativo dei punti di vista e degli interessi possa generare uno spontaneo e dinamico equilibrio.

⁸⁰ Sulle forme di razionalità di cui il giurista si avvale, v. F. CERRONE, *Ragione dialettica e retorica nell'opera di Alessandro Giuliani*, in *Sociologia* 2/2009, 43 ss.

⁸¹ E cioè il dilemma costitutivo sia della esperienza giuridica sia della scienza giuridica: G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Milano 1962, spec. 237 ss.

Più che davanti a una svolta, dunque, il diritto antidiscriminatorio potrebbe essere descritto, nella sua attuale fase universalistico-dignitaria, come a un bivio.

Coloro che ‘svoltano’ dalla tradizionale protezione antidiscriminatoria ‘*group-based*’ avanzando la giustificazione strategica di rispondere, in tal modo, a problemi attuali della democrazia, e perseguendo, all’atto pratico, la finalità di costruire consenso intorno ad alcune specifiche rivendicazioni, indicano la via universalistica e dignitaria per riproporre l’idea che l’antidiscriminazione attenga a questioni di ‘status’ e il diritto antidiscriminatorio presieda alla redistribuzione del potere sociale. Essi aprono, ci pare, una strada che riconduce alle matrici strumentali e scettiche nella ragione giuridica su cui molta parte dell’esperienza antidiscriminatoria è costruita. Non a caso, K. Yoshino scrive che ciò che ha reso il *tiered scrutiny* e le *suspect classes* funzionanti non è stata la loro razionalità, assente e imprevedibile sin dall’origine perché sempre assente dal ragionamento giuridico, ma il consenso sociale che le sosteneva. Il loro vizio è di non essere sufficientemente adattabili; e l’incapacità di adattamento è un difetto grave agli occhi di chi vede il diritto in modo strumentale. Quando l’eguaglianza batte come principio anticaste, del resto, per definizione non ammette ritardi. Il fascino progressista e riformistico che le visioni scettiche del diritto emanano, da un lato, non meno che il pragmatismo della loro base realista spiega peraltro come la tesi universalista, pur sollevando contrasti⁸², tenda ad acquistare consensi nel dibattito, scaturenti da motivazioni diverse: che vanno dalla aspirazione a una migliore giustizia nell’ambito, sempre centrale nel diritto antidiscriminatorio, delle relazioni di lavoro⁸³, al riconoscimento che, essendo effettivamente in calo il consenso verso le tradizionali motivazioni dei *Civil Rights*, occorre, sia pure strategicamente, assumere linguaggi diversi⁸⁴.

L’altra strada introduce il tono nuovo di una rivalutazione del diritto,

⁸² V. J. CLARKE, *Beyond Equality*, cit. *supra* a nt. 38 e gli autori citati *supra* a nt. 61.

⁸³ In questo campo le tesi ‘universalistiche’ agganciano una ormai risalente discussione che aspira a sostituire le tutele meramente antidiscriminatorie del CRA a tutele rivolte al lavoratore come tale, arricchendo così il diritto del lavoro americano di un ‘*civility code*’ del quale è privo, v. tra i momenti di scaturigine del dibattito: R. EHRENREICH, *Dignity and Discrimination: Toward a Pluralistic Understanding of Workplace Harassment*, in *Georgetown L.J.*, 1999, 1 ss.

⁸⁴ M. BARNES, E. CHERMERINSKY, T. JONES, *A Post-Race Equal Protection?* University of California Irvine School of Law, Paper series 2010-2012, reperibile su *ssrn.com*. Sintomatico di una crescente presa della prospettiva universalistica nel campo delle teorie di genere è il contributo di C. GARCÍA PASCUAL, *Questioni di genere e dignità umana*, in *Ragione pratica* 2012, 99 ss.

come forma di conoscenza e strumento di giudizio. Quando la dignità viene invocata come un modo per legittimare *competing claims* essa sta in realtà, o così si può pensare, per eguaglianza: in questi casi evocare la dignità contiene l'incoraggiamento a restaurare una concezione controversiale e dialettica del diritto quale, da un lato, ricerca delle soluzioni equitative, come tali rivedibili e conscie della limitatezza delle condizioni in cui sono prese, e possono essere prese, le decisioni giuridiche e quale, dall'altro lato, impresa collettiva e sociale (A. Giuliani) che richiede la cooperazione tra molti⁸⁵. Come rimedio ai limiti del giudizio antidiscriminatorio, sentiamo riemergere l'antico *'suum cuique'*, dicevamo: il rimedio ai difetti del diritto anti-discriminatorio è in questi casi l'eguaglianza, nella sua dimensione di criterio della valutazione giuridica⁸⁶.

Individuare queste due strade significa rendersi immediatamente conto che tra esse, e tra i due gruppi di tesi che le delineano, vi è inevitabilmente un momento di congiunzione, di connessione. La dignità, centrale nella svolta universalistica, rinviando all'eguaglianza, e alla giustizia, diventa un tramite per attingere alla molteplicità e alla stratificazione di idee, prassi e realizzazioni, che a questi termini sono connesse. Spingendosi nel dibattito un poco più in profondità, non potremmo non notare che visioni riduttive, strumentali del diritto, e visioni che ne rivalutano la consistenza, l'autonomia e la funzione sociale, si intrecciano nelle prospettazioni dei diversi autori. Alcuni autori, che potremmo a prima vista collocare tra coloro che rivalutano la dimensione controversiale, pensano cioè, in particolare, che il concetto europeo di non discriminazione si arricchirebbe collegandosi alla dignità, concepiscono quest'ultima come aspetto di un progetto di maggiore giustizia sociale: usano la dignità per arricchire il formalistico divieto di discriminazioni, ma continuano a dif-

⁸⁵ E, aggiungerei, del pari attenta "alle situazioni in cui si svolgono i conflitti", disposta "a considerare la possibilità di diversi punti di vista nella ricerca di percorsi di riconoscimento del diritto, assumendo orientamenti più aperti verso il pluralismo giuridico", meno sicura "della certezza dei valori e delle soluzioni scientificamente esatte": A.A. CERVATI, *Una prospettiva valutativa nello studio del diritto costituzionale*, in ID., *Per uno studio*, cit., 26 ss., 31.

⁸⁶ Al fondo della discussione e delle problematiche che percorrono attualmente il diritto antidiscriminatorio alcuni riconoscono del resto l'alternativa tra diritto come potere e diritto come giustizia e le diverse concezioni, che a quella alternativa sono sottese, "dell'uomo e del suo vivere sociale". Cfr. M. CARTABIA, *I 'nuovi' diritti*, cit., spec. 16 ss. del paper ("L'attrazione per la giustizia diventa una 'ὄβρις' se non tiene conto della realtà della condizione umana, cioè diventa strumento di potere dell'uomo sull'uomo (...) l'età dei 'nuovi diritti' pone i diritti individuali su un crinale di cui occorre essere consapevoli tra garanzie della persona e strumenti di potere").

fidare delle prestazioni ‘vaghe’ del “*like alike*”⁸⁷. Altri autori pensano che la dignità resti il valore della tradizione, degli usi e dei costumi nella valutazione giuridica; anch’essi potrebbero essere visti come sorretti da una rivalutazione di quest’ultima, e tuttavia essi pensano alla tradizione, agli usi, ai costumi, in termini ontologici, che richiamano non il Primo, ma il Secondo diritto naturale⁸⁸, e dunque le loro proposte paiono più lontane dalle sfidanti implicazioni del realismo classico – il giusto naturale *mutevole* – che da quelle dirigistiche, asimmetriche, su cui riposano le visioni strumentali del diritto dominate da un realismo ingegneristico sociologico. Autori che d’altronde sono molto sensibili a una dimensione controversiale e dialettica del diritto, anziché contestare il divieto di discriminazioni e il diritto antidiscriminatorio hanno ritenuto di poter cogliere al loro interno linee evolutive molto profonde, che il richiamo alla dignità non contraddice ma approfondisce, realizzando un innesto dialettico tra il diritto antidiscriminatorio, che in Europa è di marca prettamente sovranazionale, e le tradizioni costituzionali nazionali⁸⁹. In questi casi è al lavoro l’intuizione che gli esiti e i percorsi del diritto antidiscrimi-

⁸⁷ Come accade espressamente nella ricostruzione di O. POLLICINO, *Di che cosa parliamo*, cit., il quale, pensando alla nostra ‘pari dignità sociale’, vede nella dignità un riferimento capace di corroborare l’orientamento della non discriminazione alla tutela dei valori della persona umana ‘situata’, e a obiettivi di eguaglianza di fatto. Non dissimile ci pare la posizione di B. PEZZINI, *Costruzione del genere e Costituzione*, in EAD. (cur.), *La costruzione del genere*, cit., 15 ss. È vero d’altro canto, ci pare, che quando, come nel caso degli autori appena citati, si fa appello a una idea sociale di dignità, che rinvia a una dimensione materiale dell’eguaglianza (e lo si fa, in particolare, con l’intento di correggere orientamenti ritenuti troppo formalistici e *market oriented* della Corte di giustizia della Ue), si fa valere anche e forse in primo luogo l’eguaglianza quale strumento di valutazione giuridica. È quest’ultima infatti a imporre quella reciprocità che si avverte violata da atteggiamenti interpretativi unilaterali (cui risalgono i formalismi o le rigidità spesso denunciate nei giudizi antidiscriminatori).

⁸⁸ Così ci pare di poter dire per il discorso di chi, partendo dalla nozione di dignità, ne deduce certezze sull’illiceità dell’aborto, o sull’inammissibilità del matrimonio omosessuale, come fa, da ultimo, P. GIANNITI, *Problematiche connesse alla tendenza espansiva dei diritti fondamentali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di V. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, *I diritti fondamentali della Ue. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura dello stesso, 218 ss.; nello stesso volume v. il più bilanciato ragionamento condotto da M.E. GENNUSA e L. VIOLINI, *Dignità umana e diritto alla vita*, 449 ss., che, sottolineando le componenti comunitarie e relazionali della nozione continentale di dignità, e contrapponendola così a quella americana, in cui dignità sarebbe sinonimo di libertà e autodeterminazione, giungono peraltro a ragionare di una ‘essenza’ della natura umana che dovrebbe essere in grado di guidare le determinazioni del diritto positivo (464 ss.).

⁸⁹ G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011.

minatorio a favore di una concezione aperta e non dirigistica dei valori della convivenza, molto dipendono dalla capacità della scienza giuridica di sentirlo come principio proprio, vale a dire come principio del diritto, anziché strumento orientabile secondo contingenza nella lotta tra le esigenze variabili di affermazione di attori diversi.

Sebbene solo in questi termini, e cioè in maniera altamente provvisoria, e problematica, nella attuale fase di crisi del diritto antidiscriminatorio si possono dunque riconoscere due anime della esperienza giuridica fronteggiarsi: il bisogno di criteri certi e prevedibili, altamente (nelle intenzioni) predeterminati, per risolvere conflitti e indirizzarli verso certi esiti; la riscoperta delle prestazioni di una ragione capace di misurarsi con l'opinabile e il controverso, attraverso l'uso di procedure, il riferimento a principi e criteri di ragionamento e di valutazione, che le sono specifici. In ambedue le direzioni vi sono rischi e ambiguità, che non si presentano chiaramente e distintamente distribuiti; le due strade infatti, se possono, come ho tentato, essere distinte ai fini di offrire una delucidazione delle tendenze maggiori che le segnano, si presentano non poi così nettamente distinguibili, ma anzi intrecciate; è per il peso, per il condizionamento, delle mentalità che contrassegnano la nostra epoca, ed è grazie alla naturale, inevitabile, opacità che i grandi temi del diritto, come l'uguaglianza, veicolano. Tanto meno si può dire, dunque, quale strada sarà imboccata, alla fine, dall'attuale crisi del diritto antidiscriminatorio. Di certo vi è che essa ci permette di esplorare la comunanza tra i temi che sono dibattuti nel campo del diritto antidiscriminatorio, le sue costanti e le sue tendenze evolutive, e le grandi questioni circa ciò che il diritto è e quale ne sia la funzione sociale⁹⁰.

⁹⁰ Tenere presente il ruolo giocato, in primo luogo nella mente degli interpreti, da concezioni ingegneristiche e strumentali del diritto potrebbe in particolare essere d'aiuto, ci pare, nello svolgimento della discussione che, nel crescente quadro di disaffezione verso il processo di integrazione sovranazionale europea, si apre intorno alla 'confusione' tra 'management e politica' che segnerebbe in particolare il diritto eurocomunitario e le sue strategie di *governance*. Questa discussione è ora riferita in modo efficace da G. MARZULLI, *Il convitato di pietra: la sovranità monetaria nel dibattito costituzionalistico. Spunti di riflessione per una critica costituzionalistica della moneta unica europea*, in *Rivista AIC* 2/2014, che si richiama, per il dibattito sovranazionale, in particolare a C. JOERGES e M. WEIMER, *A Crisis of Executive Managerialism in the EU: No Alternative?*, in *Critical Legal Perspectives in Global Governance*, Oxford 2014, ma anche all'intenso dibattito italiano (in specie agli studi di L. Patrino e di G. Bucci). È una discussione che, dando in qualche misura per scontato che un diritto 'strumento della politica' sia per definizione migliore di un diritto 'strumento del management', non dovrebbe eludere il punto riguardante quanta diversità intercorra tra le due ipotesi, dal punto di vista dello spazio in linea di principio concesso alla autonomia dell'esperienza giuridica.

I BENI “DEMO-ETNO-ANTROPOLOGICI”: ORIGINE E PARABOLA DI UNA CATEGORIA DI BENI CULTURALI

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva: i beni culturali *in progress*. – 2. Il primo affermarsi di interessi verso l’etnografia esterna. – 3. (Segue) L’affermarsi di interessi verso l’etnografia interna. – 4. I primi riconoscimenti normativi nella legge n. 1089 del 1939. – 5. L’apparire dei beni demo etno antropologici nel D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 e nel T. U. sui beni culturali del 1999. – 6. Il problema della tutela dei beni immateriali e delle attività culturali nel Codice Urbani del 2004. – 7. Qualche riflessione conclusiva.

1. *Premessa introduttiva: i beni culturali in progress*

Costituisce un dato largamente acquisito che la locuzione “beni culturali”, anche e non solo nel linguaggio giuridico, ha assunto un valore assai ampio e comprensivo di diverse tipologie di beni.

Come noto, il concetto di bene culturale è stato introdotto, per la prima volta, nel 1954, dal diritto internazionale pattizio ed è penetrato nella legislazione italiana con il d. l. 14 dicembre 1974 n. 657, convertito in legge 28 gennaio 1975 n. 5, istitutiva del Ministero per i beni culturali e ambientali. Ma è altrettanto noto che fu la c.d. Commissione Franceschini ad introdurre in un documento ufficiale la locuzione “beni culturali”, abbandonando le tradizionali categorie di “cose d’arte”, “antichità e belle arti”, “cose di interesse storico e artistico” precedentemente utilizzate dalle prime leggi nazionali¹.

¹ Sulla genesi giuridica della nozione di bene culturale e sulla sua evoluzione nella ormai fitta letteratura: S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L’Amministrazione dello Stato*, Milano 1976, 117 ss.; M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 3 ss.; I.C. ANGLE, *Beni culturali: vicende di una definizione*, in *Nord e Sud*, 1980, 147 ss.; N. GRECO, *Stato di cultura e gestione dei beni culturali*, Bologna 1981; P.G. FERRI, *Beni culturali ed ambientali nel diritto amministrativo*, in *Dig. IV (Disc. pubbl.)*, To-

Assai rilevante si è altresì rivelato l'utilizzo del termine "bene", in quanto come esattamente avvertito da attenta dottrina², non è stata una scelta priva di significato. Invero, l'art. 810 c.c., definisce i beni come "le cose che possono formare oggetto di diritti". La norma codicistica mette in rilievo che non tutte le entità (materiali o immateriali) possono essere considerate, giuridicamente, dei "beni": tali risultano solo le cose a cui il diritto attribuisca una rilevanza. Il concetto di bene, dunque, costituisce una qualificazione giuridica idonea ad assumere la speciale attitudine di una cosa a soddisfare un interesse dell'uomo (la c.d. *utilitas*). Né deve trattarsi, necessariamente di un interesse di tipo economico. Anzi, il concetto di bene non è legato, in maniera diretta ed assoluta, al valore patrimoniale della cosa. Il bene, infatti, può esprimere valori o interessi oltremodo diversi esattamente come avviene nel caso dei beni culturali³.

Nel corso della stratificazione normativa, il legislatore ha dimostrato, infatti, di apprezzare ed attribuire rilevanza giuridica ad una gamma estremamente variegata di beni culturali in relazione ai diversi

rino 1987, II, 217 ss.; B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano 1988, II, 30 ss.; G.A. ACQUAVIVA, *Sulla nozione di bene culturale*, in *Amministrazione e politica*, 1994, n. 5-6, 79 ss.; G. COFRANCESCO, *Introduzione*, in ID., (a cura di), *I beni culturali tra interessi pubblici e privati*, Roma 1996, 29 ss.; V. DE SANTIS, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Aedon*, n. 1, 1998; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni culturali: gnoseologia e nuove "disposizioni"*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di V. Caputi Jambrenghi, 1999, 429 ss.; T. ALIBRANDI, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Foro amm.*, 1999, 2702 ss.; G. PITRUZZELLA, *La nozione di bene culturale*, in *Aedon*, n. 1, 2000; quindi A. CATELANI, *Definizione e disciplina dei beni culturali nell'ordinamento vigente*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. 33, *I beni e le attività culturali*, a cura di A. Catelani e S. Cattaneo, Padova 2002; T. ALIBRANDI, P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano 2001, 10 ss.; A. CROSETTI, *La tutela ambientale dei beni culturali*, Padova 2001, 7 ss.; A. ROTA, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità*, Padova, 2002, 20 ss.; F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano 2002; M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano 2003, vol. II, 1053 ss.

² M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., 24 ss.; nonché per le letture privatistiche: C. MAIORCA, *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, Torino 1937, 30 ss.; G. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 60 ss.; G. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritti civili*, a cura di F. Vassalli, Milano, 1953; S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano 1962, 195 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano 1982.

³ Come esattamente avvertito da E. FOLLIERI, *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio, I beni culturali*, Napoli 2005, 57; sul punto sia consentito altresì il rinvio a A. CROSETTI, *Beni culturali e valutazione dell'interesse pubblico*, in Aldo M. Sandulli (1915-1984). *Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano 2004, 523 ss.

interessi che essi possono esprimere in quanto volti a soddisfare il bisogno di "cultura" di una data società o dell'intera umanità ovvero in quanto "testimonianza avente valore di civiltà" secondo la felice intuizione di Franceschini. La rilevanza di tali interessi si è notevolmente arricchita e diversificata nel corso del tempo e partendo, originariamente, dai beni espressione di un interesse storico, artistico, archeologico si è progressivamente pervenuti anche ai beni di interesse preistorico, paleontologico e paleontologico che afferiscono a tempi più remoti, per pervenire ai beni etnoantropologici con più diretto riferimento alle manifestazioni sociali, familiari e morali delle società contemporanee.

Questa progressivo arricchimento percettivo ha portato ad affermare che ciò che contraddistingue un bene come culturale è la sussistenza in esso di una qualità oggettiva ed intrinseca, consistente in uno degli interessi dianzi evidenziati. A fronte di tale constatazione, in dottrina, si è posto l'interrogativo sull'esistenza di una nozione unitaria ed onnicomprensiva dei "beni culturali".

Da taluni⁴, si è sostenuto che il valore "culturale", congiuntamente all'immaterialità ed alla pubblica fruizione, rappresenterebbero gli elementi scriminanti e tipizzanti della unitarietà della nozione, con conseguente possibilità di operare una *reductio ad unum*, nonostante le pur molteplici tipologie di beni riconducibili in tale nozione. Da altri⁵, si è detto che la configurazione in termini unitari rappresenta più un mito che una realtà, in quanto la nozione di "bene culturale" costituisce solo una sintesi verbale che, in realtà, comprende una varietà assai ampia di fattispecie, con la conseguente impossibilità di un trattamento normativo omogeneo delle svariate categorie di beni culturali.

⁴ Su tali posizioni M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., 20 ss.; T. ALIBRANDI, P. FERRI, *I beni culturali*, cit., 25 ss.; V. CERULLI IRELLI, *I beni culturali nell'ordinamento italiano vigente*, in *Beni culturali e Comunità europea*, a cura di M.P. Chiti, Milano 1994, 1 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Postfazione (ad un dibattito su "la cultura e i suoi beni giuridici")*, in *I beni culturali: gnoseologia e nuove "disposizioni"*, cit., 429 ss.; in giurisprudenza il Consiglio di Stato (Sez. VI, 6 settembre 2002 n. 4566, in *www.AmbienteDiritto.it*) ha avuto occasione di affermare che la nozione di bene culturale sostituisce, ormai, le vecchie categorie di cose di interesse storico o artistico, di cose d'arte, di cose di antichità, realizzando una considerazione unitaria della materia.

⁵ Per tale prospettazione: G. SEVERINI, *Nozione di bene culturale*, in AA.VV., *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, (a cura di G. Caia), Milano 2000, 14 ss.; B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale*, cit., 134 ss. Invero, perché possa ritenersi esistente un'unica ed onnicomprensiva nozione di bene culturale sarebbe necessario dimostrare che per quell'unica nozione giuridicamente intesa, unico sarebbe il regime giuridico applicabile il che non è.

A contemperamento di queste diverse prospettazioni è stato giustamente rilevato⁶ che lo studio dei beni culturali è, indubbiamente, una disciplina trasversale che copre svariati campi del sapere umano e non solo quello giuridico. Conseguentemente, si possono avere plurime definizioni di beni culturali in relazione alle varie tipologie. Sotto il profilo giuridico la rilevanza e l'apprezzamento di tali beni sono legati al concreto atteggiarsi del diritto positivo⁷.

Come già ricordato un apporto oltremodo significativo è stato offerto dalla definizione della Commissione Franceschini, secondo la quale costituiscono beni culturali “le testimonianze *materiali* aventi valore di civiltà”. Tale nozione di natura pregiuridica o sostanziale, ha, infatti, consentito di accrescere la sensibilità, non solo del legislatore, verso la necessità di tutelare e valorizzare una vasta gamma di beni che, a vario titolo, rientrano nella nozione di patrimonio culturale⁸.

Nonostante le perplessità, manifestate in dottrina ed in seno alla stessa Commissione⁹, in ordine alla sua eccessiva ampiezza, la nozione è entrata nell'uso corrente, rimanendo peraltro fundamentalmente estranea al linguaggio normativo, fino al d. lgs 31 marzo 1998 n. 122 che, all'art. 148, per la prima volta, ha definito beni culturali “quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà”.

⁶ In tal senso molto puntualmente E. FOLLIERI, *Diritto dei beni culturali*, cit., spec. 59.

⁷ Così ancora FOLLIERI, *op. ult. cit.*, 59; v. pure CATELANI, *Definizione e disciplina dei beni culturali*, cit., 59 ss.; v. altresì DE SANTIS, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, cit.; e PITRUZZELLA, *La nozione di bene culturale*, cit.

⁸ Nozione che, come noto, ha trovato una più precisa individuazione nell'art. 2 del d. lgs n. 42 del 22 gennaio 2004 Codice dei beni culturali e del paesaggio (c.d. Codice Urbani), sulla cui valenza si rinvia a R. ROTIGLIANO, *Commento art. 2*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna 2008, 58 ss.; G. SEVERINI, *Commento artt. 1-2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2012, 3 ss.; B. SAPONARO, *Commento art. 2*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli e V. Caputi Jambrenghi, Torino 2005, 41 ss.; nonché P. STELLA RICHTER, *La nozione di patrimonio culturale*, in *Foro amm. CDS*, 2004, (4), 1280 ss.; MARINI, *Lo statuto costituzionale*, cit., 203 ss.

⁹ Cfr. G. SPADOLINI, *Una politica per i beni culturali*, cit. Va peraltro avvertito che dietro i mutamenti lessicali operati dalla Commissione Franceschini si celavano indubbiamente, anche precise opzioni di tipo sostanziale. Così, l'utilizzo della locuzione “beni culturali” in luogo delle “cose d'arte” implicava la distinzione tra beni, intesi in senso giuridico, e cose materiali, in tal modo venendo a sottolineare la specifica attitudine a soddisfare un interesse dell'uomo come dianzi evidenziato.

Tale definizione, ha destato non pochi problemi interpretativi, in quanto è venuta spostando ulteriormente i "confini" della categoria, da un lato, eliminando il limite "storico" della "materialità", ancora presente nella Dichiarazione Franceschini, dall'altro, includendo i beni del patrimonio demoetnoantropologico, ampliando così le possibilità di intervento pubblico ma rischiando, tuttavia, di tramutarsi in una sorta di onnicomprensività o, com'è stato, detto di un "pan culturalismo"¹⁰.

In tale processo evolutivo, una vicenda del tutto particolare ha riguardato la categoria dei beni che sono venuti assumendo interesse etnoantropologico. o alternativamente per l'importanza che sono venuti rivestendo nel campo della paleontologia, della preistoria e nello studio delle primitive civiltà come sancito rispettivamente dagli artt. 2 e 10 del D. Lgs 42/04, c.d. Codice Urbani¹¹.

Va, peraltro, avvertito che il riconoscimento del valore culturale dei beni etnografici ed antropologici è strettamente collegato alla storia dell'Italia post unitaria, e si svolge nel corso dei sessantatré anni che separano l'inaugurazione a Roma del Museo Nazionale Paleografico ed Etnografico Luigi Pigorini e l'approvazione della Legge Bottai, in materia di "Tutela delle cose di interesse artistico e storico" avvenuta nel giugno del 1939, pochi mesi prima dello scoppio della Seconda guerra Mondiale.

Onde pervenire ad una prima legge nazionale volta alla tutela del patrimonio nazionale, come noto, fu necessario attendere il 1902, con l'approvazione delle Legge Nasi per la tutela dei monumenti, degli immobili e degli oggetti mobili "che abbiano pregio di antichità o d'arte"¹². L'ela-

¹⁰ Come avvertito da M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, cit., 1053; ed evidenziato anche da M.A. CABIDDU, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino 2007, 8. Non va tuttavia sottaciuto che il d. lgs 148/1998 ha avuto come più diretto riferimento applicativo i rapporti tra Stato ed enti territoriali minori, pertanto la richiamata nozione non ha prodotto effetti in ordine all'individuazione dei beni culturali da sottoporre a disciplina pubblicistica.

¹¹ Il testo del d. lgs. 42 del 22 gennaio 2004, modificato dal d. lgs n. 156 del 2006 e dal d. lgs n. 62 del 2008 riporta "Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico [...]".

¹² L. 12 giugno 1902, n. 185, per la conservazione dei monumenti ed oggetti d'antichità e d'arte. La normativa che prese il nome dal suo promotore Nunzio Nasi, allora Ministro della pubblica Istruzione, fu a suo modo innovativa perché oltre a rendere obbligatoria l'inventariazione dei beni, inseriva la tutela indiretta e la possibilità di prelazione da parte dello Stato in caso di compravendita di beni artistici. Su tale vicenda legislativa: E. MATTALIANO, *Il movimento legislativo per la tutela delle cose di interesse artistico e storico dal 1861 al 1939*, in G. LIMITI (a cura di), *Ricerca sui beni culturali*, Roma 1975, vol. I; v. pure F. MARIOTTI, *La legislazione delle belle arti*, Roma 1892; quindi N. GRECO, *Stato*

borazione del Testo durò più di trent'anni e fu oggetto di continue discussioni sia all'interno che all'esterno del Parlamento¹³ come dimostra la ricca produzione di libelli e pamphlet da parte di antiquari, giuristi e semplici intellettuali. Preso atto della necessità di elaborare una legge che disciplinasse la materia dei beni culturali, il timore degli uomini di cultura fu che questa diventasse troppo restrittiva, di fatto inapplicabile. La legge Nasi, per quanto illuminata, limitava la sua tutela ai "monumenti, agli immobili ed agli oggetti mobili che abbiano pregio di antichità o d'arte" come prescriveva l'art. 1 con evidente perno sulla "realità" e "materialità" dei beni¹⁴. Il testo, fortemente improntato alla necessità di educare la Nazione, presentava tuttavia ampie lacune e dopo essere stato modificato nel 1904 venne successivamente abrogato dall'approvazione della Legge Rosadi¹⁵, che rappresenta il primo testo normativo dell'Italia Unita in cui viene, per la prima volta, riconosciuta la valenza dell'etnografia, disciplina che nel corso della storia culturale italiana ha sempre goduto di un'alterna fortuna.

di cultura e gestione dei beni culturali, cit., spec. 29 ss. Per commenti dell'epoca sulla legge del 1909: A. MUSATTI, *La nuova legge sulle antichità e belle arti*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, 435 ss.; successivamente R. PARIBENI, *Antichità e belle arti*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino 1937, vol. I, 477 ss.; da ultimi per una puntuale ricostruzione storico legislativa: R. BALZANI, *Per le antichità e le belle arti. La legge n. 364 del 20 giugno 1909 e l'Italia giolittiana*, Bologna 2004; G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali. Storia e attualità*, Padova 2013, 78 ss.

¹³ Per ulteriori riferimenti sul dibattito: E. FUSAR POLI, *La causa della conservazione del bello*, Milano 2006, 219 ss.

¹⁴ Il carattere della "materialità" dei beni culturali è stato diffusamente sostenuto in dottrina: tra i molti G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Cultura, diritto, territorio*, Napoli 1994, 10 ss.; I. MASSARI, *Beni culturali*, in *Dig. civ.*, Torino, Aggiornamento 2003, tomo I, 173 ss.; I. RADOCCIA, *Diritto e beni culturali*, Napoli 2004, 20 ss.; da ultimi, anche con riferimento ai beni immateriali: C. VIDETTA, *Beni culturali (nel dir. amm.)*, in *Dig. (Disc. pubbl.)*, in *Portale Pluris*, 2012, 20 ss.; A. BARTOLINI, *Beni culturali (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, *Annali VI*, Milano 2013, 110 ss. Invero, l'art. 2 della legge Nasi, pur non prendendo ancora in considerazione i beni etnografici estendeva la sua tutela anche nei confronti delle "collezioni di oggetti d'arte e di antichità, i monumenti ed i singoli oggetti d'importanza artistica ed archeologica, appartenenti a Fabbricerie, a Confraternite, ad Enti ecclesiastici di qualsiasi natura, e quelli che adornano chiese e luoghi dipendenti o altri edifici pubblici, sono inalienabili".

¹⁵ L. 20 giugno 1909, n. 364, successivamente modificata dalla L. 23 giugno 1912, n. 688 e dal R.D.L. 24 novembre 1927, n. 2461, convertito nella L. 31 maggio 1928 n. 1240.

2. Il primo affermarsi di interessi verso l'etnografia esterna

Per comprendere le ragioni che hanno indotto l'inserimento del termine all'interno del panorama legislativo italiano è utile ricordare come gli studi etnografici nel corso dei precedenti vent'anni avessero permesso all'Italia di giocare un ruolo di primo piano nella sfida tra le diverse potenze europee per la conquista delle terre d'oltre mare e delle nuove scoperte geografiche. Nel corso dell'Ottocento la Nazione, ancora giovane ed incerta, aveva, peraltro, dato i natali ad esploratori ed etnografi entusiasti¹⁶. Non deve stupire il fatto che l'etnografia¹⁷, l'etnologia e l'antropologia, spesso utilizzate come sinonimi, abbiano vissuto un vero e proprio momento d'oro nel corso dell'Ottocento¹⁸.

Alla base di questa "rivoluzione etnografica" vi è il mutamento della concezione di cultura, termine fino ad ora riservato ad indicare la produzione artistica o letteraria di una determinata elite, che viene esteso fino a comprendere "la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume, e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo come membro di una società", secondo la definizione offerta da Burnett Taylor¹⁹. Una nuova visione, che spinta dal positivismo e dalle teorie e dai testi di Charles Darwin, aveva aperto le porte allo studio ed al confronto con gli altri. Uno sforzo intellettuale, che presto venne incasellato nella

¹⁶ Va solo avvertito che lo "studio degli altri" è frutto di una curiosità atavica, come dimostra la presenza nella stessa Iliade di Omero, di descrizioni dettagliate relative agli usi ed ai costumi delle diverse popolazioni. L'esigenza di confrontarsi e raccontare gli altri si riscontra lungo tutto l'arco della storia greco romana, di cui sono rimaste le splendide descrizioni di Erodoto, quelle "criminologiche" di Teofrasto, di Posidonio di Apamea e successivamente di Tacito e di Plinio il Vecchio.

¹⁷ Il termine di derivazione greca, era stato riportato in uso dall'*Atlante Etnografico* di Adriano Baldi, edito nel 1826, che catalogava le diverse popolazioni in base agli usi linguistici. Quindici anni più tardi, con la costituzione della Société Ethnologique di Parigi, venne inserito nel linguaggio comune anche il termine etnologia con un'accezione più vicina all'antropologia fisica ed allo studio delle "razze".

¹⁸ Come evidenziato da S. PUCCINI, *Evoluzionismo e positivismo nell'antropologia italiana*, in *L'antropologia italiana in un secolo di storia* (di P. Clemente, A.R. Leone, S. Puccini, C. Rossetti, P.G. Solinas), Roma-Bari 1985, 99-148.

¹⁹ B. TAYLOR, *Primitive Culture*, Londra 1871, 1, la definizione che introduce il testo dell'antropologo britannico è stato riportato anche nella voce *Cultura*, in *Dizionario di antropologia: etnologia, antropologia culturale, antropologia sociale* a cura di U. Fabietti, F. Remotti, Bologna 1997, 151. La cesura rispetto al passato è netta, la cultura non è solo più qualcosa di prezioso a causa delle proprie doti artistiche, ma è tradizione, concezione o regola che si tramanda di generazione in generazione. La visione che si diffonde nel mondo intellettuale ingloba nella cultura anche le feste, le tradizioni i riti e gli usi ed i costumi delle popolazioni extraeuropee e quelle delle classi subalterne, contadini o operai.

visione politica dei nascenti Stati moderni, i quali trasformarono l'analisi e la rivalutazione delle culture primitive e rurali in uno dei pilastri per la creazione delle Nazioni europee, permettendo così la trasformazione dei sudditi in un popolo unito da un patrimonio tradizionale comune.

Le spedizioni esplorative, non erano considerate solo per il loro valore accademico, ma spesso precedevano o si univano alle campagne per la scoperta di nuove terre da colonizzare e da sfruttare per risolvere i problemi interni che mettevano a dura prova i giovani traballanti governi nazionali. Gli esploratori italiani partivano, spesso poco più che ragazzi, alla scoperta dell'Africa Nera, del Congo e dell'area sub Sahariana, tra i galla e le tribù "sanguinarie". Com'è stato, anche recentemente, avvertito questi pionieri "agivano di propria iniziativa, senza un vero progetto e dovendo contare esclusivamente sulle proprie forze, il proprio coraggio e la propria capacità di arrangiarsi. [...] eroi tra i molti di un'Italia in corso d'opera, che non potendoli o non volendoli aiutare, preferiva quasi ignorare di averli"²⁰. Quando le imprese andavano a buon fine ottenevano spesso un posto d'onore nelle cronache, quasi mai un contributo ufficiale da parte del Governo²¹.

L'etnografia vissuta sul campo trova, in Italia, il suo primo riconoscimento istituzionale alla fine del secolo²², nel 1876 con l'inaugurazione del Museo Nazionale Paleografico ed Etnografico nei locali del collegio romano²³. L'Istituto era nato per rispondere alla crescente esigenza di or-

²⁰ S. GONZATO, *Esploratori Italiani dell'Ottocento*, Vicenza 2012, 7-8.

²¹ Sono gli anni di Pietro Savorgan di Brazza (sulla cui figura v. V. SPRETI, *Enciclopedia Storico-Nobiliare Italiana*, VI, Milano 1928-1936, 169), di Giovanni Brazza, di Giovanni Miani, di Giovan Battista Cerruti, e di Giacomo Bove, che si imbarcherà per tentare il passaggio a Nord Ovest. Su queste figure di neo esploratori si rinvia a S. GONZATO, *Esploratori italiani dell'ottocento*, op. e loc. cit.

²² Sulla metodologia degli etnografi viaggiatori italiani v. S. PUCCINI, *Andare lontano: viaggi ed etnografia nel secondo Ottocento*, Roma 1999, 39-40. "Gli etnografi viaggiatori – e ne vedremo più di un esempio – praticano davvero e non per metafora le strategie della caccia e non esitano ad usare la forza, l'astuzia, l'inganno, per "catturare" le prede più diverse: dagli scheletri dei morti agli oggetti d'uso dei "selvaggi"; dai calchi di gesso dei loro volti ("le maschere sul vivente") alle fotografie di uomini, donne, villaggi. Un'attività rapinosa, nel vero senso del termine [...] per riportare a casa materiali che non sono solo reperti importanti per le elaborazioni scientifiche, ma prove che (come direbbe Gertz) dimostrano che si è davvero stati *laggiù*".

²³ Sette anni prima, nel 1869 Paolo Mantegazza, era stato chiamato a dirigere la prima cattedra italiana ed europea di antropologia, costituita nell'Istituto di studi superiori pratici e di perfezionamento di Firenze per volontà di Pasquale Villari nel clima di dialettica culturale e scientifica seguito all'affacciarsi delle teorie evoluzionistiche, si veda la voce di G. ARMOCIDA e G.S. RIGO in *Dizionario Biografico degli italiani*, Roma 2007.

ganizzare il materiale inviato da studiosi, geografi e archeologici come dimostra la lettera con cui Luigi Pigorini, padre dell'Etnografia accademica italiana²⁴ chiese all'allora ministro dell'istruzione Bonghi la creazione di una nuova istituzione museale. "L'Italia avrebbe pur essa per tal modo, al pari delle altre nazioni, un vero Museo etnografico, all'incremento del quale, come avviene altrove, coopererebbero senza dubbio e gli scienziati nostri, che vanno peregrinando in lontani paesi, e tutti coloro che per ragioni d'ufficio, quali sono i consoli trovansi a contatto con popoli selvaggi e barbari"²⁵.

Non va poi sottaciuto che nell'incremento dell'attenzione verso la disciplina etnografica ebbe a giocare un ruolo cruciale la Guerra d'Abissinia, o prima guerra Italo Etiopica, dove i resoconti delle azioni militari sono arricchiti da curiosità geografiche e dettagli sui costumi, spesso indicati come "barbari", adottati dai sudditi del *negus* Menelik II. I volumi de la "*La guerra Italo Abissina: documentata ed illustrata*" e "*L'illustrazione Italiana*" dei fratelli Treves o grazie alle pagine de "*La tribuna illustrata*", di Eugenio Rubichi, diventano il terreno di prova dell'etnografia militante che trasforma le differenze culturali in un terreno fertile per la propaganda.

3. (Segue) *L'affermarsi di interessi verso l'etnografia interna*

Parallelamente in Italia, come nel resto dell'Europa, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento l'attenzione degli studiosi venne rivolta verso lo studio delle tradizioni e dei costumi delle popolazioni che abitavano la penisola prima dell'unificazione. L'annotazione delle tradizioni, degli usi ed i costumi del volgo, non fu più considerata come la semplice fonte di svago per nobili ed intellettuali come era stata fin dalle opere di Gian Battista Vico²⁶, ma venne approfondita come espressione diven-

²⁴ La voce *Pigorini Luigi* in *Enciclopedia Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012 ricorda come lo studioso, che per primo studiò le terramare parmensi, venne chiamato nel 1876 alla cattedra di Paletnologia dell'Università di Roma, e mantenne la cattedra per oltre quarant'anni. Fu anche co fondatore del *Bullettino di Paletnologia Italiana*.

²⁵ Lettera di L. Pigorini al Ministero della Pubblica Istruzione Bonghi, Roma, 4 giugno 1875, in Archivio del Ministero della pubblica istruzione, Direzione Generale, I versamento, busta 316, fasc. 187-32.

²⁶ Lo studioso viene considerato uno degli iniziatori della tradizione demologica ed etnografica italiana con la *Scienza Nuova*, pubblicata nel 1725.

tando prima fonte di impegno politico e successivamente una vera e propria attività professionale²⁷.

Nel corso dei primi anni del XIX secolo, la descrizione del mondo rurale contadino era pervasa dalle concezioni estetizzanti che vedevano le campagne come il mondo puro, non contaminato, una sorta di Arcadia pastorale²⁸ come avviene nello stesso *Saggio sopra gli errori popolari degli antichi*, scritto da Leopardi nel 1815. Pochi anni prima l'inchiesta napoleonica sui dialetti, gli usi ed i costumi italiani aveva dato vita ad una nuova stagione di studi, caratterizzata dall'attività di esponenti del mondo non accademico, che sebbene privi di un vero e proprio metodo avevano, permesso spinti da una visione Romantica²⁹, l'accumulo e la registrazione di un patrimonio di usanze considerevole³⁰. L'avvento dei primi moti di liberazione e del periodo pre unitario, la tradizione orale acquisì un nuovo significato identitario, venendo utilizzata come rivendicazione di autonomia politica e culturale, processo che coincise con la formalizzazione della materia³¹.

La nascita del folklore³² o demopsicologia, avvenne grazie al contri-

²⁷ P. CLEMENTE, I CANDELORO, *I beni culturali demo etno antropologici*, in *Manuale dei beni culturali*, a cura di N. Assini, P. Francalacci, Padova 2000, 197. Il periodo coincide con il primo affermarsi dell'antropologia intesa quale scienza o disciplina che studia l'uomo nelle sue caratteristiche morfologiche, fisiologiche e psicologiche. Su tale affermazione anche per profili storici: T. TOPINARD, *Elements d'Antropologie générale*, Paris 1885; A.C. HADDON, *History of Antropology*, Londra 1910; nonché la voce *Antropologia* di Gioachino Sera, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti*, Milano 1929, III, 582 ss.

²⁸ Questa concezione deve essere osservata come un contro mito rispetto a quello "del buon selvaggio", che ha pervaso i primi studi etnografici sulle civiltà extraeuropee come osserva G. COCCHIARA, *Storia del Folklore in Italia*, Palermo 1981, 21.

²⁹ Il recupero della poesia e dei canti tradizionali è il frutto del revival storico avviato dalla pubblicazione dei canti di Ossian, come osserva giustamente Cocchiara, *ivi*, 52 ss.

³⁰ In questo filone si inseriscono come evidenziano P. CLEMENTE, I. CANDELORO, *ibidem*, anche l'opera di Michele Placucci, impiegato, *Usi, e pregiudizj de' contadini della Romagna operetta serio-faceta di Placucci Michele di Forlì*, o di padre Antonio Bresciani, gesuita e la serie dei *Canti* di Nicolo Tommaseo.

³¹ In questo filone si inserisce il lavoro di E. RUBIERI, *Storia intima della Toscana dal 1 gennaio 1859 al 30 aprile 1860*, Prato 1861; ID., *Storia della poesia popolare italiana*, Firenze 1977; di A. D'ANCONA, *La poesia popolare italiana*, Livorno 1878 e di C. NIGRA, *Canti popolari del Piemonte*, Torino 1888 e una serie di opere monografiche dedicate all'analisi delle credenze legate ai diversi momenti della vita religiosa in Canavese.

³² Il termine folklore nasce il 22 agosto del 1848 con la pubblicazione sulla rivista *Athenaeum* di Londra, di una lettera di Ambrogio Werton, pseudonimo di William Thoras, che per la prima volta definisce *folklore* ciò che comunemente veniva apostrofato come "letteratura popolare", termine composto delle parole inglesi *folk* popolino e *lore* studio. In G. COCCHIARA, *Il folklore*, Milano 1927, p. 2 ss. l'autore si concentra sull'ori-

buto di letterati ed intellettuali. I romanzi veristi di Giovanni Verga permisero di giungere alla visione puntuale e pragmatica di Alberto De Gubernatis³³, ed al lavoro minuzioso e partecipato di studiosi devoti come Giuseppe Pitrè³⁴. L'iter permise di avviare una profonda riflessione sull'importanza dell'etnografia italiana, in quanto studio delle tradizioni orali del volgo, maturate e tramandate nel corso di centinaia di anni e delle sue produzioni materiali, oggetti e strumenti per la vita contadina e rurale e delle sue espressioni immateriali, attraverso la registrazione di superstizioni, feste ed abitudini³⁵.

gine della definizione e sulla traduzione italiana in demopsicologia, che non manterrebbe il significato di studio degli strati più bassi della popolazione, termine che non corrisponderebbe tanto con il *demoi* dei greci quanto con il *vulgus* dei latini. Si tratterebbe così dello studio delle tradizioni degli strati più umili della popolazione. Il termine trasferito dall'inglese all'italiano in alcuni casi viene scritto sostituendo la c alla k, ma secondo Cocchiara questa abitudine rischia di creare un composto di termini che non trovano corrispondenze né nella tradizione anglosassone, né tantomeno in quella italiana. Sulla genesi e gli sviluppi del folklore inteso nel significato di "ricerche relative alle tradizioni popolari" v. soprattutto P. BOGATIREV, R. JAKOBSON, *Il folklore come forma di creazione autonoma*, in *Strumenti critici*, 1967, I, 223-240 (ediz. orig. 1929); per la letteratura inglese di inizio '900: M. COX, *Introduction to Folklore*, Londra e New York, 1895 (rist. 1904); L. GOMME, *Hand-Book of Folklore*, Londra 1887; e in quella francese: R. VUIA, *Etnographie, ethnologie, folklore*, Cluj 1930; P. SEBILLOT, *Le folklore*, Paris 1913; e soprattutto A. VON GENNER, *Le folklore*, Parigi 1924; per l'Italia v. R. CORSO, *Folklore. Storia, oggetto, metodo, bibliografia*, Roma 1931; nonché ID., *Folklore*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Milano, I, 1932, Vol. XV, 606 ss.

³³ Sulla figura e il ruolo del padre dell'indianistica in Italia si v. L. Strappini, voce *Angelo De Gubernatis*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Istituto per la Enciclopedia Italiana, 1988, 227 ss. L'intellettuale, nato a Torino nel 1840 e morto a Roma nel 1913, si distinse per essere uno dei primi studiosi di sanscrito, ed una volta tornato in patria al termine di una borsa di studio a Berlino, si dedicò all'insegnamento ed alla stesura di libri per ragazzi. I suoi studi lo portano ad avvicinarsi alla demologia e le numerose amicizie approfondite in gioventù gli permisero di realizzare una rivista dall'alto valore intellettuale, con il contributo di accademici di fama internazionale.

³⁴ Diversamente da De Gubernatis, Giuseppe Pitrè, nato a Palermo nel 1841 e morto nella stessa città nel 1916, dopo gli studi in medicina, esercitò la professione nel capoluogo siciliano, a diretto contatto con gli strati più umili della popolazione. Fu proprio questa vicinanza con l'oggetto dei suoi studi, che gli permise di raccogliere un patrimonio di conoscenze ed oggetti tradizionali vasto e variegato. Diversamente dagli altri studiosi nei 25 volumi sulla storia e sulle manifestazioni del folklore popolare traspare una decisa "simpatia", le superstizioni e le tradizioni vengono descritte con l'occhio complice, di chi le ha vissute in prima persona. Nel 1910, coeva all'apertura del Museo delle tradizioni siciliane, ottenne la prima cattedra di demopsicologia istituita nel capoluogo siciliano.

³⁵ Numerose credenze che ancora oggi vengono inconsciamente applicate dalla maggioranza degli italiani, affondano le loro radici nel folklore, prima tra tutte l'usanza di gettare il riso agli sposi. Ogni momento della vita dell'individuo, ed ogni periodo dell'anno solare è caratterizzato da alcune piccole superstizioni e da degli specifici riti di passaggio,

Nei vent'anni a cavallo della fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento si deve registrare la comparsa di due importi riviste, la prima, *Biblioteca delle tradizioni popolari siciliane* edita in 25 volumi a cavallo del 1871 ed il 1913, fu promossa da medico palermitano che, dieci anni più tardi, nel 1880 diede vita insieme all'amico Salvatore Salomone Marino all'*Archivio per lo studio delle tradizioni popolari*; la seconda "*Rivista delle tradizioni popolari italiane*", dal maggior rigore scientifico, durò solamente un biennio, dal 1894 alla fine dell'anno successivo, raccogliendo tuttavia i contributi entusiasti di scrittori e scienziati europei³⁶.

Parallelamente e contestualmente tra il 1890 e il 1911 si viene affermando la prima stagione della museografia etnografica e delle tradizioni popolari³⁷, quale tentativo di legittimazione istituzionale della particolarità delle culture territoriali italiane, a 30-50 anni dall'Unità.

L'attenzione verso l'etnografia interna³⁸ viene ribadita nel 1910 anche dalle parole del folclorista Lamberto Loria, fondatore del Museo di Etnografia Italiana di Firenze, in occasione del Congresso Geografico di Palermo. L'Italia, spiega lo studioso "non ha colonie o non ne ha tali da ispirare ai nostri scienziati una passione per l'etnografia esotica[...] perchè andiamo tanto lontano a studiare gli usi ed i costumi dei popoli se ancora non conosciamo quelli dei nostri connazionali uniti politicamente sotto un sol governo; ma con nel sangue, fuse o semplicemente mescolate mille eredità diverse?"³⁹. Il pensiero dell'etnografo permette non solo di comprendere il valore della ricerca e della salvaguardia delle risorse materiali delle tradizioni regionali italiane, ma anche come questo

che sono spesso legati ad oggetti e strumenti ben definiti. Per avere una definizione dettagliata del campo di indagine della demopsicologia moderna si consulti l'importante contributo di P. TOSCHI, *Il folklore: Tradizioni, vita e arti popolari*, Milano 1967, 15 ss.; nonché G. VIDOSSÌ, *Saggi e scritti minori di folklore*, Torino 1960.

³⁶ Entrambe le riviste sono state recentemente digitalizzate e sono disponibili nel dvd allegato al volume di G.L. BRAVO, *Prima etnografia d'Italia. Gli studi di folklore tra '800 e '900 nel quadro europeo*, Milano 2013, 15 ss. Il volume nei primi capitoli ripercorre l'evoluzione della materia nel panorama intellettuale italiano.

³⁷ Non possono non essere ricordate le iniziative museali di Pitrè in Sicilia e di L. Loria a Firenze e poi a Roma come giustamente evidenziato da A.M. CIRESE, *I beni demologici in Italia e a loro museografia*, in *Graffiti di museografia antropologica italiana* (di P. Clemente), Siena 1996.

³⁸ Il rapporto tra il folklore, l'etnografia e l'archeologia viene definito chiaramente da R. PETAZZONI, *I Misteri*, Bologna 1923, 3, dove l'autore evidenzia come "archeologia sia lo studio delle civiltà antiche in senso largo, la etnografia lo studio dei selvaggi in senso stretto, ed il folklore infine sia lo studio dei volghi degli odierni popoli civili".

³⁹ L. LORIA, *Del modo di promuovere gli studi di etnografia italiana*, in *Rivista contemporanea*, vol. III, Roma 1910, 4.

fenomeno sia stato direttamente influenzato dalla parallela espansione dell'interesse verso lo studio dei popoli delle colonie conquistate dalle potenze europee⁴⁰.

4. I primi riconoscimenti normativi nella legge n. 1089 del 1939

Sulla scorta di queste brevi premesse storiche e consci del fatto che il diritto non crea nuove situazioni, ma normalizza le spinte esistenti, si comprendono più chiaramente le ragioni per cui la scienza etnografica entra anche nel linguaggio giuridico⁴¹. Il testo normativo, "che stabilisce e fissa norme per l'inalienabilità delle antichità e delle belle arti", introduce il principio della tutela in riferimento all'espressione di un preciso "interesse", che nello specifico si concretizza nell'interesse paleo etnografico, relativo allo studio della preistoria e delle primitive civiltà ed in quello paleontologico⁴² come specificato all'art.1 della citata legge Rosadi. La normativa, sebbene colga l'importanza della tutela degli "oggetti" che rappresentano testimonianza delle "primitive civiltà"⁴³, non

⁴⁰ Sulla presenza di un legame tra la nascita dell'etnografia italiana e del folklore e le imprese coloniali si è espresso anche G. COCCHIARA, *Storia del Folklore in Italia*, Palermo, II ristampa 1981, 234 ss.

⁴¹ Una posizione ed un ruolo marginale, in questo contesto, ha svolto la c.d. etnologia giuridica volta allo studio delle manifestazioni del diritto e delle tradizioni delle popolazioni primitive che non è riuscita a trovare una propria autonoma collocazione se non nell'alveo dello studio storico del diritto nonostante gli apporti avuti da studiosi di inizio secolo: A.E. POST, *Etnologia e scienza del diritto. Limiti della giurisprudenza etnologica*, in *Giurisprudenza etnologica*, (trad. it.), Milano 1906; G. MAZZARELLA, *L'etnologia giuridica: i suoi metodi, i suoi risultati*, in *Scientia*, 1910, 99-122; ID., *Il metodo negli studi della etnologia giuridica*, in *Riv. it. di sociologia*, 1906, X; ID., *L'etnologia e i fondamenti dell'analisi stratigrafica*, *ibid.*, 1912, XVI; nonché la voce *L'etnologia giuridica* di Raffaele Corso, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Roma 1932, XIV, 504.

⁴² Secondo la definizione offerta da F. BIANDRONNI, *Beni Culturali*, in *La tutela giuridica delle cose d'interesse artistico o storico*, a cura di M. Cantucci, Padova 1953 109, la "paleontologia è la scienza degli antichi esseri, essa studia cioè gli animali e le piante visuti sulla superficie della terra nelle epoche anteriori alla presente e che si rivelano per noi per mezzo delle loro spoglie fossili, sepolte negli strati della litosfera; poiché queste generalmente si trovano pietrificate, la paleontologia è detta anche scienza delle pietrificazioni". Per tale nozione riferita al contesto normativo di inizio novecento v. P. VINASSA DE REGNY, *Paleontologia*, Milano 1902; nonché la voce *Paleontologia*, di G. Cerchia Rispoli, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Roma 1935, vol. XXVI, 50 ss.

⁴³ La definizione deve essere intesa secondo la concezione del positivismo ottocentesco che vedeva nelle civiltà extra europee e nelle comunità tribali lo specchio delle popolazioni preistoriche. La moderata evoluzione tecnologica veniva fatta coincidere con

riesce a comprendere appieno il ruolo del crescente interesse per la materia che verrà esplicitato definitivamente solo dalla Legge Bottai del 1939⁴⁴.

Non bisogna tuttavia dimenticare che i trent'anni che separano le due normative sono densi di avvenimenti, che portano a considerare lo studio dell'etnografia come uno dei punti chiave nella formazione della classe dirigente nazionale. Il primo punto di svolta è costituito dal 1911, l'anno dell'inizio della guerra in Libia o campagna italo-turca, e dell'Esposizione Internazionale di Roma, voluta per celebrare l'anniversario dei primi cinquant'anni dell'Unità d'Italia. Una grande festa, che per sette mesi anima le tre capitali del Regno, insieme a Roma si svolgono fiere e convegni anche a Firenze e Torino, e che consacra la città eterna come il polo cultura ed intellettuale della nazione contrapposto a quello industriale delle città del Settentrione⁴⁵.

Con il completamento del processo di unificazione, l'etnografia non è più percepita solamente come uno strumento volto allo studio delle popolazioni lontane⁴⁶, ma è lo strumento essenziale per conoscere, catalogare e conservare le diverse espressioni regionali, attraverso lo studio del patrimonio materiale e immateriale delle province che costituiscono la nuova Italia. All'etnografia interna, assimilata spesso allo studio del folklore, i festeggiamenti romani riservano un ruolo chiave nella creazione

uno stadio primitivo dell'evoluzione umana, come se la lancetta delle popolazioni aborigene o del centro Africa si fosse fermata agli albori dell'umanità. Questo concetto viene ribadito anche dallo stesso L. Pigorini, nella Prima Relazione al Ministero della Pubblica Istruzione, in *Bollettino Ufficiale del Ministero della P.I.*, Roma, Ministero della P.I., 1881, 488 e ss. "Il Museo è diviso in due grandi classi, la preistorica e l'etnografica. [...] La ragione del parallelo fra le due classi sta in ciò, che nella infinita varietà di usi e costumi di popoli meno civili di noi, trovasi oggi ancora l'immagine del nostro passato più lontano, la spiegazione della maniera di vita e dei processi industriali delle popolazioni preistoriche".

⁴⁴ Sullo spirito e le finalità originali delle leggi del 1939 v. in particolare M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma 1952, 4 ss.; M. CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico e storico*, Padova 1953, 7 ss.; ID., *Patrimonio storico, archeologico ed artistico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1965, XII, 676 ss.; G. GERACI, *La tutela del patrimonio di antichità e d'arte*, Napoli 1956; DI PROSPERO, *Antichità, belle arti, musei*, in *Enciclopedia forense*, Milano 1958, I, 244 ss.; G. PIVA, *Cose d'arte*, in *Enc. dir.*, Milano 1962, XI, 94 ss.; O. FERRARI, *Tutela dei monumenti e delle opere d'arte*, in *Enciclopedia universale dell'arte*, Milano 1966, vol. XIV, coll. 268 ss.

⁴⁵ T. COURTNEY, *The International Exposition in Rome: architecture, archaeology, and national identity*, in *Journal of Historical Geography*, vol. 37, Amsterdam 2011, 441.

⁴⁶ Per avere un resoconto puntuale della produzione etnografica italiana nelle colonie alla data del 1911 si può consultare P. GRIBAUDI, *La più grande Italia: notizie e letture sugli Italiani all'estero e sulle colonie italiane (Libia, Eritrea, Somalia)*, Torino 1913.

della nuova identità nazionale, con la realizzazione nell'area di Piazza d'Armi di "Italopoli"⁴⁷, una struttura espositiva che permetteva ai visitatori di osservare le tradizioni delle 19 regioni italiane. Ogni tradizione locale aveva un padiglione, realizzato seguendo lo stile architettonico dei suoi monumenti, dove venivano mostrate le tradizioni e le diverse usanze, dalla mungitura, alla produzione artigianale⁴⁸.

L'affermarsi di un'etnografia interna, di stampo tardo ottocentesco e forte dell'esperienza del Pitrè, e di una esterna dedicata al confronto con le altre popolazioni perdura durante la Grande Guerra e l'ascesa del Fascismo⁴⁹, che prima di trasformarla in uno sterile strumento per lo studio e l'esaltazione della "razza"⁵⁰, la inserisce come parte integrante nella formazione degli amministratori del Ventennio⁵¹.

Com'è stato giustamente evidenziato, fino agli anni dell'Impero, che coincide con la presa dell'Abissinia, si può osservare "un tipo di colonizzazione di stampo paternalistico, che affiancava all'idea di una utilità

⁴⁷ T. COURTNEY, *op. cit.*, 444. Il Foro delle Regioni era affiancato da uno spazio dedicato all'esposizione dei paesi stranieri con un percorso etnografico, in senso stretto, che mostrava lo stile di vita nei paesi stranieri. Particolare successo ebbe il padiglione giapponese che nell'architettura riprendeva le linee architettoniche di una pagoda.

⁴⁸ T. COURTNEY, *op. cit.*, 453 e ss. L'autore che dedica una sezione alla descrizione di Italopoli insiste sul favore che quest'iniziativa riscosse sui giornali dell'epoca, in particolare sul *Giornale d'Italia* e dell'originalità dell'iniziativa, che permetteva a chi difficilmente nella sua vita sarebbe riuscito ad uscire dai confini del Lazio di compiere un tour virtuale della Penisola. Per i visitatori esteri i padiglioni erano invece la presentazione della diversità e densità culturale di ogni singola comunità italiana che ora coesisteva unita sotto l'insegna del recupero dei fasti di Roma.

⁴⁹ Il folklore verrà progressivamente assimilato ad una delle tante ramificazioni dell'etnografia (v. *infra*).

⁵⁰ Osservando la voce *Etnologia* in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, tomo 14 Eno-Feo, Roma, Treves, Treccani, Tumminelli, 1932, 495, compilata da Renato Biasutti (docente di Etnologia all'Università di Firenze), la materia viene definita come "la scienza che studia i popoli componenti l'umanità attuale, (contemporanea o storica) nella loro localizzazione, nelle reciproche integrazioni, nella manifestazione della loro cultura materiale, sociale e spirituale". L'etnografia costituisce la parte descrittiva dello studio mentre la visione "razziale" dell'umanità è definita come propria dell'antropologia, che studia l'aspetto anatomico e fisiologico. Nonostante la distinzione concettuale, le discipline sono state spesso riassunte sotto la categoria dell'etnografia.

⁵¹ Un importante contributo sull'uso del termine "razza" nel primo periodo del Regime e nell'Europa degli anni '20 è offerto dall'introduzione del volume di R. LYDEKKEK, *Le razze umane viventi: illustrazione popolare dei costumi, degli usi, delle feste, delle cerimonie, delle guerre, delle industrie dei popoli di tutto il mondo*, Milano 1926; oltremodo illuminante la voce *Razza* di Gioachino Serra (docente di Antropologia all'Università di Napoli), presente in *Enciclopedia italiana di scienze, letteratura e arti*, Roma, Treccani, 1935, vol. XXXVIII, 910 ss.

della colonia in funzione dei bisogni della madrepatria anche un programma di relativo miglioramento delle condizioni di vita materiale delle popolazioni soggette, che presupponeva una certa conoscenza etnografica delle colonie stesse⁵². I primi anni venti, dove è ancora forte la spinta liberale, vede una situazione coloniale caratterizzata dalla presenza “dell’italiano, che vi vive per molti anni, che ha interesse a conoscere le popolazioni del posto, ad apprendere la lingua, e che si sente in dovere di farle conoscere alla madre patria, portandosi a scrivere più o meno estesamente su di esse”⁵³.

All’etnografia accademica, ed allo studio del folklore⁵⁴ si affianca così la nuova etnografia “colonia” scritta “«dagli etnologi per caso», coloni – militari o civili – che si inventano il mestiere dell’antropologo pur non essendo in origine degli studiosi⁵⁵” ma che producono comunque dei capitoli importanti per la letteratura di settore. Questa visione di un colonialismo non repressivo viene confermata anche dalle parole di Benito Mussolini, che nelle direttive pronunciate durante il I Congresso dei Fasci all’estero, evidenzia come i coloni debbano “essere ossequienti alle leggi del Paese che li ospita. Devono dare l’esempio quotidiano di questo ossequio alle leggi, e dare, se necessario, tale esempio agli stessi cittadini” ed allo stesso modo non devono “suscitare dissidi nelle colonie ma piuttosto sanarli, all’ombra del littorio”⁵⁶.

⁵² B. SORGONI, *Etnografia e colonialismo: l'Eritrea e l'Etiopia di Alberto Pollera (1873-1939)*, Torino 2001, 22.

⁵³ B. SORGONI, *ibidem*.

⁵⁴ L’attenzione del fascismo per l’etnografia viene confermata anche dall’opera dedicata da Giovanni Gentile al Pitrè, definito come “sicilianissimo tra i siciliani”, G. GENTILE, *Giuseppe Pitrè*, Firenze 1940 6-7. L’autore attribuisce allo studioso la “conversazione di un’erudito consumato, dalla mente quadrata e provvista di una sterminata e tutta ben ordinata dottrina, mossa da uno spirito infaticabile ed irrequieto, bramoso di sapere e di chiarire il proprio sapere”. Benedetto Croce, aveva intuito l’importanza dello studio del folklore già nel 1894 quando aveva consigliato ai lettori dell’*Archivio per lo studio delle tradizioni popolari*, la più accurata e diligente esplorazione nelle opere letterarie allo scopo di ricercarvi notizie ed accenni relativi alla vita popolare, perchè ciò “porgebbe motivi di nuovo confronto fra i costumi del tempo e quelli ancora vigenti fra il popolo”. G. COCCHIARA, *op. cit.*, 1981, 14 ss.

⁵⁵ B. SORGONI, *op. cit.*

⁵⁶ B. MUSSOLINI, *Discorso in occasione del I Congresso dei Fasci all'estero, 31 ottobre 1925*, in A. MONTEMAGGIORI, *Dizionario della dottrina fascista*, Torino 1934, 209. Il ruolo e le funzioni delle colonie, anche per i profili giuridici, nel pensiero del regime fascista è ben evidenziato nei contributi di A. MALVEZZI, *Elementi di diritto coloniale*, Padova 1928; A. MORI, *Il concetto giuridico di colonia e le sue recenti formulazioni nella dottrina giuridica italiana*, Roma 1919; U. BORSI, *Studi di diritto coloniale*, in *Studi senesi*, 1917-1918; ID., voce *Colonia*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Milano 1931, X, 825;

Per poter attuare la politica coloniale fascista diventa così indispensabile lo studio dell'etnografia e delle usanze delle popolazioni dei territori italiani d'Oltremare, come confermano le parole di Guido Cortese. "La colonia – scrive il politico – bisogna studiarla, conoscerla, amarla: bisogna entrare nello spirito delle sue necessità di vita e di sviluppo"⁵⁷. Una posizione che viene confermata quattro anni più tardi anche da Pietro Badoglio che osserva come "colonizzare non vuol dire conquistare: vuol dire specialmente organizzare, ossia dominare con metodo, con giustizia con superiorità intellettuale e morale". Parole che si adattano pienamente al pensiero espresso nel 1933 da Alessandro Lessona, che dopo aver illustrato come le colonie siano il luogo ideale per i giovani "educati e cresciuti nel clima della Rivoluzione Fascista" rimarca l'importanza della formazione. "Occorre pertanto – scrive sulle pagine de *L'azione coloniale* – che all'impeto ed all'entusiasmo ch'è proprio della gioventù si accoppi lo studio accurato della colonizzazione nei suoi aspetti storici e nella conoscenza dei problemi coloniali nostri e dei Paesi che nelle conquiste coloniali ci precedettero[...]"⁵⁸. In questo clima, è chiaro come i musei etnografici e lo studio delle popolazioni dell'Italia d'Oltremare occupino un ruolo chiave⁵⁹. Come esattamente avvertito⁶⁰, le esposizioni di etnografia e di antropologia non sono più considerate come un semplice *divertissement* per intellettuali e famiglie, ma diventano "veri e propri organi di preparazione coloniale"⁶¹.

Sulla scorta di tali premesse, non stupisce pertanto la scelta di inse-

E. GIANTURCO, *Appunti di diritto pubblico coloniale*, Napoli 1918; G. FRAGOLA, *Il diritto amministrativo coloniale*, Napoli 1913; G. SCHANZER, *L'acquisto delle colonie e il diritto pubblico italiano*, Roma 1912; G. COLONNA DI CESARÒ, *Le colonie*, Roma 1915; nonché le voci di E. VITA, *Colonia*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano 1913, III/2, 892 ss.; e di I. SANTANGELO SPOTO, *Colonia*, in *Digesto italiano*, Torino 1902, VII, 573 ss.

⁵⁷ G. CORTESE, *La giornata coloniale*, in *Augustea* del 15 giugno 1927 in A. MONTE-MAGGIORI, *op. cit.*, 101

⁵⁸ A. LESSONA, *L'azione coloniale*, 1933 in A. MONTE-MAGGIORI, *op. cit.*, 103.

⁵⁹ Questa concezione degli studi etnografici verrà riproposta anche da R. Corso nella risposta all'etnografo russo Kagaroff che aveva accusato gli studiosi italiani di utilizzare lo studio delle popolazioni primitive per esaltare il concetto di razza e privilegiare il mito della romanità in campo politico. Per conoscere i dettagli del dibattito si osservi R. CORSO, *Critiche sovietiche allo studio dell'etnografia nell'Italia fascista*, Napoli 1938.

⁶⁰ Questa concezione degli studi etnografici verrà riproposta anche da R. Corso nella risposta all'etnografo russo Kagaroff che aveva accusato gli studiosi italiani di utilizzare lo studio delle popolazioni primitive per esaltare il concetto di razza e privilegiare il mito della romanità in campo politico. Per conoscere i dettagli del dibattito si osservi R. CORSO, *Critiche sovietiche allo studio dell'etnografia nell'Italia fascista*, Napoli 1938.

⁶¹ R. CORSO, *Italia d'Oltremare*, in S. KAPELJ, *op. cit.*, 78.

rire nel testo della Legge 1089/1939, tra le ragioni che giustificano la tutela delle “cose mobili” accanto all’interesse storico ed artistico debba esservi anche quello etnografico, affiancato delle “cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà”⁶². In questo contesto, un ruolo chiave è stato svolto dallo storico Carlo Aru che chiese, all’allora Ministro dell’Educazione Nazionale, una maggiore attenzione nei confronti dei reperti etnografici che per la loro stessa natura, frammentata e difficilmente inventariabile, rischiavano più di altri di essere dispersi all’estero⁶³. In questo modo, si garantiva la protezione sia agli oggetti ed alle testimonianze delle primitive civiltà sia di quei resti e di quegli oggetti tradizionali ritrovati all’interno dei confini nazionali.

Non a caso nel pensiero di un intellettuale del 1939 il “folklore”⁶⁴ gli studi ad esso correlati, sebbene avessero un ruolo di primaria importanza nella formazione della coscienza della Patria⁶⁵, erano considerate come uno dei molteplici settori della scienza che studia le diverse espressioni della cultura umana.

Questa percezione verrà assimilata anche dalla Commissione Franceschini, benché negli Atti del 1967, affinché l’etnografia non venga più percepita come un interesse autonomo, alla stregua di quello culturale e storico⁶⁶,

⁶² E. CAPACCIOLI, in *Rassegna di giurisprudenza sulla tutela delle cose d’interesse artistico o storico: L. 1 giugno 1939, n. 1089, op. cit.*, 22, registra la presenza dei beni etnografici, ma non si sofferma sulla loro valenza né tanto meno sull’origine del termine.

⁶³ G. BOTTAI, *La politica delle Arti. Scritti 1918-1943*, a cura di Alessandro Masi, Roma 2009, 38. La legge, ingiustamente bollata come fascista, fu elaborata da Santi Romano (su cui M. SERIO, *La relazione di Santi Romano a Bottai sul progetto di legge per la tutela delle cose di interesse artistico o storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1984, 278 ss.) che oltre allo storico dell’arte sardo, ascoltò anche il parere di Roberto Longhi e Giulio Carlo Argan. La normativa, che venne utilizzata come guida per la formazione delle leggi sulla protezione culturale dagli altri paesi dell’Unione Europea, rimase in vigore per oltre sessant’anni, fino all’approvazione del Testo Unico del 1999.

⁶⁴ Consultando la voce *Folklore* in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, cit. 606, compilata da Raffaele Corso si osserva che l’estensore dopo aver definito le diverse scuole europee precisa come “tanto l’una, quanto l’altra teoria prescindono dai problemi fondamentali che fanno del folklore una disciplina etnografica”.

⁶⁵ Il recupero delle tradizioni contadine e degli usi degli strati più bassi della popolazione si inserisce nel progetto che puntava ad elevare l’aggettivo “popolare” allo stesso rango di artistico e culturale di testimonianza degli interessi ed orgoglio opposto ad una visione borghese, come dimostrano le numerose immagini che ritraggono Benito Mussolini mentre esegue il lavoro nei campi ed altre attività tradizionali. Immagini che esaltano la vocazione bassa e popolare del fascismo, nazionalpopolare, opposta ad una visione degli oppositori come intellettuali intenti in futili discussioni teoriche.

⁶⁶ In *Atti della Commissione Franceschini*, Titolo III *Dei beni storico artistici*, alla Dichiarazione XXII si osserva come “la legge provvederà a stabilire particolari criteri valu-

ma sia inserita come una sotto categoria discrezionale di quest'ultima tipologia di beni⁶⁷.

5. *L'apparire dei beni demo etno antropologici nel D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 e nel T. U. sui beni culturali del 1999*

Sarà necessario attendere decenni perché le linee guida della Commissione Franceschini vengano, anche solo in parte, recepite nel nostro ordinamento. Una prima traccia, anche se del tutto generica e poco significativa, la si ritrova nell'art. 48 (*Beni culturali*) del D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 (relativo al riordino delle funzioni regionali in attuazione della legge delega 22 luglio 1975 n. 382) ove il legislatore, nel precisare le funzioni amministrative affidate alle regioni e agli enti locali in ordine alla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, inserisce oltre al patrimonio librario, artistico, archeologico, monumentale anche quello "*pa-leontologico ed etno-antropologico*" con rinvio ad una successiva legge di tutela dei beni culturali. La sensazione, presente nei commenti della dottrina, ha rivelato come tale inserimento non esprimesse una chiara consapevolezza del termine ma una tendenza all'onnicomprendività delle diverse categorie dei beni culturali pur nei limiti delle attribuzioni regionali alla mera valorizzazione degli stessi⁶⁸.

tativi per talune categorie di tali beni, se tecnicamente necessario, in modo che si possa provvedere a pertinente tutela non solo dei beni aventi riferimento all'arte, ma altresì di quelli, a titolo di esempio, aventi riferimento alla storia, all'etnografia, alla numismatica, all'epigrafia, all'arredamento, alle arti applicate, al costume, alla storia della scienza e della tecnica". In realtà, la Dichiarazione n. 1 della Commissione fa riferimento solo ai "Beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario", mentre nel seguito del Documento si dà rilievo al patrimonio demologico inteso come "insieme di documenti, materiali e non materiali, che si riferiscono alla cultura popolare italiana".

⁶⁷ Come noto, la definizione di bene culturale, promossa dalla Convenzione dell'Aja del 1954, trova il suo inserimento all'interno dell'ordinamento italiano proprio con la Commissione Franceschini. Il termine, permette una valutazione delle cose mobili che supera l'aspetto puramente artistico, e vede le "cose mobili" sotto un'ottica economica, propria delle merci libere di circolare nel territorio della neo nata Comunità Economica Europea. Tali Dichiarazioni non hanno trovato una traduzione di carattere normativo con disappunto della dottrina: per tutti M.S. GIANNINI, *Uomini, leggi e beni culturali*, in *Futuribili*, 1971, 37 ss.; quindi CAVALLO, *La nozione di bene culturale*, cit., 113 ss.

⁶⁸ Secondo l'interpretazione più diffusa le funzioni di conservazione (oggi di tutela) dei beni culturali dovevano restare alla competenza statale, quelle di gestione e utilizzazione (oggi di valorizzazione) avrebbero dovuto essere affidate alle regioni. In tal senso nella dottrina dell'epoca G. BERTI, *Problemi giuridici della tutela dei beni culturali nella*

Intende, invece, mostrare diversa e più specifica attenzione il T.U. sui beni culturali (di cui al d. lgs. 29 ottobre del 1999), che trasforma l'interesse etnografico in interesse *demo etno antropologico*⁶⁹. Con l'acronimo DEA, presente per la prima volta in un testo normativo, sono stati tradizionalmente indicati quei beni appartenenti al patrimonio culturale nazionale che si distinguono per essere "legati alle culture locali ed alla vita della gente comune e che costituiscono espressione delle tradizioni oggetto di studio degli antropologici"⁷⁰.

Il termine, coniato nei primi anni '70 da Mario Alberto Cirese⁷¹, nasce dall'unione di tre ambiti disciplinari che in Italia erano fino a quel momento rimasti divisi: la demologia quale studio delle tradizioni popolari e del folklore, l'etnologia quale studio principalmente delle società extraeuropee ed infine l'antropologia quale studio, nella interpretazione italiana, delle società umane complesse. Il felice neologismo avrebbe, almeno in teoria, dovuto consentire di estendere la tutela alle testimonianze materiali ed immateriali oggetto dei rispettivi campi di interesse. Il patrimonio DEA, infatti, presenta in sé la peculiarità, che lo differenzia da quello storico-artistico e archeologico, in quanto costituito non solo da beni immobili o da beni mobili, ma comprende e considera anche e soprattutto i c.d. *beni immateriali*.

La modifica del lessico utilizzato per individuare l'interesse etnografico, sta comunque a segnalare e confermare l'importanza di quel com-

pianificazione territoriale regionale, in *Riv. amm. Rep. It.*, 1973, 619 ss.; sul ruolo delle regioni nella politica dei beni culturali nella dottrina degli anni '70 dello scorso secolo: G. VOLPE, *Tutela del patrimonio storico-artistico nella problematica delle materie regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 355 ss.; M. BESSONE, *Sul ruolo delle regioni nella amministrazione dei beni culturali. Prospettive di riforma*, *ivi*, 1975, 201 ss.; ID., *Programmazione regionale e tutela dei beni culturali*, in *Foro amm.*, 1975, n. 4, 39 ss.; G. MORETTI, *Stato e regioni alla ricerca di una politica dei beni culturali*, in *Le Regioni*, 1975, n. 5, 916 ss.

⁶⁹ Nella dottrina giuridica che aveva avuto occasione di commentare il T.U. del 1999 l'introduzione del neologismo non aveva destato particolare interesse né sotto il profilo formale né sostanziale. Nulla in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Milano 2000, 17; come pure in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, Bologna 2000, 3 ss.; A. MANSI, *Il nuovo testo unico per i beni culturali e ambientali*, Padova 2000, 15 e ss. L'autore si limita a registrare la modifica del termine senza soffermarsi sulle ragioni che hanno portato alla sostituzione, liquidando il fatto come un semplice aggiornamento lessicale.

⁷⁰ Come giustamente rilevato da Clemente e Candeloro, *I beni culturali demo-etno-antropologici*, cit., 191.

⁷¹ Il termine compare per la prima volta in A.M. CIRESE, *I fatti demologici: ricerca storica o analisi strutturale?*, in *Ricerca scientifica e mondo popolare*. Atti del Convegno di studi demologici: Aspetti e prospettive della ricerca demologica in Italia, Palermo 1973, 77 e ss.

plesso processo di trasformazione culturale avvenuto all'interno della penisola a partire dal secondo dopoguerra ed in progressiva evoluzione e che ha trovato un suo primo riscontro anche nel contesto giuridico e normativo.

Come dianzi evidenziato il patrimonio DEA è espressivo di cultura popolare sia immateriale che materiale. Così accanto a siti, edifici oggetti, sono venuti progressivamente ad assurgere ad oggetto di attenzione e di valorizzazione (in senso lato da demologi, etnologi, folcloristi ed antropologi in genere) anche espressioni di civiltà quali il linguaggio, i dialetti, le musiche, i canti, le fiabe, le feste tradizionali, i riti, le cerimonie, gli spettacoli, gli usi e i costumi, le pratiche simboliche, i proverbi, i cibi⁷².

Nei confronti di questi "nuovi" beni culturali si sono posti immediatamente interrogativi e problemi che hanno investito anzitutto la pluralità di tali beni, il loro riconoscimento e la conseguente catalogazione, non meno che la loro tutela e la loro valorizzazione⁷³ che non sempre hanno trovato idonea ed adeguata soluzione normativa.

Sotto il profilo giuridico la formulazione dell'art. 5 del T.U. ammetteva l'ampliamento del novero dei beni culturali ponendo due condizioni: l'individuazione in base a legge (c.d. criterio normativo) e la sussistenza nel bene del carattere di "testimonianza avente valore di civiltà". Come già anticipato il riferimento alla definizione di bene culturale quale "testimonianza avente valore di civiltà", risulta un recepimento solo parziale della definizione elaborata nel 1967 dalla Commissione Franceschini, con l'importante differenza costituita dal mancato inserimento dell'aggettivo "materiale", con conseguente possibile estensione delle categorie dei beni culturali in grado di ricomprendere anche i beni *immateriali* (come appunto i beni culturali che non siano incorporati in sub-

⁷² La progressiva consapevolezza del valore della c.d. "cultura popolare" ha conseguentemente portato ad una dilatazione e differenziazione espansiva della nozione di bene culturale. Come messo in luce soprattutto negli studi degli antropologi: v. in particolare G.L. BRAVO, *Cultura popolare e beni culturali. Problemi di ricerca e documentazione*, Torino 1979; ID., *Festa contadina e società complessa*, Milano 1984; ID., *Parole chiave etnoantropologiche*, Torino 1996; nonché V. LATTANZI, *Competenze etnografiche e tutela dei beni culturali*, in *Lares*, 1990, LVI, 3, 453-464; ID., *Patrimoni etnografici ed antropologia*, in *Cassandra*, 1994, n. 2, 37-45; ID., *Beni etnografici*, in *Enciclopedia Treccani*, VI Appendice, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2000.

⁷³ Come esattamente evidenziato da I. CANDELORO, P. CLEMENTE, *I beni culturali demo-etno-antropologici*, cit., 202, che richiamano i contributi di A.M. CIRESE, *Introduzione* a R. GRIMALDI, *I beni culturali demo-antropologici. Schedatura e sistema informativo*, Torino 1988; Ministero per i beni culturali e ambientali, *Strutturazione dei dati delle schede di catalogo. Oggetti di interesse demo-antropologico*, Roma 1989.

strati materiali: quali il linguaggio, le musiche, i canti, i riti, le tradizioni, i proverbi, i cibi e così via)⁷⁴.

La questione, come in allora già esattamente avvertito⁷⁵, era complicata dal fatto che i beni immateriali presentano alcuni profili di contiguità con le “attività culturali”, già disciplinate dall’ordinamento (con il d. lgs n. 112 del 1998⁷⁶), il quale ne affidava la promozione (intesa come “ogni attività diretta a suscitare ed a sostenere le attività culturali”) a Stato, regioni ed enti locali (v. art. 153 dl. lgs n.112/98 v. altresì art. 2, comma 3 d. lgs 368/1998), pure se in base all’impostazione di fondo per cui essa non è un autonomo bene culturale ma è strumentale e servente rispetto alle espressioni della cultura e dell’arte⁷⁷.

L’assimilazione dei beni culturali immateriali con le attività culturali avrebbe portato a ritenere che esse sarebbero assoggettate alla relativa disciplina, caratterizzata dalla previsione di poteri pubblicistici di promozione. Tale conclusione non è apparsa del tutto convincente, atteso che la normativa già forniva una definizione di attività culturale in senso “aperto” e non tassativo⁷⁸.

A prescindere comunque dalla possibile o meno identificabilità dei beni culturali immateriali con le attività culturali, il legislatore ben avrebbe potuto (e forse dovuto) procedere ad individuare una disciplina specifica del regime dei beni culturali immateriali; invece, le norme poste dal T.U. del 1999 erano tutte riferibili a beni culturali in quanto incorpo-

⁷⁴ Come esattamente rilevato da G. SEVERINI, *Il testo unico dei beni culturali*, in *Beni e attività culturali*, Milano 2000, 12-13, il quale evidenziando nel disposto dell’art. 148 la mancanza dell’aggettivo “materiale” consentiva un’interpretazione estensiva considerando beni culturali anche quelli immateriali quali il linguaggio, le musiche, i riti, le tradizioni, i proverbi ecc; sul punto v. anche L. LICINI, *L’immaterialità dell’opera d’arte*, in *I beni e le attività culturali*, cit., 2001.

⁷⁵ V. le attente osservazioni di F. FRACCHIA, *Diritto pubblico e industria culturale*, in *Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo*, anno IX, 2000, 422.

⁷⁶ Secondo tale decreto sono tali quelle “rivolte a formare e diffondere espressioni della cultura e dell’arte”.

⁷⁷ V. sul punto M.P. CHITI, *La nuova nozione di “beni culturali” nel d. lgs. 112/1998: prime note esegetiche*, in 1/1998 *Aedon*.

⁷⁸ In aggiunta alla definizione fornita dal d. lgs 112/1998, sopra riportata nel testo, si consideri che l’art. 2 del d. lgs 368/1998, affida al ministro per i beni e le attività culturali la “promozione delle attività culturali in tutte le loro manifestazioni con riferimento particolare alle attività teatrali, musicali, cinematografiche, alla danza ed altre forme di spettacolo”; funzione già presente nell’art. 49 comma 2 del D.P.R. n. 616/1977. Sulla nozione e la funzione delle attività culturali intese in senso ampio e comprensivo dell’insieme delle operazioni che a vario titolo non solo tutelano ma soprattutto promuovono e valorizzano i beni culturali S. OGGIANU, *Disciplina pubblica delle attività artistiche e culturali*, Torino 2004; nei manuali W. CORTESE, *Il patrimonio culturale*, Padova 2007, 156.

rati in substrati materiali, con conseguenti problemi di qualificazione e di tutela giuridica di tali beni. La situazione non può dirsi certo evoluta e migliorata con l'avvento del nuovo Codice del 2004-2008.

6. *Il problema della tutela dei beni immateriali e delle attività culturali nel Codice Urbani del 2004-2008*

Va anzitutto, evidenziato come rispetto al riferimento operato dal T.U. del 1999 alla categoria dei beni demo-etno-antropologici, nel nuovo Codice sia "caduto" il riferimento espresso alla demologia e si sia preferito parlare unicamente di beni che presentano interesse etnoantropologico (v. art. 2 comma 2 e art. 10 comma 3 lett. a).

In dottrina è stato rilevato che, alla novità legislativa (il mancato riferimento alla demologia) non debba essere dato un eccessivo peso interpretativo, in quanto sul piano giuridico, al di là delle distinzioni presenti all'interno delle specifiche discipline che si occupano di tali beni, è ormai invalso nell'uso un modo di intendere siffatta componente del patrimonio culturale quale *insieme*, ossia come complesso di eterogenei beni idonei a costituire oggetto di tutela da parte dell'ordinamento dei beni culturali, in quanto, a prescindere dalle specificità di ciascuna delle tipologie, costituiscono tutti *espressione e testimonianza della cultura popolare e della gente comune*, nei suoi diversi aspetti: dai dialetti alla gastronomia, dall'artigianato agli stili di vita familiari, dagli oggetti di vita quotidiana alle pratiche simboliche, fino a giungere alle musiche, alle danze, ai giochi, alle mitologie, ai riti, alle abitudini e credenze popolari⁷⁹.

In effetti, come si è visto, si tratta di una categoria tutt'altro che unitaria, ed anzi assai ampia e disomogenea, relativamente alla quale il mutamento di riferimento lessicale normativo non è destinato ad avere una specifica e percepibile influenza tale da determinare un'evoluzione nella problematica che investe talune tipologie di tali beni e che involge il più generale problema della tutela dei beni culturali *meramente immateriali*, privi cioè di un substrato materiale fisicamente percepibile, dall'inerenza ad una *res* che li renda, anche, ma non solo sul piano giuridico, tutelabili, conservabili, valorizzabili, fruibili da parte del pubblico.

Il dibattito in ordine a tale problematica è, invero, risalente ed ha investito la possibile sovrapposizione tra la nozione "aperta" del bene cul-

⁷⁹ In tal senso puntualmente D. VAIANO, in D. VAIANO, A. CROSETTI, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino 2011, 35.

turale e quella altrettanto ampia del “patrimonio culturale della Nazione” di cui all’art. 9 Cost.⁸⁰. In dottrina, è stato sottolineato che i beni culturali sono connotati dal requisito della materialità, laddove nella nozione di patrimonio culturale della Nazione rientrano anche i beni immateriali quali le opere d’ingegno, le attività culturali e quindi anche i c.d. beni etnografici (canti, fiabe, proverbi, folclore, ecc.)⁸¹. Da altri, si è ritenuto che il bene culturale è un bene immateriale in quanto il costituire una testimonianza avente valore di civiltà è un’entità immateriale che certamente riguarda un’entità materiale, ma che da essa se ne distingue. La cosa materiale costituisce solo il supporto fisico, ma non rappresenta il bene giuridicamente inteso⁸². Da questo punto di vista, pertanto, non vi sarebbe una differenza tra la nozione di bene culturale e quella di patrimonio culturale della Nazione.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha sottolineato che non è possibile tutelare l’interesse culturale di un bene, a prescindere dal supporto materiale in cui quell’interesse si incorpora⁸³. Tale orientamento è stato confermato anche dalla Corte costituzionale, la quale chiamata a pronunciarsi sulla presunta illegittimità costituzionale degli artt. 1-2 della L. 1089/1939, nella parte in cui non prevedevano la tutela di attività culturali rilevanti, ha avuto occasione di affermare che il valore culturale dei beni è dato anche dal collegamento del loro uso con i fatti della storia, tuttavia, l’utilizzazione dei beni culturali non assume un rilievo autonomo, distinto e separato dal bene, ma si compenetra nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale⁸⁴.

⁸⁰ Per l’interpretazione e le valenze del dettato costituzionale di cui all’art. 9 Cost: v. soprattutto F. MERUSI, *Art. 9 (Commento)*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna 1975, vol. I, 442 ss.; quindi M.S. GIANNINI, *Sull’art. 9 della Costituzione*, in *Studi in onore di A. Falzea*, Milano 1991, III, 435 ss.; MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit.

⁸¹ S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino 2001, 21; v. pure Ferri, *Beni culturali*, cit., 219. D’altronde sul punto vi è stato anche chi, in tempi meno recenti anche nell’opera d’arte figurativa, ha voluto ravvisare due parti unite e allo stesso tempo distinte: l’idea creativa materiale (*corpus mysticum*) e il suo supporto materiale (*corpus mechanicum*) così scindendo la parte materiale da quella immateriale.

⁸² In tal senso autorevolmente M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit. spec. 24 ss. Alla base di tale assunto vi è la distinzione tra “cosa, intesa come entità materiale, e” bene in senso giuridico” già richiamata. Seguendo tale impostazione anche le attività culturali rientrerebbero nel novero dei beni culturali. Cfr. CATELANI, *Definizione e disciplina dei beni culturali nell’ordinamento vigente*, cit., 62 ss.

⁸³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 1992 n. 964, in *Cons. Stato*, 1992, I, 1725.

⁸⁴ Corte Cost. sent. n. 118 del 1990, in *Giur. Cost.*, 1990, 660; sent. n. 388 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 3109.

Anche a prescindere dalle diverse posizioni di tale dibattito interpretativo, costituisce un dato pacifico che la più parte dei beni assoggettati al regime di tutela dei beni culturali da parte delle disposizioni del Codice abbiano come costante riferimento un *substrato materiale* e trovino in una necessaria presenza di una *res* che sia in grado di compenetrare e trasmettere quei valori di testimonianza avente valore di civiltà che costituisce il presupposto normativo indicato dal citato art. 2⁸⁵. Il Codice, pertanto, ribadisce, salvo il temperamento dell'art. 2, comma 2 ("*altri beni individuati dalla legge o in base alla legge*") la nozione "reale" e "normativa" di bene del patrimonio culturale. Prendendo le distanze da precedenti formule legislative e, in particolare, dalla già richiamata definizione contenuta nel decreto n. 112 del 1998 e dallo stesso T.U. del 1999 che manteneva nella rubrica dell'art. 4 "nuove categorie di beni culturali" la possibilità di apertura anche nei confronti di beni immateriali, il Codice considera oggetto di tutela, a sensi degli artt. 2, 10 e 11, sempre e solo "cose" cui venga riconosciuto un valore culturale che ne giustifichi la soggezione allo speciale regime di tutela. Tale linea è ben evidente in tutte le norme che definiscono il "bene culturale", quale oggetto della disciplina codicistica. In cui ricorre immancabilmente l'espressione "cose", inteso come *res*, a partire dall'art. 2, 3 comma, ove viene indicato il fondamentale principio per cui eventuali integrazioni delle categorie dei beni culturali già previste possono concernere solamente "cose" e dall'art. 10 (deputato all'elencazione delle categorie dei "beni culturali" oggetto della disciplina) la cui stesura è ritmicamente scandita dall'esplicito riferimento alla necessaria materialità del bene; fino ad arrivare allo stesso art. 11, significativamente rubricato "Cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela", ove le caratteristiche di concretezza e tangibilità sono richieste anche per una applicazione meramente parziale del Codice.

Giustamente è stato evidenziato che "tale soluzione non significa negazione dell'idea di una tutela giuridica dei beni culturali immateriali, anch'essi espressione di identità culturale collettiva. Ma questa idea richiede, per natura e per obiettivi, la messa a punto di strumentazioni e istituti giuridici adeguati e diversi da quelli delle cose: rapportati all'im-

⁸⁵ In termini giuridici, anziché antropologici, i beni culturali, con il loro statuto, sono tradizionalmente solo le cose, cioè *res quae tangi possunt*. Sulla risalente corporalità delle "cose d'arte" già GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, cit., 3 nonché CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose di interesse storico e artistico*, cit., 97; G. FERRI, *Beni culturali e ambientali nel dir. amm.*, in *Dig. (Disc. priv.)*, Torino 1987, II, 93 ss.

materialità dei beni, a fattori diversi dall'alterazione fisica e a libertà, diritti ed interessi diversi da quello di proprietà materiale"⁸⁶.

Ora, certamente molte delle espressioni della cultura popolare, delle tradizioni, delle manifestazioni dell'*ethnos* sono suscettibili di divenire, e sovente divengono, beni materiali aventi corporalità che li rende oggetti idonei delle funzioni di tutela, catalogazione, conservazione ed offerta alla pubblica fruizione tipiche della vigente legislazione in materia di beni culturali materiali. Questi oggetti, costituiscono, il *corpus* più ricco di gran parte dei musei che raccolgono il patrimonio etnografico italiano, tra cui il già citato *Museo nazionale delle arti e tradizioni popolari* di Roma.

Peraltro, proprio in relazione alla perdita della tradizionale funzione d'uso di molti oggetti, espressione delle tradizioni di vita, sovente rurale e contadina, di numerose comunità locali sono, da tempo, sorti molti musei civici che hanno raccolto e organizzato spazi e percorsi espositivi destinati a tutelare e salvaguardare non meno che a valorizzare tali testimonianze di vita passata.

Tale insieme di beni materiali aventi interesse etno-antropologico, tuttavia, non esaurisce affatto, la vasta categoria dei beni in questione, anzi, la prevalenza di tali beni è caratterizzata dalla *immaterialità*. Infatti, com'è stato acutamente avvertito, molti di questi beni possono dirsi "volatili", canti o fiabe, feste o spettacoli, cerimonie e riti che non sono né mobili né immobili, ma per poter essere fruiti più volte, devono essere "ri-eseguiti" o "rifatti"⁸⁷.

Di tutte queste peculiari e specifiche esigenze di tutela, il Codice Urbani, nella originaria formulazione del 2004, non si era affatto occupato nonostante che la questione della tutela del patrimonio culturale imma-

⁸⁶ Così in termini G. SEVERINI, *Commento alle disposizioni generali Art. 1 e 2*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2012, 28; non dissimile la posizione di G. SCIULLO, *I beni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna 2011, 23. Tale esigenza di tutela specifica trova, del resto, fondamento e radice sia nel disposto dell'art. 9 Cost. che nel riconoscimento della libertà di arte e scienza di cui all'art. 33, ovvero nel dovere di promuovere la cultura, posto in capo alla Repubblica e nella tutela della creazione intellettuale (c.d. *corpus mysticum*), frutto del libero estrinsecarsi della scienza e dell'arte come già evidenziato da autorevole dottrina (sul punto T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1960, spec. 25 ss.; F. VOLTAGGIO LUCCHESI, *I beni immateriali*, Milano 1962).

⁸⁷ Il termine compare in A.M. CIRESE, *Linguistica e antropologia. Discipline demotno-antropologiche in Italia*, in *Le discipline umanistiche. Analisi e progetto*, Roma 1991, 94; ma già ID., *Cultura egemonica e culture subalterne*, Palermo 1973; v. inoltre A.M. CIRESE, *Oggetti, segni, musei*, Torino 1977.

teriale fosse ormai oggetto di attenzione anche dei più importanti organismi internazionali operanti nel settore, com'è testimoniato anche dal fatto che, proprio in questo senso, si è diretta una recente raccomandazione dell'UNESCO, adottata in esito ad una tavola rotonda svoltasi sul tema a Torino nel marzo 2001, che ha auspicato la creazione di strumenti normativi internazionali finalizzati alla protezione giuridica di tale particolare specie di "bene", che pur nella sua immaterialità, appartiene al patrimonio culturale mondiale.

Sul piano del diritto positivo, l'art. 1, comma 1 lett. c) del d. lgs 26 marzo 2008 n. 62, correttivo del Codice, ha comunque introdotto l'art. 7 *bis* (Espressioni di identità culturale) attraverso il quale è stato previsto che "Le espressioni di identità culturale collettiva contemplate nelle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice *qualora siano rappresentate da testimonianze materiali* e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10".

In tal modo, il decreto legislativo integrativo e correttivo, pur riconoscendo al patrimonio culturale immateriale ("espressione di identità culturale collettiva" nel linguaggio delle due convenzioni) la dignità di un valore positivo per l'ordinamento, né ha escluso la referibilità alla disciplina del Codice incongrua in ragione del carattere "reale" e "normativo" del bene culturale e del collegamento a questo degli strumenti di tutela⁸⁸.

Permane, dunque, come è dato di constatare, il riferimento alla necessaria materialità della testimonianza presa in considerazione dalle suddette Convenzioni affinché possa essere costituire valido oggetto di tutela ai sensi delle disposizioni del Codice. La norma, tuttavia, non può essere considerata un effetto preclusivo ed anzi costituisce un passo avanti importante sulla strada che conduce verso una più chiara percezione e consapevolezza dell'importanza del problema del patrimonio culturale immateriale.

Per contro, alle esigenze di tutela e soprattutto di valorizzazione e

⁸⁸ Si tratta, infatti, di un settore contiguo, ma non coincidente, con quello di cui tratta il Codice con i suoi istituti giuridici che postulano la materialità (es. la dichiarazione, l'immodificabilità, la prelazione, l'espropriazione, i limiti all'esportazione, ecc.). Tali strumenti di tipo autoritativo male si adattano ai beni immateriali e conseguentemente occorre individuare un'apposita disciplina che sia più funzionale sia alla tutela che alla valorizzazione di tali particolari beni culturali.

promozione di tali beni, hanno mostrato, a vario titolo, di dare attenzione le normative regionali a favore delle c.d. "identità minori"⁸⁹ che hanno trovato legittimazioni anche dai già citati richiami dell'UNESCO che negli ultimi anni ha rimarcato l'importanza della tutela del c.d. patrimonio immateriale⁹⁰

I limiti di potere di intervento individuativo di "altri" beni culturali da parte delle Regioni è stato, anche se in termini salomonici, affrontato e risolto dalla Corte costituzionale⁹¹ la quale ha ritenuto che le nozioni di

⁸⁹ Sulla tutela delle c.d. identità minori: G. DE GIORGI CEZZI, *Il diritto all'identità minore. Beni culturali e tutela degli status*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, vol. III, 2007, 219 ss.; ID., *Tutela dell'identità dei luoghi e rilevanza monumentale di un uliveto secolare*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2955; sui rapporti tra beni e attività culturali v. D. NARDELLA, *I beni e le attività culturali tra Stato e regioni e la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 2, 671 ss.; nonché OGGIANU, *Disciplina pubblica delle attività artistiche e culturali*, cit., 80 ss.

⁹⁰ Assai ampia ed articolata si presenta la produzione normativa regionale di questi ultimi decenni a favore dei beni etnografici intesi in vario senso. Un indirizzo normativo che appare assai diffuso è quello a favore del patrimonio linguistico e dialettale non solo nelle regioni a statuto speciale (Friuli Venezia Giulia L.R. 22 marzo 1996 n. 15 recante norme a tutela e promozione della lingua e della cultura friulane; L.R. n. 38 del 2011 sulla tutela della minoranza linguistica slovena; L.R. 18 dicembre 2007 n. 29 recante norme per la tutela e la valorizzazione della lingua friulana) ma anche nelle regioni a statuto ordinario (cfr. L.R. Calabria 30 ottobre 2003 n. 15 Norme per la tutela e la valorizzazione della lingua e del patrimonio culturale delle minoranze linguistiche e storiche della Calabria; L.R. Veneto 13 aprile 2007 n. 8 relativa a tutela, valorizzazione e promozione del patrimonio linguistico e culturale veneto e già precedentemente L.R. Veneto 18 aprile 1995 n. 26 su Promozione delle minoranze etniche e linguistiche del Veneto; L.R. Liguria 2 maggio 1990 n. 32 (modificata con L.R. 17 dicembre 1998 n. 37) recante norme per lo studio, la tutela e la valorizzazione e l'uso sociale di alcune categorie di beni culturali e in particolare dei dialetti e delle tradizioni popolari della Liguria"; il Piemonte già con L.R. 10 aprile 1990 n. 26 (modificata con L.R. 17 giugno 1997 n. 37) ha inteso tutelare e valorizzare l'originale patrimonio linguistico; obiettivo ripreso con le L.R. n. 11 e 12 del 7 aprile 2009 volte a tutelare, la prima, le minoranze linguistiche presenti sul territorio regionale, la seconda, la tutela e la valorizzazione del patrimonio linguistico; L.R. Puglia 22 marzo 2013 n. 5 recante norme per la promozione e la tutela delle lingue minoritarie in Puglia; analoghe iniziative ha avuto la regione Emilia Romagna con L.R. 7 novembre 1994 n. 45 sulla tutela e valorizzazione dei dialetti. Di più ampio respiro la L.R. Lombardia 23 ottobre 2008 n. 27, unica ad avere in modo più organico inteso tutelare il patrimonio immateriale; la regione Marche che con L.R. 25 giugno 2013 n. 14 ha approvato una legge sulla tutela e valorizzazione della cultura popolare folcloristica della regione.

⁹¹ Sent. Corte cost. 28 marzo 2003 n. 94, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, n. 9, 904 ss. Anche in dottrina sono da registrare resistenze in ordine al potere regionale di individuazione di tali beni: già G. GALASSO, *I beni culturali: tutela, decentramento, gestione*, in *Economia della Cultura*, 1991, n. 2, 24 ss.; V. PIERGIGLI, *I beni culturali nell'ordinamento delle regioni e delle autonomie locali*, in L. MEZZETTI (a cura di), *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e pluralità di ordinamenti*, Padova 1995, 79 ss.; L. PASSERI, *Il riparto della*

tutela e valorizzazione di cui all'art. 117 Cost. ed il relativo riparto di competenze legislative riguarda i beni culturali definiti e disciplinati dal T.U. n. 490/1999 e non "altri beni" cui, a fini della "valorizzazione", possa essere riconosciuto particolare valore storico o culturale dalla comunità regionale o locale, senza che ciò comporti la loro qualificazione come beni culturali secondo la disciplina statale. La soluzione offerta dalla Corte costituzionale appare, sotto diversi profili, discutibile in quanto porta ad ammettere implicitamente che il semplice mutamento lessicale (l'uso del termine "salvaguardia" in luogo del termine "tutela"), possa legittimare le regioni ad individuare nuove tipologie di beni culturali anche se limitatamente ai fini della valorizzazione e promozione⁹².

Del resto, è ormai un dato acquisito come nell'attuale panorama normativo, accanto ai beni culturali, definiti e disciplinati dalla normativa statale, coesistano altre categorie di beni culturali (anche immateriali) definiti e disciplinati, in funzione di promozione e di valorizzazione, dalle varie leggi regionali. È comunque chiaro che si tratta di beni culturali diversi da quelli disciplinati dal Codice che hanno, per tipologia, una propria regolamentazione e che possono assumere le più diverse caratterizzazioni quanto ad individuazione, disciplina e "salvaguardia", potendo ogni Regione dettare norme legislative specifiche, purchè non evidentemente invasive della competenza esclusiva dello Stato sulla tutela dei beni culturali.

potestà normativa tra Stato e Regioni in materia di tutela, gestione e valorizzazione dei beni culturali, in *Rass. parlamentare*, 2003, 363 ss. nota a parere Cons. stato, 26 agosto 2002 n. 1794; quindi G. CAIA, *Art. 2*, in G. TROTTA, G. CAIA, N. AICARDI (a cura di), *Commento al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Nuove leggi civili commentate*, Padova 2005, 1060 ss. ritiene, infatti, che la competenza all'individuazione di tipologie di beni ai fini dell'assoggettamento a tutela è da intendersi come riservata unicamente allo Stato; da ultimo P. PETRAROLA, *Il ruolo delle regioni per la tutela, la valorizzazione e la gestione dei beni culturali: ciò che si "può" fare e ciò che "resta" da fare*, in *Aedon*, n. 3, 2011.

⁹² In tal senso adesivamente P. CARPENTIERI, *Le regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali ma solo ai fini della valorizzazione*, in *Urb. e app.*, 2003, 635 ss. Sull'ambiguità e difficoltà distintiva tra attività di tutela e di valorizzazione dei beni culturali v. già S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 675 ss.; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 651 ss.; P. STELLA RICHTER, P. SCOTTI, *Lo stato dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in A. CATELANI, S. CATTANEO (a cura di), *I beni e le attività culturali, op. e loc. cit.*; N. AICARDI, *L'ordinamento dei beni culturali: la sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino 2002, 20 ss.; ID., *Recenti sviluppi sulla distinzione tra "tutela" e "valorizzazione" dei beni culturali e sul ruolo del Ministero per i beni e le attività culturali*, in *Aedon*, n. 1, 2003; C. BARBATI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 145 ss.; nonché i contributi raccolti nel volume collettaneo di P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali*, Milano 2006.

7. *Qualche riflessione conclusiva*

Al di là delle limitazioni normative sopra richiamate, la ricerca scientifica talora sollecitata anche dalla consapevolezza di numerose comunità locali ha, da tempo, iniziato ad avvertire la necessità di recuperare un patrimonio di tradizioni, competenze contadine e saperi agricoli che altrimenti sarebbe andato completamente perduto⁹³. Il *folk revival*, ha permesso il recupero di canti, riti devozionali, processioni e festività legate al raccolto, promuovendo una fruttuosa fase di ricerca sul campo, costituita dalla registrazione delle testimonianze orali, fotografie e filmati. Questa fase di ricerca ha già portato, in adesione alla citata Convenzione per la salvaguardia del Patrimonio culturale immateriale approvata dall'UNESCO, ad avviare apposite operazioni di "censimento" e di rilevazione delle c.d. "Eredità immateriali" (definite *Intangible Cultural Heritage*). Tali Eredità sono costituite dall'"insieme delle pratiche, rappresentazioni, espressioni, conoscenze e tecniche che le comunità, i gruppi e, in alcuni casi, gli individui, riconoscono come parte del loro patrimonio culturale". Tali Eredità, più in particolare, riguardano "le tradizioni orali ed espressioni, compreso il linguaggio come veicolo del patrimonio culturale immateriale, le arti dello spettacolo, le pratiche sociali e rituali, gli eventi festivi, le conoscenze concernenti la natura e l'universo, i saperi legati all'artigianato tradizionale". Tali Eredità esprimono un senso di continuità e rappresentano un elemento essenziale dell'identità culturale di un territorio e della sua comunità. Le Eredità immateriali, come è facile percepire, sono assai vulnerabili, anche in conseguenza delle emigrazioni ed immigrazioni, all'abbandono delle aree rurali, all'influenza dei mezzi di comunicazione, all'impatto della globalizzazione.

L'UNESCO ha recentemente posto al centro della sua attività istituzionale anche la tutela e la valorizzazione di tali Eredità immateriali dell'umanità avviando la rilevazione tramite appositi Registri. In Italia, rispondendo a tali sollecitazioni, anche se con ritardo, alcune regioni hanno provveduto ad avviare tale "censimento". Obiettivo di tale Registri è la identificazione e raccolta delle diverse espressioni, contribuendo,

⁹³ In tale ottica e prospettiva si sono mossi, dopo Pitrè, i primi contributi pionieristici di P. TOSCHI, *Guida allo studio delle tradizioni popolari*, Torino 1962; A.M. CIRESE, *Corpo sistematico delle tradizioni italiane*, in *Uomo e cultura*, 1969, II, 3-4, 275-280; di D. CARPITELLA, *Materiali per lo studio delle tradizioni popolari*, Roma 1972; G. SANGA (a cura di), *La cultura popolare. Questioni teoriche*, in *La ricerca folkloristica*, 1980, n. 1 monografico seguiti poi da molti altri.

in questo modo, alla salvaguardia e alla non dispersione, con particolare riguardo per quelle a rischio scomparsa o alterazione e, conseguentemente alla loro adeguata promozione fruizione collettiva⁹⁴.

Spesso il materiale raccolto ha permesso di accedere ad una seconda fase, che ha consentito la riproposizione attiva di quanto analizzato tramite la rappresentazione dei riti tradizionali, come dimostrano i numerosi teatri sacri della Natività o della Passione sorti o rivitalizzati a cavallo della fine degli anni '70⁹⁵.

Questa attenzione verso il passato, la storia e le tradizioni locali, è il frutto di una nuova e diversa visione della cultura che si sta progressivamente diffondendo tra la popolazione, ma che purtroppo ad oggi non è ancora riuscita ad ottenere pienamente il suo riconoscimento legislativo, e pone le sue fondamenta sul valore identitario e "di civiltà", dei beni culturali che peraltro ha trovato puntuale riscontro anche nel Codice Urbani⁹⁶.

⁹⁴ A tale operazione di rilevazione e censimento hanno, fin'ora risposto due regioni pilota, agli antipodi nord e sud. Ha iniziato la Lombardia nel 2003 avviando tale Registro in diversi settori. Il *Registro dell'oralità*, dedicato alle tradizioni orali, alle modalità espressive, alle conoscenze, ai valori e alle memorie collettive, incluso il linguaggio. Il *Registro delle arti e dello spettacolo* dedicato alle performance artistiche e alle svariate forme dell'espressività. Il *registro delle Ritualità e delle celebrazioni* dedicato ai rituali, alle feste, alle pratiche sociali ai riti collettivi. Il *Registro dei saperi della natura* dedicato ai saperi, alle pratiche e alle conoscenze che esprimono un complesso sistema di valori e di credenze in relazione all'ambiente naturale. Il *Registro dei saperi* dedicato alle tecniche e ai saperi che portano alla produzione di oggetti e di cose, delle tecniche di produzione, le materie prime impiegate nei processi produttivi (artigianato artistico, tessile, ceramico, ecc.). Analogo Registro è stato avviato dall'Assessorato alle politiche culturali della Regione Sicilia (con D. A. n. 77 del 26 luglio 2005) mediante diverse tipologie di Registro per le varie Eredità immateriali riccamente presenti nell'isola.

⁹⁵ G.L. BRAVO, *I beni culturali demoetnoantropologici*, Roma 2006, 17 ss. L'autore spiega l'iter che ha portato alla riscoperta del tradizionale canto pasquale delle Uova, che si svolgeva da secoli nella cittadina piemontese.

⁹⁶ In merito al valore dei beni culturali come elemento identitario e rappresentativo della nazione e della comunità locale, soprattutto dopo il Codice Urbani, v. i contributi di G. LEONE, A. TARASCO, *Disposizioni generali*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova 2006, 38 ss., come pure A. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli 2004, 106 ss.; B. SAPONARO, *Sub art. 1 analisi filosofico giuridica*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 2005, 36; V. PIERGIGLI, *I beni culturali: Interpretazione evolutiva di una nozione giuridica consolidata*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano 2006, 22-36; L. PISCITELLI, *La disciplina dei beni culturali nell'ordinamento italiano*, in G. COFRANCESCO, *I beni culturali, profili di diritto comparato ed internazionale*, cit., 24 ss.; G. CORDINI, *La protezione dei beni culturali ed ambientali: profili di diritto costituzionale comparato, e dimensione sovranazionale*, in N. ASSINI, *op. cit.*, 31 ss.; D. PON-

Degne di attenzione e protezione non sono più solo le emergenze storiche o culturali tradizionalmente riconosciute e tutelate dalle norme codicistiche, ma anche tutti gli oggetti ed i luoghi che fanno parte della storia locale che testimoniano, a vario titolo, il passato recente. La categoria del bello viene messa in secondo piano, a favore della valorizzazione dei luoghi della memoria collettiva di una comunità⁹⁷.

Spinti da questa nuova e diversa consapevolezza, come noto, sono nati i primi musei dedicati al racconto della storia materiale del territorio⁹⁸, che hanno come oggetto di indagine le fabbriche, istituzioni ed attività commerciali storiche, di cui riportano strumenti e macchinari non meno che manifesti, pubblicità, tabelle, abiti donati dai cittadini che vi hanno lavorato⁹⁹. Il lessico giuridico si è adeguato di conseguenza, intro-

ZINI, *Il territorio dei beni culturali*, Roma 2008, 20; da ultimo R. CECCHI, *I beni culturali: testimonianza materiale di civiltà*, Milano 2006, *passim*.

⁹⁷ P. CLEMENTE, I. CANDELORO, *I beni culturali demo etno antropologici*, cit., 207 ss.

⁹⁸ Sull'evoluzione della museologia e della concezione museografica in generale v. le dense pagine di A. EMILIANI, *Musei e museologia*, in *Storia d'Italia*, Torino 1973, vol. V, 1616-1655; nonché più recentemente L. CATALDO, M. PARAVENTI, *Il museo oggi. Linee guida per una museologia contemporanea*, Milano 2011. Con più diretto riferimento ai profili giuridici: T. ALIBRANDI, *Musei*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1990, XX; J. LUTHER, *Principi per un diritto dei musei pubblici in Italia*, Torino 1995; R. SAVOIA, *Il museo nell'ordinamento italiano*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Ars et labor. Materiali per una didattica del diritto dei beni culturali*, Napoli 1997, 169 ss.; M. AINIS, *Lo statuto giuridico dei musei*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 393 ss.; quindi S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 314 ss.

⁹⁹ Per una maggiore comprensione della dinamica relativa alla nascita ed allo sviluppo dei musei etnografici locali, per i profili giuridici G. ENDRICI, *Profili istituzionali e prospettive di sviluppo dei musei locali*, in *Le Regioni*, 1995, 279 ss.; per i profili antropologici soprattutto G.L. BRAVO, *Italiani: racconto etnografico*, Roma 2001 e dello stesso autore G.L. BRAVO, *Comunicare il passato: appunti di metodo per una didattica museale sulle culture locali*, Torino 2004; come pure ID., *Feste, maschere, contadini, racconto storico etnografico sul basso Piemonte*: v. ancora C. LEVI STRAUSS, *La funzione dei musei in antropologia*, in *Antropologia culturale* Milano 1966 (ed. orig. Paris 1958); quindi G.M. CIRESE, *I beni demologici in Italia e la loro museografia*, in P. CLEMENTE, *Graffiti di museografia antropologica italiana*, Siena 1996; S. PUCCINI (a cura di), *Beni culturali e musei demoetnoantropologici*, Atti Giornata di studio, Viterbo-Roma 1997; H. VARINE, *Le radici del futuro. Il patrimonio culturale al servizio dello sviluppo locale*, Bologna 2005; v. pure TOZZI, FONTANA, *I musei della cultura materiale*, Firenze 1984; G. ZUCCHINI, *Dalla scuola al territorio: per nuovi itinerari interdisciplinari: museo, musica, pittura, cultura urbana e contadina*, Rimini 1978; come pure L. GAMBÌ, *Qualche indicazione per una nuova museografia delle società rurali*, in *Quaderni storici*, 1976, XI, 321 ss.; R. TOGNI, G. FORNI, F. PISANI, *Guida dei musei etnografici italiani*, Firenze 1997. Come noto gli ecomusei si basano essenzialmente sulla creazione di un'unica rete che intende unire e coinvolgere il territorio, la popolazione ed il patrimonio culturale locale. In questi termini il territorio è inteso come sede e luogo degli intrecci delle relazioni umane e storiche, la popolazione diviene

ducendo un termine che avrebbe, almeno nelle intenzioni del legislatore, permesso di organizzare al meglio un campo di indagine ricco e sfaccettato offrendo una definitiva tutela anche ad un patrimonio culturale popolare fatto di rituali, tradizioni, canti, gesti che difficilmente avrebbe potuto essere protetto rimanendo nell'ombra dell'etnografia¹⁰⁰.

L'allargamento dei confini della nozione di bene culturale (c.d. nozione aperta) ha generato non pochi problemi delimitativi, perché in questo modo, praticamente tutto avrebbe potuto essere passibile di tutela, i dialetti, le musiche, i riti, le tradizioni, i proverbi e molto altro¹⁰¹. Una percezione, aggravata dall'immaterialità di buona parte del patrimonio che si sarebbe dovuto tutelare, espressioni "volatili" della cultura¹⁰², secondo la felice espressione di Cirese, che a differenza di una tela o di una scultura, per essere osservati dallo spettatore dovevano essere ri proposti o ri messi in scena. Un problema di difficile soluzione, se si consi-

protagonista attiva ed il patrimonio culturale locale diventa globale e comprendente una tipologia di beni sempre più ampia ivi compresi i beni immateriali. Sull'evoluzione dell'Ecomuseo o museo del territorio v. utilmente: già A. EMILIANI, *Il museo alla sua terza età. Dal territorio al museo*, Bologna 1985; M. MAGGI, V. FALLETTI, *Gli ecomusei: che cosa sono, che cosa possono diventare*, Torino 2000, e C. RONCHETTA, A. MASARENTE, *Ecomusei e paesaggi: esperienze, progetti e ricerche per la cultura materiale*, Milano 2004; D. ZERELLA, *Gli ecomusei per una nuova geografia museale*, in M. IANNARIO, D. ZERELLA (a cura di), *I luoghi della memoria e dell'identità territoriale. Ecomusei e sviluppo locale*, Bologna 2005; A. CARA, *Quando il territorio diventa museo: nascita, diffusione ed analisi dell'ecomuseo*, Torino 2009; per alcuni profili giuridici F. FRACCHIA, *Ecomusei e aree protette tra sussidiarietà e sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2008, II, 357 ss. Alcune regioni hanno altresì sostenuto la nascita dei musei etnografici a livello locale con apposite normative, senza alcuna pretesa esaustiva: L.R. Abruzzo 30 aprile 1990 n. 51 sulla istituzione del museo della civiltà contadina, delle arti e tradizioni popolari; L. R. Veneto 18 aprile 1995 n. 26 "Istituzione del sistema regionale veneto dei musei etnografici; L. R. Piemonte 14 marzo 1995 n. 31 "Istituzione di Ecomusei in Piemonte"; L.R. Campania 28 febbraio 2005 n. 12 recante Norme in materia di musei e di raccolte di enti locali e di interesse locale; L.R. Lombardia 12 luglio 2007 n. 13 recante "Riconoscimento degli ecomusei per la valorizzazione della cultura e delle tradizioni locali ai fini ambientali, paesaggistici, culturali, turistici ed economici"; L.R. Puglia 6 luglio 2011 n. 15 sulla istituzione degli ecomusei.

¹⁰⁰ Per una definizione approfondita della demologia applicata allo studio della cultura immateriale si può fare rinvio a: AA.VV., *Ricerca e catalogazione della cultura popolare*, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali – Museo Nazionale delle arti e delle tradizioni popolari, 1978.

¹⁰¹ Sulla questione v. le già richiamate osservazioni di G. SEVERINI, *Disposizioni generali*, in *Codice dei Beni culturali*, cit., 2012, 23 ss.

¹⁰² Il termine compare in A.M. CIRESE, *Linguistica e antropologia. Discipline demo-etno-antropologiche in Italia*, in *Le discipline umanistiche. Analisi e progetto*, Roma 1991, 94.

dera il numero delle espressioni tradizionali del nostro Paese, la difficoltà di trovare criteri comuni per riconoscerli e favorirne la tutela e all'assenza di personale qualificato sia all'interno delle istituzioni sia delle Università che delle Sovrintendenze¹⁰³.

In conclusione la tradizione giuridica italiana è fondata sul concetto di protezione dell'emergenza culturale in quanto "cosa", oggetto materiale e fisico, ed applicare le stesse modalità di tutela di un dipinto o di un oggetto sacro ad una rappresentazione, ad una festa o ad un Carnevale, appare molto più difficile se non praticamente impossibile.

¹⁰³ Lo scollamento tra la necessità di tutela ed il panorama universitario contemporaneo viene sottolineato in A.M. CIRESE, *op. cit.*, 89 ss. L'autore evidenzia come gli insegnamenti che si occupano dello studio dell'uomo e delle sue tradizioni siano giovanissimi. Se si esclude una prima importante parentesi Ottocentesca, il fascismo vede la presenza di una sola cattedra di Etnologia, quella di Raffaele Corso, all'Università di Napoli ed i primi timidi concorsi del 1948 portarono alla creazione di corsi universitari di demologia a Palermo, Roma e Catania, che si esaurirono in pochi anni. Sarà necessario aspettare fino al 1961 prima che vengano costituite tre nuove cattedre a Palermo, Bari e Cagliari mentre si deve attendere fino al 1967 prima di vedere la nascita dei primi corsi di etnologia a Roma, Bari e Genova, seguite nel quinquennio successivo dall'inaugurazione dei corsi di antropologia culturale a Firenze Trento e Torino. Una situazione frammentata e disposta a macchia di leopardo, che non si concilia con la materia di studio, diffusa e fortemente legata al territorio. Secondo la visione dell'autore, per permettere uno studio adeguato del folklore i corsi dovrebbero essere tenuti in ogni facoltà.

ATTUALITÀ

Spunti di riflessione (per il futuro) dalla travagliata vicenda dell'art. 275 c.p.p.

Leonardo Pace

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'interpretazione conforme a Costituzione e il problema di trovare un (difficile) punto di equilibrio fra attività interpretativa e dato letterale. – 3. La vicenda dell'art. 275 c.p.p. alla luce di quella sulle misure di sicurezza della casa di cura. La decisione della *Cassazione* penale, sez. III, sentenza n. 4377/2012. – 3.1. Brevi cenni sulla vicenda della incostituzionalità della misura di sicurezza della casa di cura. – 3.2. La (identica) ratio sottesa alle decisioni della Corte costituzionale sulle questioni ad oggetto l'art. 275 c.p.p. – 3.3. La sentenza della Corte di cassazione penale, sez. III, sentenza n. 4377/2012. – 4. Necessità di effettuare una differenziazione. Interpretazioni conformi sulla scorta di un principio costituzionale affermato dalla Corte costituzionale e interpretazioni conformi compiute autonomamente dai giudici comuni. – 4.1. L'interpretazione conforme che forza il dato letterale compiuta autonomamente dai giudici. – 4.2 L'interpretazione conforme sulla scorta di un principio costituzionale affermato dalla Corte costituzionale. – 4.2.1. Sulla disapplicazione ovvero quando la disapplicazione è apparente. – 4.2.2 I principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale incidono sull'orizzonte di senso della disposizione. – 4.2.3 Un ulteriore argomento a sostegno dell'operazione compiuta: l'affermarsi di una sorta di presunzione di irragionevolezza degli automatismi. – 5. Considerazioni di sintesi.

1. Introduzione. – In questo scritto vorremmo proporre alcune considerazioni scaturite dalle note e complesse questioni di costituzionalità che hanno interessato l'art. 275 c.p.p. Vicenda che oramai sembra volgere al termine sia perché le ipotesi che ancora residuano nell'impianto di tale articolo dopo le modifiche introdotte a partire dal c.d. pacchetto sicurezza e suscettibili di essere dichiarate incostituzionali sono oramai poche sia perché sembra che finalmente il legislatore interverrà a ridisciplinare la materia¹.

¹ Il riferimento è al progetto di legge C.631/B. Questo prevede la modifica del codice di procedura penale in materia di misure cautelari. La riforma coinvolge più articoli tra cui, per ciò che qui interessa, anche il 275 primo periodo comma 3 c.p.p., oggetto dei ripetuti interventi della Corte costituzionale. La modifica di tale disposizione è oggetto dell'articolo 5 del disegno di legge. Questo al primo comma introduce espressamente la previsione della custodia cautelare in carcere obbligatoria per i reati di: terrorismo (270 e 270-bis), associazione per delinquere di stampo mafioso (416-bis) e associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (*ex art. 74*

Come è noto, la Corte costituzionale nel giro di qualche anno ha completamente smantellato l'assetto di tale articolo attraverso una serie di sentenze di accoglimento. La vicenda ha infatti la sua particolarità non tanto nel contenuto delle varie pronunce, le quali riproducono gli stessi contenuti e la stessa struttura argomentativa, ma proprio nella lunga serie di decisioni che si sono susseguite. Diversamente da altre vicende, delle quali una qui sarà specificamente analizzata², la Consulta non solo non ha spinto i giudici comuni a ricorrere all'interpretazione conforme, ma si è pronunciata espressamente contro la correttezza di tale operazione³. Si è avuto così uno stillicidio di pronunce di incostituzionalità, sorte da altrettanti questioni, il cui esito da un certo momento in poi è divenuto del tutto prevedibile. L'intervento della Corte, infatti, sembrava aver assunto un carattere meramente certificatorio di una incostituzionalità di cui vi era una quasi totale consapevolezza in dottrina e giurisprudenza.

Da ciò sorgono due interrogativi. Il primo (il quale però non sarà oggetto specifico di questo lavoro) è il perché la Corte non sia ricorsa all'illegittimità consequenziale⁴. Il secondo è se davvero la scelta della Corte di impedire il (o non spingere al) ricorso all'interpretazione conforme sia giustificato. A questa

D.P.R. 309 del 1990). Nella seconda parte dello stesso comma invece il legislatore sembra allinearsi alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale. Infatti l'articolo statuisce che «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, primo comma, 600-ter, escluso il quarto comma, 600-quinquies e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

² Il riferimento è a Corte costituzionale sentenza n. 208 del 2009.

³ La Corte costituzionale, infatti, in due decisioni fra quelle susseguites in tale materia ha chiaramente affermato che la strada dell'interpretazione conforme non era percorribile. La prima è la sentenza n. 110 del 2012 cons. dir. punto 3, in cui afferma «la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme (sentenza n. 219 del 2008), non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre»; la seconda è la sentenza n. 232/13 cons. dir. punto 3, in cui vi si legge che è corretta la tesi del rimettente che «esclude la praticabilità, nel caso in esame, di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma sospettata di illegittimità costituzionale. Infatti, questa Corte ha più volte affermato che «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale».

⁴ Più di qualche autore ha infatti ritenuto che la Corte sarebbe dovuta ricorrere all'illegittimità consequenziale. Fra questi M. CHIAVARIO, *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012, 3, il quale nel commentare e criticare la decisione della Cassazione n. 4377 del 2012 sulla custodia cautelare per il reato di violenza sessuale di gruppo ex 609-octies (su cui più compiutamente *infra*) scrive che la Corte costituzionale vi sarebbe potuta ricorrere già nella sentenza n. 265 del 2010 nella quale ha dichiarato l'incostituzionalità della custodia carceraria per i reati di violenza sessuale semplice. La sua utilizzazione sarebbe potuta apparire – continua l'Autore – «di persuasività più immediatamente percepibile che mai, proprio per il nucleo che violenza sessuale "semplice" e violenza sessuale di gruppo hanno indubbiamente in comune, e forse per la compresenza, nello stesso periodo finale del 3° comma dell'art. 275 c.p.p. [...] del riferimento all'una e all'altra fattispecie». Un altro argomento, G. BRUNELLI, *Significative conver-*

seconda questione, noi qui daremo una risposta negativa. Cercheremo di argomentare sul punto avendo come fulcro del nostro ragionamento la nota decisione della Corte di cassazione n. 4377/12. In questa vicenda, infatti, il giudice di legittimità ha realizzato quanto in altre circostanze la Corte costituzionale aveva non solo permesso, ma addirittura imposto di fare.

La posizione della Corte costituzionale è stata salutata favorevolmente dalla maggioranza della dottrina e molte sono state le critiche levatesi contro la Cassazione, la cui decisione forniva un'interpretazione conforme che non rientrava nelle potenzialità semantiche del testo. Da ciò prenderemo le mosse, cercando di sviluppare una intuizione prospettata da attenta dottrina, suscettibile, a nostro avviso, di ulteriori svolgimenti argomentativi⁵. È infatti condivisibile affermare, in via generale, che il giudice comune non possa ricercare significati conformi che si spingono talmente oltre il significato immediatamente letterale da porsi in estremo come interpretazioni *contra litteram legis*. Riteniamo, però, che ci possano essere casi particolari, come appunto la vicenda dell'articolo 275 c.p.p. (che per questo assume un valore emblematico), in cui il giudice comune

genze: illegittimità derivata di norme analoghe e sentenze manipolative, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, 352 e ss. e spec. 355, depone a favore del ricorso a tale istituto: la Corte in altre occasioni è ricorsa a tale strumento, quando si trovava nella necessità di dare tutela efficace ed immediata ai diritti fondamentali. In forza di tale considerazione, in questo caso la Corte avrebbe potuto farvi ricorso, dato che erano in gioco ragioni di tutela della libertà personale. Anche L. SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, in *Giur. cost.*, 2011, 3738, si è interrogata sull'opportunità di un eventuale ricorso a tale istituto, affermando che il collegamento che permetterebbe l'estensione del dispositivo potrebbe essere «ravvisato in relazione a tutte quelle fattispecie delittuose la cui "struttura" e le cui "connotazioni criminologiche" [...] non giustificano, parimenti a quelle già oggetto di declaratoria, una disciplina derogatoria fondata su presunzioni assolute». L'Autrice non nasconde però che ciò potrebbe contrastare con la natura necessariamente concreta del giudizio costituzionale in via incidentale. Alla stessa conclusione giunge anche S. QUATTROCOLO, *Quando il legislatore ordinario forza i principi generali, il giudice forza i limiti della giurisdizione*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 173, la quale, però, trova una possibile giustificazione al mancato ricorso all'illegittimità consequenziale «nell'intento di fondare l'accettabilità del discrimine tra regime assolutamente e relativamente derogatorio [...] sulla natura organizzativa o individuale del reato». Il rilievo critico che generalmente viene mosso all'illegittimità consequenziale è quello di attenuare fortemente il principio del contraddittorio, con il rischio che un suo utilizzo troppo ampio possa «compromettere le posizioni soggettive concrete che verrebbero private della possibilità di essere rappresentate nel giudizio davanti alla Corte (corsi nostri)», G. BRUNELLI, *op. cit.*, 348. Nella vicenda dell'art. 275 c.p.p. l'esistenza di questo rischio, astrattamente e giustamente ipotizzabile è stato nei fatti smentito. La Corte, infatti, a distanza di quattro anni dalla prima pronuncia, la sent. 265/10, ha di fatto completamente smantellato la materia non essendo uscita indenne dal controllo di costituzionalità nessuna delle ipotesi di custodia cautelare obbligatoria introdotte dal e dopo il c.d. pacchetto sicurezza. In generale sull'illegittimità consequenziale, oltre a quelle già citate si veda il classico di A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano 1967, 71 ss. e fra i più recenti A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi*, Catanzaro, 2008 e D. CHINNI, *Processo costituzionale e illegittimità consequenziale. Spunti a margine di alcune osservazioni compiute dalla Corte nella sentenza n. 138 del 2009*, in *www.forumcostituzionale.it*.

⁵ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012, 129 ss.

può travalicare il dato testuale senza eccessivi pericoli. In altre ipotesi, da questa difformi, di cui daremo conto nello scritto, il rispetto del dato letterale, invece, deve essere affermato in modo stringente.

Quando infatti si ragiona di interpretazione conforme, la quale vada oltre le possibilità semantiche di una disposizione e si colloca in quella zona grigia in cui a prevalere sembra il momento decisionale su quello strettamente ermeneutico, bisogna operare una distinzione per discernere la legittimità o meno dell'operazione. Questa potrà considerarsi legittima se l'operazione interpretativa del giudice è compiuta sulla scorta di un principio affermato in precedenza dalla Corte costituzionale, in una questione di costituzionalità vertente su una disposizione rientrante in quella materia. Si dovrà, invece, propendere per l'illegittimità dell'operazione, quando questa è compiuta senza che la Corte si sia pronunciata precedentemente in materia, e pertanto quando manca un principio che possa guidare l'interpretazione del giudice.

Nella prima ipotesi, come cercheremo di dimostrare, il sistema accentrato di costituzionalità non subisce eccessive tensioni. L'operazione, infatti, seppure si spinge al limite, può essere considerata un'interpretazione e non una disapplicazione di fatto. Inoltre, in tali casi, non solo trova il massimo grado di attuazione il principio di effettività della tutela, ma anche, seppur in misura minore, la certezza del diritto. Nella seconda ipotesi, invece, i rischi paventati dalla dottrina trovano concretizzazione e pertanto in questi casi dovrà con nettezza escludersi la possibilità di interpretazioni conformi che comportino un travalicamento del dato letterale. Difficilmente in questi casi, infatti, potrà sostenersi che l'operazione compiuta sia un'interpretazione e non una disapplicazione mascherata dalla prima.

Porre questa distinzione fra ipotesi in cui ammettere la ricerca di significati conformi, che vadano anche al di là del significato immediatamente intellegibile della lettera, rispetto a quelle in cui ciò non è ammesso appare vantaggioso. Permette, da un lato, di non chiudersi in visioni aprioristiche che rischiano di porre un freno a quella tendenza del nostro sistema di costituzionalità affermatasi negli ultimi anni: il riferimento è naturalmente alla sempre maggiore collaborazione tra giudici comuni e Corte costituzionale⁶, in cui un ruolo fondamentale ha sicuramente giocato la dottrina dell'interpretazione conforme. Dall'altro, di meglio specificare quei presupposti e il conseguente ambito di operatività dell'interpretazione conforme che, al fine di preservare e permettere il proficuo sviluppo della collaborazione fra giudici e Corte costituzionale, permetta di definire con un apprezzabile grado di certezza il complesso «rapporto tra giurisdizione costituzionale e quella ordinaria nel rispetto delle reciproche compe-

⁶ Tanto che ha spinto alcuni a parlare di mutamento del nostro sistema da accentrato in accentrato-collaborativo, così E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, III, 1859-1860 e EAD., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 109 ss.

tenze»⁷. Anche perché le perplessità e a volte i timori della dottrina che ha mostrato maggiori cautele verso un uso non circoscritto dell'interpretazione conforme, sono state mosse da una visione forse troppo pessimistica del sistema. Come fa notare Serges, infatti, «il concreto atteggiarsi dei rapporti tra Corte e giudici comuni, [...] seppur non esente da frizioni o contrasti, finisce però per collocarsi di fatto in un territorio assai lontano sia dai paventati rischi di disapplicazione della legge (e dunque di un vero e proprio sindacato diffuso di costituzionalità), sia dall'uso di tecniche manipolative che scavalchino disinvoltamente la lettera dei testi legislativi»⁸.

2. *L'interpretazione conforme a Costituzione e il problema di trovare un (difficile) punto di equilibrio fra attività interpretativa e dato letterale.* – Come è noto, il tema dell'interpretazione conforme ha occupato la dottrina fin dai primi anni di attività della Corte⁹ e ha suscitato nuovo e vivo interesse a seguito della nota pronuncia n. 356 del 1996. Prima di tale decisione, l'interpretazione conforme si ricollegava alle sentenze interpretative ed era, quindi, di fatto monopolio della Corte costituzionale¹⁰. Dalla decisione del 1996, in cui – come è noto – il giudice delle leggi ha affermato che «in linea di principio, le leggi non si dichiarano co-

⁷ Così M. GUARINO, *L'interpretazione adeguatrice come canone ermeneutico e come tecnica di sindacato di legittimità costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2002, 203.

⁸ G. SERGES, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici*, in ID., *Letture di diritto pubblico*, Napoli 2011, 89 e già in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011 IV, 3353 ss.

⁹ Per un approfondimento su tale aspetto si veda M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo del suo anniversario*, Milano 2006, 925-935.

¹⁰ R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino 2008, 98 e 100. Questi, inoltre, ricorda che il monopolio era di fatto della Corte costituzionale, nonostante al Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati del 1965 a Gardone, fosse stato approvato un ordine del giorno in cui si dichiarò che rientrava fra i compiti del giudice «interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione». Infatti, la magistratura continuò anche dopo tale dichiarazione a preferire la proposizione della questione di legittimità costituzionale. L'Autore (a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici) poi ricorda le perplessità della dottrina, richiamando C. LAVAGNA, *Considerazioni sulla inesistenza di questioni di legittimità costituzionale e sulla interpretazione adeguatrice* (1959), ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano 1984, 604 il quale affermava che riconoscendo anche ai giudici il potere-dovere di interpretazione conforme, si rischiava un vero e proprio esaurimento dei poteri della Corte, perché con l'utilizzo dei più audaci mezzi ermeneutici sarebbe stato sempre possibile riportare una legge nell'alveo dei principi costituzionali. L'Autore, però, nonostante i rischi da egli stesso evidenziati, riteneva una soluzione «opportuna» il ricorso dei giudici all'interpretazione conforme, in quanto avrebbe offerto «una via per applicare la Costituzione, senza congestionare inutilmente la giurisdizione della Corte», ID., *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»* (1955), ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, cit., 578.

stituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali», la Consulta comincia ad indurre i giudici ad esperire il tentativo di interpretazione conforme e di sollevare la questione di costituzionalità solo se non si può addivenire ad un risultato ermeneutico che sia conforme a Costituzione¹¹. Ed è proprio questa sollecitazione, la quale viene a configurarsi quasi come la imposizione di un dovere per il giudice nella fase di instaurazione del giudizio in via incidentale¹², a rappresentare il momento genetico di una serie di problematiche, di eccezionale importanza e complessità¹³, che hanno occupato vivamente la dottrina negli ultimi anni¹⁴. Il punto centrale delle problematiche sull'interpretazione conforme, da cui si sviluppano a raggiera tutte le altre, è costituito dal rapporto fra attività interpretativa del giudice comune e il dato letterale. Infatti la dottrina che si dimostra maggiormente critica verso l'utilizzo del canone¹⁵, così come proposto dalla Corte¹⁶, ha posto in

¹¹ È la previsione di tale obbligo l'aspetto innovativo e che ha destato le maggiori perplessità in dottrina. Come, infatti, fa notare G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta accentrato)*, in *www.federalismi.it*, il favor per l'interpretazione conforme è visibile anche nella giurisprudenza precedente. A tal fine richiama le sentt. nn. 370 del 1988, 495 del 1993, l'ord. 82 del 1995 e la sent. 823 del 1988 in cui si può leggere (punto 4 considerato in diritto) che «l'interpretazione secondo Costituzione (c.d. interpretazione adeguatrice) è momento costitutivo normale di ogni interpretazione: conseguentemente, come più volte ribadito da questa Corte, tra due interpretazioni, l'una conforme e l'altra contrastante con la Costituzione, va certamente preferita la prima». Per quanto riguarda, invece, la previsione di questo obbligo imposto ai giudici afferma molto efficacemente I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, in *www.rivistaaic.it*, 1 e 4, che non è tanto criticabile l'attività interpretativa in sé, ma «l'obbligo che in tempi più recenti la Corte sembra aver imposto al giudice stesso, di interpretare la norma anche quando questi ritenga di non riuscire ad individuarne una conforme a Costituzione da applicare al caso concreto». Ciò rischia di imporre ai giudici «un atteggiamento patologico [...] costringendoli a leggere nella disposizione quel che non c'è, pur di obbedire all'obbligo imposto dalla Corte».

¹² G. LANEVE, *op. cit.* 4.

¹³ R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo*, cit., 90.

¹⁴ La letteratura degli ultimi anni sul tema è vastissima. Oltre alle opere richiamate ci limitiamo qui a ricordare, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici sul tema: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; M. D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche argomentative*, Torino 2009 e da ultimo si veda, A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2014.

¹⁵ Qui noi ci rifacciamo solo alle posizioni di M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it*, e di G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit. Per quanto riguarda gli altri Autori che hanno espresso le loro perplessità sull'interpretazione conforme fra i tanti qui ricordiamo: A. PACE, *I limiti dell'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. cost.*, 1963, 1066 ss. (come è noto l'Autore in questo scritto espresse le sue perplessità sull'interpretazione conforme compiuta dalla Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di rigetto) e G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. cost.*, 2009, 2412 ss., del quale analizzeremo più compiutamente la sua posizione *infra*.

¹⁶ È questo il vero problema connesso all'interpretazione conforme e non quello di trovare un

luce che «per quanto i significati normativi di una disposizione di legge possano essere adeguati alla Costituzione, l'opera di adeguamento non può essere condotta fino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che ci fosse»¹⁷. In tal modo questa dottrina, rifuggendo l'opinione che sia impossibile tracciare in modo netto una linea di confine tra interpretazione e creazione della norma, ritiene che il limite dell'interpretazione conforme debba ritenersi superato quando, sotto il velo dell'attività interpretativa, il giudice compia un'attività creativa. Da questa critica di fondo, poi, se ne fanno derivare altre, che sono delle immediate conseguenze (tra le quali qui noi ricordiamo): la rottura della legalità legale, il contenimento delle questioni di legittimità costituzionale e il conseguente stravolgimento del sindacato di costituzionalità da accentrato a diffuso¹⁸.

Invero, salvo l'eccezione rappresentata da chi ha affermato che, in generale, il giudice è abilitato a compiere operazioni creative anche molto ardite che vanno oltre il tenore letterale della legge¹⁹, anche la dottrina che ha accolto con favore l'accresciuto utilizzo del canone dell'interpretazione conforme si è interrogata sul problema di trovare un punto di equilibrio tra la scelta delle possibilità semantiche offerte dal testo normativo e l'attività ermeneutica dell'interprete, nella ricerca di un significato conforme a Costituzione. Anche i fautori dell'interpretazione adeguatrice, quindi, si sono preoccupati di individuare il limite fino al quale l'utilizzo del canone dell'interpretazione conforme, e con esso l'argomento della razionalità, possa spingersi rispetto alla lettera della legge. Se, in altri termini, «possa valere l'argomento *pro voluntate legislatoris contra verba legis?*»²⁰. Il punto di equilibrio è stato trovato nell'«orizzonte di senso della lettera della legge»²¹. In base a ciò sono legittime interpretazioni correttive del-

fondamento teorico. Come infatti fa notare G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2012, 10, – richiamando il pensiero di Paladin – «in uno Stato costituzionale l'interpretazione non può andare separata dalla considerazione dei principi della Costituzione rigida (e per cui, in breve, essa o è costituzionalmente orientata o semplicemente non è)», pertanto «il c.d. canone dell'interpretazione adeguatrice, potendo vantare un fondamento teorico così elevato, che lo radica nelle trasformazioni implicate dalla forma di stato in cui viviamo, non ha invero alcun bisogno di argomenti difensivi».

¹⁷ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, cit., 7.

¹⁸ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, cit., 8.

¹⁹ E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, cit., 1854. Al fine di assicurarne un'applicazione non incostituzionale e alla condizione che tale operazione sia sorretta da un'adeguata motivazione.

²⁰ M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. cost.*, 2006, 3427. Interrogativi che vengono a galla con forza tutte quelle volte in cui ci si muove in una zona grigia in cui diventa difficile distinguere se si sia in presenza di una interpretazione della legge, condotta in base al canone dell'interpretazione sistematica che tenga conto dei principi costituzionali, o di una sua correzione, E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, cit., 1860.

²¹ M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, cit., 3427. Dello stesso

l'enunciato, che si esplicano come la proposizione di significati meno prossimi di altri alla lettera; viceversa sono illegittime quelle operazioni che travalicano il dato letterale²².

3. *La vicenda dell'art. 275 c.p.p. alla luce di quella sulle misure di sicurezza della casa di cura. La decisione della Cassazione penale, sez. III, sentenza n. 4377 del 2012.* – Tracciato il quadro teorico di riferimento, riteniamo possibile riguardare sotto una nuova luce la tematica ed aggiungere un tassello a tale dibattito, attraverso l'analisi della vicenda dell'art. 275 c.p.p. in connessione a (o meglio alla luce di) quella della misura di sicurezza obbligatoria della casa di cura per l'infermo di mente ex art. 219 c.p. Nella lettura congiunta di queste due vicende è necessario partire da un'intuizione di attenta dottrina, la quale ha affermato come in materia di interpretazione conforme ci si trovi in presenza di "sequenze anomale", che prendono il posto delle "sequenze tradizionali"²³. Nelle prime la Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità di una disposizione con una sentenza manipolativa, assicurando il rispetto di un principio di rango costituzionale da essa individuato. Questa disposizione è ricompresa in un'area dell'ordinamento in cui sono presenti altre disposizioni che, alla luce della motivazione fornita dalla Corte, risultano anch'esse non in armonia con il principio da essa affermato. Qualora i giudici, resisi conto di ciò, sollevino altre questioni di costituzionalità, la Corte si rifiuta di procedere a successive dichiarazioni di incostituzionalità e spinge i giudici a interpretare la disposizione in senso conforme al principio da essa stessa delineato. A tale indicazione, nella quasi totalità dei casi, i giudici si allineano senza batter ciglio²⁴. Nelle "sequenze tradizionali", invece, dopo la prima sentenza di accoglimento manipolativa, la Corte continua a pronunciarne altre su altrettante disposizioni analoghe, manipolandole nel senso della prima sentenza²⁵.

avviso è anche il Modugno, richiamato da Ruotolo, il quale afferma che il processo interpretativo deve sempre riferire la soluzione ad un testo di legge, mantenendosi nei limiti di questo, F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria sull'interpretazione*, Padova 1998, 44. Anche se a noi sembra (nella speranza di non aver travisato il suo pensiero) che, in altro scritto sul tema (ID., *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, in A. CERRI – P. HABERLE – M. JARVAD – P. RIDOLA – D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia*, Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati, III, Roma 2011, 357), l'Autore ridimensioni tale affermazione, per tutti quei casi in cui il giudice compia un'interpretazione adeguatrice di disposizioni di legge che è l'estensione di una precedente dichiarazione di incostituzionalità; sul punto ritorneremo più compiutamente *infra*.

²² M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, cit., 3427.

²³ E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, cit., 1862.

²⁴ E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, cit., 1860-1861.

²⁵ E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, cit., 1861 e EAD., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 123 ss.

La vicenda sulla misura di sicurezza obbligatoria della casa di cura rientra nella prima categoria, la vicenda sulla custodia cautelare in carcere prevista dall'articolo 275 III com. secondo periodo c.p.p., invece, rientra nella seconda. A noi, però, sembra che l'operazione che si sarebbe potuta chiedere al giudice per la vicenda della custodia cautelare in carcere non si sarebbe discostata di molto da quella che la Corte ha chiesto al giudice nella prima vicenda²⁶.

3.1. *Brevi cenni sulla vicenda della incostituzionalità della misura di sicurezza della casa di cura.* – Nella vicenda sull'art. 219 c.p. la Corte, con la sentenza n. 208 del 2009, dichiara la questione inammissibile in quanto il giudice remittente non era pervenuto ad una interpretazione costituzionalmente orientata, resa possibile da due precedenti decisioni, le sentenze nn. 253 del 2003 e 367 del 2004, relative alla misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico ed aventi ad oggetto rispettivamente gli artt. 222 e 206 c.p., dichiarati incostituzionali nella parte in cui non consentivano al giudice l'adozione di una diversa misura di sicurezza. Secondo la Corte, in base a quelle pronunce, è oramai «presente il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva». Questo principio «dettato in relazione alla misura del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, vale anche per l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia, che è, a sua volta, misura di sicurezza detentiva e quindi segregante». In tal modo è possibile escludere l'automatismo della misura detentiva anche quando una misura meno drastica e più elastica, quale la libertà vigilata, si riveli capace di soddisfare in concreto le esigenze di cura e tutela della persona e di controllo della sua pericolosità sociale. Ciò che in tal modo la Corte ha chiesto ai giudici, respingendo la questione, è di accantonare il dettato normativo con tale principio contrastante²⁷. Come è noto, la decisione non è stata accolta in modo unanime in dottrina, la quale su di essa ha espresso le obiezioni e le difese classiche che si sono formulate in tema di interpretazione conforme²⁸.

²⁶ Se ciò è vero, ci sarebbe da chiedersi il perché la Corte nel secondo caso abbia continuato, invece, a dichiarare l'incostituzionalità di disposizioni analoghe con sentenze che ribadiscono lo stesso principio di diritto e sono sostanzialmente analoghe nel contenuto e nel percorso argomentativo. Questo potrebbe essere un indice che segnala l'ingresso in una seconda fase dell'interpretazione conforme, che cerca di porre un freno a quegli eccessi messi in luce in dottrina. Il segnale di un mutamento dell'utilizzo di tale canone e non del suo abbandono. Infatti, nella vicenda della custodia cautelare in carcere la Corte, dichiarando (sent. 232/13) che bene ha fatto il giudice a non ricorrevi, implicitamente ammette che l'interpretazione adeguatrice ancora trova accoglienza nell'ordinamento, ma allo stesso tempo afferma la necessità di un suo utilizzo più cauto.

²⁷ Il giudice remittente, come riporta la E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratore-collaborativo*, cit., 1865, ha seguito le indicazioni della Corte senza porsi alcun problema sul fatto che gli era stato chiesto di disapplicare sostanzialmente la disposizione oggetto dell'ordinanza di rimessione. Egli, infatti, ha applicato, «anche in ossequio alla sentenza interpretativa della Corte costituzionale», la diversa misura della libertà controllata.

²⁸ Qui ricordiamo i soli commenti di Modugno e di Rescigno, perché riproducono emblematici

3.2. *La (identica) ratio sottesa alle decisioni della Corte costituzionale sulle questioni ad oggetto l'art. 275 c.p.p.* – Diverso, come abbiamo già anticipato, è l'atteggiamento della Corte costituzionale in relazione all'art. 275 c.p.p. La vicenda è nota e, pertanto, qui ci limiteremo a riportarla nei suoi aspetti essenziali. Una maggiore attenzione sarà dedicata alla pronuncia della Corte di cassazione n. 4377 del 20 gennaio 2012, in cui essa, facendo ricorso all'interpretazione conforme, ha escluso l'applicazione della custodia in carcere per il reato di violenza sessuale di gruppo. Naturalmente, ci soffermeremo su tale decisione poiché in questa circostanza la Cassazione ha seguito la strada che in altre occasioni, come quella appena riportata, era stata indicata dalla Corte costituzionale. La scelta della Cassazione è stata esplicitamente sconfessata dalla Corte costituzionale, la quale ha proceduto in materia – come già ricordato – ad una serie di dichiarazioni di incostituzionalità.

Tutte le pronunce del giudice delle leggi su tale articolo²⁹ sono sorrette dalla medesima esplicita *ratio*. In tutte si ritrova, infatti, tale assunto: «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod ple-*

ciamente le opposte posizioni sul tema e tralascieremo volutamente, inoltre, di riportare quelle parti delle loro riflessioni riguardanti il tipo di decisione adottata dalla Corte, non essendo tale tema funzionale all'intento di questo scritto. G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio*, cit., 2417, si è dimostrato critico nei confronti della scelta della Corte, in quanto in tal modo si «introduce nel nostro ordinamento un tipo di controllo diffuso di costituzionalità, che diventa accentrato solo quando è impossibile manipolare i testi del legislatore e dunque non resta che demolirli». In base a questa sentenza, continua l'Autore, i giudici non solo possono, ma debbono ricavare dalle sentenze della Corte i principi costituzionali, in nome dei quali «possono e debbono scavalcare le parole del legislatore», manipolando i testi al fine di renderli conformi al principio individuato. All'opposto F. MODUGNO, *Inammissibilità della questio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, 2412, accoglie favorevolmente la decisione della Consulta. La strada indicata dalla Corte in questa sentenza – afferma l'Autore – comporta un'attenuazione del sindacato accentrato, che però risulta legittima, in quanto è la conseguenza del bilanciamento tra i due principi della superiorità globale della costituzione e del monopolio del sindacato sulle leggi attribuito alla Corte. Da questo bilanciamento si ricava che il principio del monopolio del sindacato di legittimità copre solo la dichiarazione di incostituzionalità e non l'interpretazione delle leggi e della Costituzione.

²⁹ L'articolo, come è noto, è stato novellato dal c.d. pacchetto sicurezza che ha previsto la custodia cautelare in carcere obbligatoria per tutta una serie di reati di particolare allarme sociale. La Corte dopo il 2009, ribadendo che la specificità dei reati di stampo mafioso giustificano la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere se sussistono sufficienti indizi di colpevolezza (sent. 265/10), ha ritenuto incostituzionale la presunzione assoluta dell'adeguatezza della custodia cautelare in carcere: per i delitti di induzione alla prostituzione minorile, di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenni (sent. 265/10); per l'omicidio volontario (sent. 164/11); per i delitti di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope (sent. 231/11); per il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina (sent. 331/11); per i reati di associazione di cui all'art. 416 finalizzato alla contraffazione di prodotti industriali e al loro commercio (sent. 110/12); per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni *ex* art. 416 c.p. o al fine di agevolare le attività dalla norma previste (sent. 57/13); per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione *ex* art. 630 c.p. (sent. 213/13) e infine per il reato di violenza sessuale di gruppo *ex* art. 609 *octies* (sent. 232/13).

rumque accidit. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa». La *ratio decidendi* alla base di queste pronunce sta, dunque, nella circostanza per cui la disciplina delle misure cautelari deve ispirarsi al principio "del minor sacrificio necessario", ricavabile dalla lettura combinata degli articoli 13 I comma e 27 II comma Cost., in base al quale la compressione della libertà personale deve essere contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto³⁰.

La Corte, diversamente da quanto fatto per le misure di sicurezza, non ha dichiarato esplicitamente che il principio da essa costantemente affermato nelle varie decisioni sia oramai un principio regolatore della materia. La sua affermazione costante, però, depone per l'esistenza di un principio generale in materia. Ciò, a nostro avviso, è sicuramente una valida giustificazione a sostegno dell'operazione di interpretazione conforme compiuta dalla Cassazione, anche in considerazione del fatto che il giudice delle leggi in altre circostanze (come l'altra vicenda ricordata in questo scritto) aveva già chiesto ai giudici di muoversi su questa strada.

3.3 *La sentenza della Corte di Cassazione penale, sez. III, sentenza n. 4377 del 2012.* – Veniamo ora ad analizzare gli aspetti essenziali della più volte richiamata sentenza n. 4377 del 2012 della Corte di cassazione. La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione e sull'applicazione del terzo comma del 275 c.p.p., vale a dire sull'applicazione automatica della custodia cautelare in carcere obbligatoria per il reato di violenza sessuale di gruppo, *ex art. 609-octies c.p.* La vicenda è nota, ciò che qui interessa, è riportare alcuni passaggi che saranno a fondamento di alcune osservazioni che faremo più avanti. Il giudice di legittimità ricostruisce sinteticamente i punti salienti dell'argomentazione della Corte costituzionale, di cui alla sentenza n. 265 del 2010, perché ritiene che i principi da essa affermati, per il regime cautelare di altri reati, siano senza dubbio applicabili anche al caso da essa esaminato. Pertanto si impone la questione «di quali siano le conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame». Relativamente a tale quesito, la Cassazione risponde affermando che «dalla sentenza della Corte costituzionale emerg[e] l'esistenza di principi interpretativi direttamente applicabili», anche per le ipotesi *ex art. 609-octies*, in quanto tale reato «presenta caratteristiche essenziali non difformi da quelle che la Corte costituzionale» ha individuato per gli altri reati sottoposti al suo giudizio. In forza di ciò – continua il giudice di legittimità – «l'unica inter-

³⁰ M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 3.

pretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza 265 del 2010 [...] è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria», anche per la fattispecie sottoposta al suo esame.

Come risulta dai passi ora riportati, la Cassazione ritiene di compiere un'operazione interpretativa, nella specie – anche se non lo esplicita – un'interpretazione sistematica. Essa infatti ritiene che anche nel caso di specie possano trovare applicazione i principi affermati dalla Corte costituzionale.

A questo punto è utile confrontare questa decisione con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 208 del 2009. In questa decisione la Corte ha dichiarato che nella disciplina è oramai «presente il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva»³¹. Questo principio «dettato in relazione alla misura del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, vale anche per l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia, che è, a sua volta, misura di sicurezza detentiva e quindi segregante»³². In forza di ciò la questione risultava inammissibile perché «il rimettente ha trascurato di vagliare la possibilità di pervenire, nel quadro definito dalle decisioni sopra citate, ad una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata»³³. La Corte costituzionale, prima richiama il principio vigente in materia, secondariamente rileva che le due misure di sicurezza presentano caratteristiche essenziali non difformi, da ultimo afferma che il giudice avrebbe dovuto esperire l'interpretazione conforme. Se si analizzano i passi riportati della decisione della Cassazione, vediamo che il percorso argomentativo da essa seguito è identico: ricostruzione della disciplina ricavabile dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, rilevamento della caratteristiche non difformi delle due fattispecie e, infine, interpretazione conforme. Ciò, a nostro avviso, giustifica la scelta della Corte di Cassazione, che si pone in linea con le indicazioni della giurisprudenza costituzionale³⁴. Inoltre dimostra che essa, inequivocabilmente, si sia mossa sul terreno interpretativo e non abbia agito con l'intento di invadere le competenze della Corte costituzionale; del resto, è stata la stessa giurisprudenza costituzionale che in altre occasioni, come quella ora riportata, aveva indicato tale soluzione. Per queste ragioni (ma di questo diremo

³¹ Corte cost. sent. n. 209 del 2008, cons. dir. punto 5.

³² Corte cost. sent. n. 209 del 2008, cons. dir. punto 5.

³³ Corte cost. sent. n. 209 del 2008, cons. dir. punto 6.

³⁴ Quanto qui riportato si ricollega, inoltre, al valore del precedente nella giurisprudenza costituzionale, tematica molto vasta che meriterebbe un approfondimento ben maggiore di quello che gli si può dedicare in questa sede. È stato messo in luce in dottrina lo stretto nesso tra questo e «la necessità di salvaguardare quanto più è possibile la continuità degli *standards* decisionali», G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 59. Sul tema si vedano tra gli altri anche: G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1971 e A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano 1995; BARTOLE, *Ricorso alla regola stare decisis in materia di opere idrauliche*, in *Le Regioni*, 1986, 914; ID., *Ricorso alla regola stare decisis o sommarietà di motivazione? (a proposito dei meriti della trattazione nella stessa udienza di giudizi concernenti questioni simili)*, in *Giur. cost.*, 1986, 1248.

più compiutamente *infra*) la sua operazione non può classificarsi come una disapplicazione nascosta dal velo interpretativo, ma come una pura operazione interpretativa, che, pertanto, si risolve non nella disapplicazione, ma nella non applicazione della disposizione nel suo significato letterale immediatamente intellegibile.

La scelta della Cassazione è stata da ultimo sconfessata dalla stessa Consulta, la quale nella sentenza 232 del 2013 non solo ha accolto la questione sulla custodia cautelare in carcere per il reato di violenza sessuale di gruppo, ma ha anche chiaramente affermato che il giudice remittente ha correttamente escluso la praticabilità dell'interpretazione conforme. Questo perché in riferimento alla «presunzione assoluta dettata dall'art. 275, comma 3, c.p.p., aveva già ritenuto che le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, relative esclusivamente ai reati oggetto delle varie pronunce, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate»³⁵.

Anche in dottrina pochi sono stati coloro che hanno accolto con favore la decisione del giudice di legittimità. Fra questi, vi è il Gaeta³⁶, la cui intuizione cercheremo di sviluppare in questo scritto. L'Autore giustifica la soluzione della Corte, utilizzando l'argomento della interpretazione sistematica. Egli ritiene che la Cassazione ha superato sì il limite letterale della norma, proponendo una diversa interpretazione incompatibile con il significato immediatamente riconducibile all'orizzonte semantico del testo, ma ciò è giustificato dall'utilizzo del canone dell'interpretazione sistematica che ha portato la Corte a ritenere superato il significato letterale in una «prospettiva sistematica di coerenza con il contesto legislativo nel frattempo modificato dalle pronunce della stessa Corte costituzionale»³⁷. Ciò, può tradursi, afferma l'Autore, in una disapplicazione della norma,

³⁵ Corte costituzionale sentenza n. 232 del 2013, punto 3 considerato in diritto. In cui la Corte ribadisce quanto già affermato nella sentenza n. 110 del 2012

³⁶ P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida al diritto*, 11/2012, 58 ss.

³⁷ P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, cit., 62. Di diverso avviso è il M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 4-5, il quale, seppure giustifica la soluzione raggiunta dal Giudice di legittimità, ritiene che essa non sia qualificabile né come interpretazione conforme né come interpretazione sistematica. Non è una interpretazione conforme perché, in base alle regole ricavabili dalla sentenza 28 del 2004, le disposizioni dell'articolo 275 III comma c.p.p. «non possono linguisticamente sopportare il significato che la Cassazione attribuisce loro» sulla base della sentenza della Corte costituzionale. Non è neanche la seconda poiché il linguaggio delle disposizioni sospette di incostituzionalità «non presenta quella neutralità per cui ai termini che la compongono possa essere attribuito il significato "sistematico" loro conferito dalla presenza della norma addita» dalla Corte. L'operazione è, bensì, classificabile come applicazione analogica di una norma (e non di un orientamento interpretativo) ricavata da una sentenza-legge. Posto, infatti, che la sentenza n. 265 del 2010 ha introdotto una nuova norma, le discipline legislative che non la prevedono possono essere «tecnicamente definite come lacunose». Pertanto i giudici hanno il potere di colmarle attraverso l'analogia. Questa tesi (la quale ha il pregio di tentare di fornire una risposta di rigore concettuale e coerenza logica alla soluzione intrapresa dalla Cassazione) non è stata pacificamente accolta. C'è chi, come la S. QUATTROCOLO, *Quando il le-*

ma l'operazione non può essere qualificata come artificiosa, proprio in ragione di quel contesto normativo che a seguito delle decisioni precedenti della Corte costituzionale è venuto a mutare³⁸. Inoltre, fa notare l'Autore, da tempo sarebbe «saltato il labile confine della *littera legis*»³⁹.

gislatore ordinario forza i principi generali, il giudice forza i limiti della giurisdizione, cit., 174, afferma che in tali casi non si può avere un'applicazione analogica in quanto «la disposizione qui in questione è di carattere eccezionale, recando il secondo e il terzo periodo dell'art. 275 co. 3 c.p.p. una regola del tutto derogatoria rispetto al principio generale di adeguatezza, stabilita in relazione ad una serie di fattispecie, non suscettibile di interpretazione difformi da quella letterale». Altri, invece, come M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit., 15, rilevano che la lacuna non è presente dall'origine nell'ordinamento, perché la regola (della presunzione assoluta di adeguatezza) esiste. Come, infatti, afferma in un successivo scritto, M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio necessario della libertà personale*, in L. CAPPUCIO-E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli 2013, 28, è difficilmente sostenibile, infatti, affermare che la lacuna sarebbe stata creata dalla Corte costituzionale stessa con la sua dichiarazione di incostituzionalità. Condivisibile è dichiarare applicabili i principi affermati dalla Corte in casi simili; altro, però, è affermare che anche la dichiarazione di incostituzionalità e di conseguenza la lacuna, si estende oltre i confini della specifica questione decisa. Il vuoto di previsione normativo, infatti, che, seguendo le condivisibili argomentazioni di Ruotolo, sarebbe da escludere è l'unica premessa che legittima il procedimento analogico, solo se c'è un vuoto di previsione si può integrare l'ordinamento attraverso l'analogia, G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, cit., 7.

³⁸ P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, cit., 62.

³⁹ P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, cit., 63. L'autore giustifica tale affermazione riportando alcuni casi emblematici di interpretazione conforme *contra legem* a seguito di pronunce della Corte di Giustizia e della Corte EDU. Da questi si evince che «oramai da tempo le frontiere dell'interpretazione conforme hanno oltrepassato la semplice logica tripartita del *secundum*, *praeter* e *contra legem* quali unici e univoci argini della sua legittimità». In forza di questa constatazione, continua l'Autore, non si può esaltare l'interpretazione *contra legem* della Cassazione «quando essa serve ad allineare l'ordinamento nazionale a Strasburgo» e criticare invece l'atteggiamento di questa, utilizzando argomenti ermeneutici formali e puristi quando la garanzia, prevista dalla giurisprudenza della Corte costituzionale «e innestata con *meccanismi ermeneutici simili a quelli utilizzati dalla giurisprudenza di Strasburgo*, tocca il nervo scoperto dei reati di violenza sessuale (corsivi miei)».

⁴⁰ M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit. Meritano di essere ricordate anche le osservazioni di M. CHIAVARIO, *op. cit.*, 2 e 3. L'Autore afferma che, pur condividendo «l'equilibrato bilanciamento di tutele», sarebbe stato opportuno in questa circostanza l'intervento della Corte costituzionale, la quale (continua l'Autore) è il giudice naturale «dei rapporti controversi tra norme di legge ordinaria e norme costituzionali». Tale affermazione parte dalla constatazione che la Cassazione, nell'affermare che i principi ricavabili dalla sentenza 265 del 2010 sono «in toto applicabili alla ipotesi di reato *ex 609-octies*», non prende in considerazione il fatto che le fattispecie contenute nelle norme dichiarate incostituzionali «si connotavano tutte in chiave di condotta (almeno solitamente) monosoggettiva, a differenza della violenza sessuale di gruppo». In verità la Corte, come riporta lo stesso Autore, nelle sentenze successive ha dichiarato anche l'incostituzionalità di norme disciplinanti fattispecie di reato a condotta (esclusivamente o normalmente) plurisoggettiva. Proprio in forza di ciò, però, «ne avrebbe guadagnato la chiarezza se si fosse colta l'occasione per provocare un chiarimento» da parte della Corte costituzionale. Ciò, inoltre è rafforzato

Fra coloro che hanno criticato la decisione è utile qui richiamare le osservazioni di Ruotolo⁴⁰, in quanto egli analiticamente affronta il rapporto tra il significato ricavato in via interpretativa e il limite rappresentato dal dato testuale. L'Autore, il quale in più scritti si è sempre dimostrato favorevole all'utilizzo del canone dell'interpretazione conforme, in questa vicenda si mostra critico verso l'operazione della Cassazione. Egli, infatti, ritiene che attraverso l'interpretazione non si possa ricavare un significato che travalichi la lettera. Sebbene, infatti, con questo canone è possibile ricavare dall'enunciato un significato meno prossimo alla lettera, questo deve sempre situarsi «nell'orizzonte di senso» di quest'ultima. Attraverso il canone dell'interpretazione sistematica, da un lato, il significato di una disposizione non può essere ampliato senza riscontri nel contesto normativo, dall'altro, è possibile – sempre grazie ad un raffronto con il sistema normativo – selezionare un determinato significato anche «determinando una “torsione” di quello che si presumeva essere il significato più immediato o meglio il suo significato iniziale»⁴¹. Ma la torsione del significato deve reggere alla prova della “lettera”, «alla quale si deve tornare per verificare che l'allontanamento dalla stessa [...] non si sia tradotto in un suo travalicamento»⁴².

In sintesi, quindi, Ruotolo ritiene che l'interpretazione conforme può sì comportare un allontanamento dal significato iniziale della lettera, parla di torsione di significato, ma non può comportare un travalicamento del dato letterale. Ipotesi, quest'ultima, che si verifica nel caso in cui il significato non trovi alcun fondamento nell'enunciato su cui si compie l'operazione interpretativa. Se ci si trova di fronte a quest'ultima evenienza, vale a dire se per rendere la disposizione conforme a Costituzione si attribuisce ad essa un significato che travalica il dato testuale, non può, come nel caso di specie, non farsi ricorso alla Corte costituzionale.

4. Necessità di differenziare tra interpretazioni conformi sulla scorta di un principio costituzionale affermato dalla Corte costituzionale e interpretazioni conformi compiute autonomamente dai giudici comuni. – Tali obiezioni sembrano apparentemente insuperabili e difatti trovano quasi unanime avallo in dottrina, la quale pur dividendosi tra fautori ed oppositori dell'interpretazione conforme, così come si è venuta a delineare negli ultimi anni, è abbastanza unanime nel riconoscere un valore centrale al limite testuale. Anche chi scrive ritiene che ciò

dal fatto che se la Corte avesse ritenuto di togliere ogni equivoco sull'applicabilità, anche per i procedimenti per violenza sessuale di gruppo, dei principi posti dalla sentenza 265/10, che ha giudicato sulla costituzionalità della custodia carceraria obbligatoria per i reati di violenza sessuale “semplice”, sarebbe ricorsa essa stessa alla illegittimità consequenziale.

⁴¹ M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit., 18.

⁴² M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit., 18. L'autore, infatti, al tal fine ricorre alla distinzione tra torsione e travalicamento, vedi nota 73, 18.

sia condivisibile e non possa non esserlo, ma ciò che noi vorremmo provare a dimostrare è che in particolari vicende come quella dell'art. 275 c.p.p. il limite del dato letterale possa essere relativizzato senza eccessivi pericoli.

Innanzitutto è necessario tenere nettamente distinte le ipotesi in cui l'interpretazione conforme sia compiuta dal giudice comune senza che ci sia stata una decisione e quindi una indicazione della Consulta (vale a dire senza che questa si sia pronunciata su una disposizione analoga a quella oggetto del tentativo di interpretazione conforme da parte del giudice); da quella in cui essa sia esperita a seguito di una decisione della Corte costituzionale e al fine di applicare un principio sancito da questa. E solo in questa seconda ipotesi noi riteniamo che il limite del dato testuale potrà essere riguardato in modo meno stringente.

In secondo luogo bisogna chiedersi, in casi in cui si siano susseguite molteplici decisioni di accoglimento vertenti nella stessa materia (per di più disciplinata per l'interesse tutta all'interno di un medesimo articolo), in quale rapporto si pongano le precedenti decisioni della Corte rispetto a quel testo di legge, per ciò che non è stato ancora oggetto del giudizio della Consulta. In altri termini, se è possibile affermare con sicurezza che nell'orizzonte di senso di una diversa disposizione contenuta nell'articolo 275 c.p.p. non rientri oramai il principio di diritto affermato costantemente dalla Consulta.

4.1. L'interpretazione conforme che forza il dato letterale compiuta autonomamente dai giudici. – I casi in cui il giudice procede ad interpretazione conforme autonomamente e non sulla scorta di un principio in precedenza dichiarato dalla Corte costituzionale sono quelle che presentano i maggiori rischi. È in relazione ad esse, quindi, che deve predicarsi in modo stringente il dovere del rispetto del dato letterale⁴³. In questo caso (sfruttando una distinzione introdotta in dottrina) i giudici nell'esercizio della loro attività interpretativa potranno compiere una torsione del significato letterale, ma non travalicarlo.

Un caso emblematico⁴⁴ è rappresentato dalla sentenza della Cassazione ci-

⁴³ Conforta quanto qui andiamo sostenendo quanto affermato da C. SALZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive o relazioni pericolose?"*, in C. SALZAR - A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano 2009, 9, la quale afferma che il «coinvolgimento della magistratura nella ricerca dell'interpretazione conforme alla Carta sia di volta in volta "autorizzato" dal giudice delle leggi con il corredo di indicazioni atte a fornire le linee guida di tale operazione». Deve considerarsi non ammissibile, invece, che i giudici procedano «all'«adeguamento» senza «passare» per la proposizione della questione», tenendo presente poi – continua l'Autrice – che «qualora manchi la cornice delineata dalla Corte, si palesa il rischio che l'opera dei singoli magistrati entri in collisione con l'art. 101, c. 2 Cost.».

⁴⁴ La tematica è complessa e richiederebbe un lungo e analitico lavoro di studio della giurisprudenza comune. Prospettiva che seppur utile ed affascinante non rientra negli scopi di questo lavoro. Qui, allora noi ci limiteremo a riportare, a titolo esemplificativo, alcuni casi già individuati in dottrina. Il primo caso è rappresentato dall'ordinanza del Tribunale di Salerno del 9 gennaio 2010, con la quale si è proceduto ad una interpretazione conforme della l. 40/04. Questa, infatti, all'art. 4 com.

vile, ss. uu., 9 ottobre 2008 n. 24883, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art.

1 limita l'accesso alla pma alle coppie sterili o infertili e inoltre nell'originario testo escludeva la possibilità dell'analisi genetica preimpianto anche a suddette coppie. Quest'ultimo limite è venuto meno, a seguito di numerose decisioni della giurisprudenza di merito (Tribunale di Cagliari, 22-24 settembre 2007; Tribunale di Firenze, 17 dicembre 2007; Tribunale di Bologna, 29 giugno 2009), che hanno portato all'affermarsi di un diritto vivente, alla decisione del TAR Lazio, 21 gennaio 2008 n. 398, che ha annullato la previsione delle "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", adottate con d.m. del 21 luglio 2004, in base alle quali le indagini sullo stato di salute dell'embrione dovevano essere soltanto "di tipo osservazionale" e da ultimo all'intervento del Ministero della salute. Quest'ultimo ha aggiornato le suddette Linee guida, da un lato, eliminando il divieto della diagnosi preimpianto e, dall'altro, consentendo l'accesso alla pma anche alle coppie in cui l'uomo fosse portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili. La questione rimaneva aperta per le coppie non sterili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Ed è su questo punto che è intervenuto il Tribunale di Salerno con la decisione che qui si riporta (su cui si vedano L. D'AVACK, *L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. Fam e pers.*, 2010, 1737 ss. e G. FERRANDO *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 5, 2011, 519), ammettendo sia l'accesso alla pma sia di conseguenza, l'accesso alla diagnosi preimpianto anche a tali coppie, proprio in forza di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 13 com. 1 l. 40/04. In base a questa, consentendo la «procreazione assistita attraverso la diagnosi preimpianto, e quindi l'impianto solo degli embrioni sani», si è permesso di non ledere irrimediabilmente il diritto a procreare e il diritto alla salute di quelle «coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili». La decisione, però, ha fatto molto discutere, in quanto il testo di legge inequivocabilmente circoscrive il ricorso alla pma ai soli casi di infertilità e sterilità (e grazie alle linee guida del Ministero della salute del 2008 anche alle coppie in cui l'uomo fosse portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili). L'art. 4, com. 1 infanti statute che è «ricoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico». A tal fine si è osservato che (in linea con quanto costantemente sostenuto in dottrina sul punto) «l'interpretazione adeguatrice rispetto alla Costituzione di un testo di legge è possibile solo ove a ciò non osti la lettera della legge» (C. TRIPODINA, *Incertezze generate da giudici che disconoscono i vincoli della testualità*, in M DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino 2012, 139). Per completezza ricordiamo che dopo l'intervento del tribunale di Salerno la questione è arrivata all'attenzione della Corte EDU, sentenza del 28 agosto 2012 *Costa e Pavan c. Italia* che ha sanzionato tale previsione per violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare). Da ultimo, sul punto è intervenuta la Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del suddetto articolo nella parte in cui stabilisce per la coppia non infertile o sterile, ma portatrice di patologie geneticamente trasmissibili, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili. Altra vicenda emblematica, anch'essa conclusasi per intervento della Corte costituzionale, sentenza n. 231 del 2013 è quella riguardante l'art. 19 legge 300/70, c.d. Statuto dei lavoratori. La questione è scaturita dalla vicenda *Fiom c. Fiat*, che qui non ripercorreremo in quanto nota (sulla vicenda, per i profili che qui rilevano, si rinvia a C. TRIPODINA, *Rappresentanza sindacale e Costituzione. L'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori travolto da un insolito destino*, relazione al convegno *Costituzione e lavoro. Costituzionalisti e giuslavoristi a confronto*, tenutasi a Torino, il 22 giugno 2012, liberamente consultabile in www.magistraturademocratica.it). Come è noto la Fiat ha sostituito il sistema del contratto collettivo nazionale dell'industria metalmeccanica con un sistema contrattuale autonomo e autosufficiente, che la Fiom ha rifiutato di firmare, seppur è stata presente in tutti i tavoli negoziali. Sulla scorta di ciò la Fiat ha rifiutato il riconoscimento di efficacia della costituzione di rsa da parte di Fiom. A ciò è conseguita la citazione in giudizio della prima per condotta antisindacale, ex art. 19 St. lav., da parte della Fiom. Entrambe le parti in causa infatti richiamano a fondamento delle proprie pretese l'arti-

37 del c.p.c. Tale articolo, come è noto, statuisce che «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo». Il caso è emblematico non tanto per l'operazione compiuta dal giudice di legittimità, della quale si trova traccia nella giurisprudenza comune, ma per la naturalezza con cui l'operazione del superamento del dato letterale è stata compiuta⁴⁵. In questa occasione la Cassazione sottopone l'art. 37 del c.p.c. ad una interpretazione conforme al fine di contenere la sua portata precettiva nei «limiti più ristretti di quelli autorizzati dalla lettera della legge». Ciò perché «l'art. 37 c.p.c., comma 1, nell'interpretazione tradizionale, basata sulla sola lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale, la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito». Il punto di partenza della decisione della Cassazione è il valore centrale che assume il principio della ragionevole durata del processo, con cui la disposizione, nel significato letterale immediatamente intellegibile, contrasta. Per far prevalere quest'ultimo ed evitare che, secondo quanto stabilisce la lettera della legge, il difetto di giurisdizione possa rilevarsi in ogni stato e grado del processo, il giudice di legittimità ha affermato che, salvo limitate eccezioni, questo non possa essere rilevato quando sul punto si sia formato il giudicato implicito, vale a dire ogni volta che la causa sia stata decisa nel merito. Il travalicamento del dato letterale è innegabile e neanche camuffato, visto che si arriva a far dire alla disposizione ciò che in realtà non solo non dice, ma non può dire. In questa ipotesi allora, senza che la Corte costituzionale si sia precedentemente pronunciata in materia ed abbia quindi affermato un principio che possa guidare l'attività di interpretazione, è innegabile che il giudice compia nella sostanza un controllo di validità della disposizione di legge, che supera al fine di permettere l'affermazione di un

colo 19, dandone però una lettura diversa. Come si sa, tale articolo stabilisce che le rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva, nell'ambito delle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva. La vicenda sorge dall'interpretazione che bisogna dare alla parola "firmatarie"; mentre la Fiat sostiene che siano legittimate a costituire rsa solo le organizzazioni sindacali che abbiano effettivamente firmato, la Fiom invece ritiene che lo siano anche quelle che non abbiano firmato, ma abbiano partecipato attivamente alla trattativa contrattuale. Lettura quest'ultima che evidentemente si pone al di là delle possibilità semantiche del testo. In giurisprudenza sul punto si sono registrate posizioni contrapposte. Fra quelle che hanno accolte le istanze della Fiom particolare interesse suscita la decisione del Tribunale di Bari, sez. lav., decreto del 20 aprile 2012, su cui si vedano le osservazioni di C. TRIPODINA, *Rappresentanza sindacale e Costituzione*, cit., 4.

⁴⁵ Alla vicenda, sotto il profilo che qui interessa, ha dedicato attenzione la E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 131, la quale al riguardo scrive: «il giudice di legittimità porta [...] a termine la sua operazione alla luce del sole e senza infingimenti, si direbbe quasi sfrontatamente».

principio costituzionale. Per quanto allora tale operazione possa camuffarsi come attività interpretativa, e nello specifico come interpretazione sistematica, con quest'ultima non ha niente a che fare. È infatti un controllo di validità, con la conseguente disapplicazione della disposizione, al fine di far prevalere – eludendo il sindacato accentrato di costituzionalità – una soluzione in armonia con la Costituzione, della quale, però, nella legge e (aspetto importante, come avremo modo di chiarire) nel contesto normativo in cui essa è inserita non vi è traccia.

4.2 *L'interpretazione conforme sulla scorta di un principio costituzionale affermato dalla Corte costituzionale.* – Il discorso per le ipotesi in cui la Corte costituzionale sia già intervenuta è diverso. È innegabile che nei due casi che abbiamo riportato (quello del 209 del c.p. e quello del 275 c.p.p.), chiedendo ai giudici di compiere un'interpretazione conforme, si suggerisca loro di spingersi ben oltre l'orizzonte di senso della disposizione, di travalicarne la lettera quindi.

Ciò però avviene, ed è questo un punto fondamentale, nell'applicazione di un principio chiaramente affermato dalla Corte costituzionale e nel solco tracciato da quest'ultima. Nelle ipotesi come quelle da noi esaminate, quindi, e, soprattutto, per quanto riguarda l'articolo 275 c.p.p., in cui più d'una sono state le pronunce della Corte⁴⁶, il ruolo di garanzia costituzionale che sottende al giudizio di costituzionalità «è stato assolto con sufficiente precisione» perché l'intervento della Corte «fissa con una certa precisione un principio»⁴⁷. In questi casi il giudice comune può fornire una lettura alla luce della Costituzione della normativa primaria che può spingersi ben al di là dell'orizzonte di senso immediatamente intellegibile. Se si accettasse ciò, si sgombrerebbe il campo, almeno da un punto di vista teorico, dal pericolo di una invasione indebita della sfera di competenza della Corte. È quest'ultima, infatti, ad affermare il principio cui i giudici comuni si adeguano e nelle sue mani rimarrebbe ben salda la conduzione del controllo di costituzionalità. Pure ad accettare ciò, però, si potrebbe ugualmente eccepire (e ciò è riconosciuto dalla stessa dottrina che afferma quanto da noi riportato⁴⁸) che nei fatti l'operazione che si chiede al giudice consisterebbe in una disapplicazione.

⁴⁶ Sul punto, infatti, G. GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4902, ha affermato che l'importanza delle sentenze sul 275 c.p.p. «risiede non tanto nella portata del loro contenuto, bensì soprattutto nella loro serialità».

⁴⁷ Le frasi fra virgolette sono di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 164 nota 95, rifacendosi a quanto sostenuto da V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, 2009, 118-121.

⁴⁸ Come esplicitamente affermano E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 129 e (come già riportato nel testo) P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, cit., 62.

4.2.1. *Sulla disapplicazione ovvero quando la disapplicazione è apparente.* – Chi scrive ritiene che questa obiezione sia superabile se si riflette sul significato di disapplicazione⁴⁹.

Secondo la definizione di Mortati con il termine disapplicazione «si designa il potere di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per le altre fattispecie o gli altri effetti rimane pienamente valido ed efficace». E ancora (e per ciò che a noi più interessa) l'Autore precisa che ciò può verificarsi «nel caso in cui l'ordinamento giuridico limiti le potestà dell'organo chiamato all'esame della validità di un atto, nel senso che gli inibisca l'annullamento del medesimo e gli renda possibile solo l'accertamento della non validità»⁵⁰.

A ben guardare, la Cassazione nella decisione 4377/12 semplicemente non applica la disposizione nel significato immediatamente ricavabile dalla lettera e non compie, invece, un esame di validità della disposizione. Essa semplicemente dà attuazione ad un principio vertente in quella materia perché in precedenza affermato dalla Corte costituzionale. In altri termini, se il giudice in un caso di specie deve applicare la misura cautelare del carcere per una delle ipotesi specifiche su cui la Corte ancora non si è espressa, egli sarà consapevole che in quella materia, viste le numerose pronunce di costituzionalità, verte un principio (e si noti bene ora sia per i reati a condotta monosoggettiva sia per quelli a condotta plurisoggettiva) in base al quale gli viene data la possibilità di scegliere la misura cautelare meno afflittiva. A ben guardare, infatti, il controllo di validità (da intendersi come quel giudizio in cui si raffronta un oggetto ad un parametro al fine di giungere ad un risultato: la dichiarazione della conformità o meno dell'og-

⁴⁹ Come messo in luce da C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 11 e 12 (al quale tra l'altro si rinvia per una compiuta indagine sul tema e per ulteriori indicazioni bibliografiche), il tema della disapplicazione è stato affrontato con incertezza dalla dottrina italiana ed essenzialmente le ricerche si sono concentrate su una visione solo parziale dell'istituto limitata ai soli scopi che l'indagine si prefissava. Questa non è la sede per affrontare compiutamente un tema tanto complesso, pertanto – al solo fine di delinearne gli elementi essenziali e sperando di non incorrere in eccessive semplificazioni – riportiamo alcuni autorevoli contributi sul tema. Nella dottrina costituzionalistica italiana, oltre al Mortati (la cui posizione sarà riportata nel testo, insieme a quella del già citato Pagotto) il G. GUARINO si è occupato del tema in un saggio del 1951, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 356 ss. e spec. 276. L'Autore afferma che si ha disapplicazione quando un atto «deve essere considerato irrilevante rispetto ad una concreta fattispecie in relazione alla quale non produce quindi gli effetti che avrebbe dovuto produrre. La disapplicazione – continua l'Autore – è un concetto eminentemente relativo: riguarda gli effetti in relazione ad una fattispecie che presenta in concreto»; sulla disapplicazione si veda anche G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna 1998, 171. Anche la Corte costituzionale ha fornito una definizione di disapplicazione nella sentenza n. 389 del 1989, nel punto 4 del cons. dir., definendola come «un modo di risoluzione delle antinomie normative che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse e, pertanto, non può esser causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto».

⁵⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed. a cura di F. MODUGNO, A. BALDASSARRE e C. MEZZANOTTE, Padova 1991, 299.

getto; controllo questo che se compiuto dal giudice comune dovrebbe portare alla disapplicazione) è stato, invece, compiuto in precedenza dalla Corte, che allo stesso tempo ha affermato un principio generale per quella materia. Il giudice nei fatti non disapplica, perché non compie nessun giudizio di validità, ma è semplicemente tenuto a fare i conti nell'interpretazione – e solo di interpretazione si tratta – con un nuovo principio costituzionale.

Bisogna dare, invece, una lettura differente ai casi in cui il giudice comune esperisca una interpretazione conforme per adeguare la norma di livello primario a Costituzione, senza che la Corte costituzionale si sia precedentemente espressa in materia. Se in questi casi egli dà alla disposizione un significato che va al di là dell'orizzonte di senso di quest'ultima, si può fondatamente ritenere che egli, pur muovendosi sul terreno interpretativo, compia sostanzialmente un controllo di validità. In questo caso allora potrebbe aversi un'operazione interpretativa solo apparente che sconfina di fatto in una disapplicazione della disposizione.

A tale lettura si potrebbe giungere anche analizzando il fenomeno sotto la lente di un'altra ricostruzione della disapplicazione⁵¹. In base a questa, essa sarebbe rilevabile in tutti quei casi in cui vi è da parte del giudice la volontà e la consapevolezza di disapplicare, della quale dovrebbe esservi traccia nella motivazione della decisione. Ciò avverrebbe in quei casi in cui il giudice si renda conto della diminuita precettività (totale, parziale o temporanea) della norma. Il rilievo è d'obbligo: quando si parla di volontà e consapevolezza, seppur si precisa che questa debba rintracciarsi nella motivazione, si entra in un terreno paludoso. A parte ciò, a noi pare che leggendo la vicenda anche in base a questa tesi, possa trovare conforto la soluzione fatta nostra in questo scritto. Noi riteniamo infatti che pure in base a questa lettura la Cassazione, e tutti quei giudici che forniscono una interpretazione conforme in base ad un principio dato dalla Corte costituzionale, non incorrano in una disapplicazione. Essi restano, seppur spingendosi quasi ai margini, sul terreno interpretativo.

Naturalmente, non potendosi indagare intorno alla volontà o alle intenzioni del singolo giudice, l'unico controllo possibile è quello offerto dall'*iter* argomentativo quale emerge dalla motivazione del provvedimento. E se in questo si fa chiaro riferimento alle precedenti decisioni della Corte costituzionale in materia e al nuovo o ai nuovi principi da queste desumibili, bisognerebbe giustificare in base a cosa si sostiene che si stia compiendo una operazione di disapplicazione. Ci rendiamo conto che a ciò si potrebbe rispondere che l'*iter* argomentativo esposto dal giudice potrebbe essere solo un velo a copertura di ben altra attività. A ciò, però, fa scudo il fatto che l'esistenza di un principio affermato dalla Corte costituzionale rende non implausibile che il giudice si sia mosso sul terreno in-

⁵¹ C. PAGOTTO, *op. cit.*, 80-82, il quale enuclea le caratteristiche che deve avere la disapplicazione nel tentativo di tracciare le differenze con la diversa figura della non applicazione.

terpretativo, o perlomeno che abbia agito con tale consapevolezza. E se dalla parte motiva emerge ciò, riteniamo quanto meno forzoso volervi leggere un'attività di disapplicazione. In questi casi il giudice più che ragionare sulla diminuita precettività della disposizione, ragiona sull'incidenza che deve avere il principio enucleato dalla Corte nel caso di specie. Semmai, un giudizio sulla diminuita precettività è stato formulato dalla Corte, quando con una o più pronunce ha proceduto ad affermare un principio, demolendo nel contempo parti consistenti di quella disciplina.

Anche alla luce di tale lettura della disapplicazione, permangono i dubbi sui casi in cui il giudice comune esperisca una interpretazione conforme per adeguare la norma di livello primario a Costituzione, senza che la Corte costituzionale si sia precedentemente espressa in materia. Il confine in questi casi tra la consapevolezza di muoversi sul piano interpretativo e quella di operare una disapplicazione non è facilmente definibile. E seppure il giudice motiva nel senso di una semplice attività interpretativa, diventa difficile sostenere che non si sia in presenza di una consapevolezza della diminuita precettività della norma. In quanto non c'è alcuna pronuncia del giudice delle leggi da cui si possa ricavare ciò, sarà egli stesso a rilevarne (e qui questa lettura si lega a quella precedente sul controllo di validità, che sarebbe operato in questa sede) la diminuita precettività. Nel superare la quale, interpretando la disposizione in senso conforme alla Costituzione, di fatto la disapplica.

4.2.2 I principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale incidono sull'orizzonte di senso della disposizione. – L'ottica in cui ci muoviamo, dunque, è quella in base alla quale nei casi come quello del 275 c.p.p. il giudice comune si muove sul terreno dell'interpretazione e dà attuazione ad un principio affermato dalla Corte. Riteniamo, in altri termini, che in tali casi possa ritenersi che non si sia in presenza di un controllo di costituzionalità camuffato (con l'esito che sarebbe consentito se questo fosse condotto dal giudice comune: la disapplicazione), ma di una semplice operazione ermeneutica, volta a fornire ad un enunciato linguistico un significato, il quale deve essere ricavato (o può essere fornito) tenendo conto anche degli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia⁵². In tal senso noi riteniamo che nell'orizzonte di senso di una determi-

⁵² Questa nostra affermazione è confortata da un'ulteriore considerazione. Alcune parte della dottrina (F. MODUGNO, *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, cit., 357) ammette come possibile l'estensione analogica della dichiarazione di incostituzionalità, anche in considerazione del fatto che «le riduzioni o le estensioni dei dispositivi delle sentenze di costituzionalità sono [...] connaturali» alle sentenze aggiuntive di principio, tra le quali – seppur con delle particolarità – rientrano le sentenze dei casi esaminati; Sul punto si veda fra gli altri A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3435 ss. e spec. 3451 ss. Se si ammette tale possibilità non dovrebbe suscitare grandi preoccupazioni l'eventualità, sicuramente meno estrema, che il significato, che va al di là delle possibilità semantiche della disposizione, si ricavi attraverso una interpretazione sistematica che tenga conto delle dichiarazioni

nata disposizione rientrano anche i principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale, venuti alla luce nel controllo su disposizioni analoghe vertenti nella stessa materia.

È oramai pacifico, infatti, che nel diritto oggettivo rientrano anche le sentenze della Corte costituzionale e i principi da essa desumibili⁵³, i quali vanno a formare quel contesto, il diritto oggettivo per l'appunto⁵⁴, dal quale si deve ricavare il significato degli enunciati linguistici in esso inseriti⁵⁵. Di conseguenza,

di incostituzionalità. Ciò è sostenibile se si ritiene che tali decisioni rientrano in quel tipo di additive di principio classificate dalla dottrina come: additive di principio per deficit di flessibilità (C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionale», in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano 2000, 279). Attraverso queste, la Corte agisce sulla struttura nomologica della proposizione normativa e al contrario delle altre additive non incrementa la disposizione di elementi aggiuntivi, ma ridefinisce, manipolandolo, il linguaggio normativo. Inserisce nella regola generale e rigida creata dal legislatore delle eccezioni concrete che servono a renderla più elastica (C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in A. RUGGERI et alia (a cura di), *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino 2007, 299). Una sorta di "indicazione a trama aperta" per i giudici, ai quali spetterà il compito di specificare in dettaglio il principio statuito dalla Corte costituzionale (A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 6/2012, 4914). Sulla classificazione della decisione di diverso avviso è M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit., 3 e 15, il quale ritiene che tali pronunce siano additive di regole a valenza sostitutiva. Con esse la Corte dichiara l'incostituzionalità della norma che prevede una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere invece che una presunzione relativa, tale da non dare la possibilità al giudice di scegliere una misura alternativa che sia maggiormente adeguata al caso concreto. La Corte, quindi, pure aggiungendo un principio, sostituisce la regola della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere con quella della presunzione relativa, permettendo al giudice, se il caso di specie lo richieda, di poter optare per un'altra misura cautelare.

⁵³ Cfr. G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, cit., 7, la quale scrive che le norme aggiunte con pronunce costituzionali additive rientrano «a pieno titolo a far parte dell'ordinamento giuridico, prestandosi a tutte le operazioni di connessione sistematica o di integrazione che possono essere richieste in concreto». Qui il tema si lega al problema della configurabilità delle sentenze della Corte costituzionale come fonti del diritto. Propendono per la tesi favorevole: A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano, I) Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998, 142 ss.; ID., *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Giannini*, Milano 1998, I, 545 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, III ed., Genova 1999, 154 ss. Escludono, invece, che esse rientrino tra le fonti del diritto: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed., Padova 1984, 116 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, I) Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino 1984, 188. Sul punto, inoltre, Zagrebelsky, mette in rilievo come questo sia un «problema prevalentemente classificatorio, anche se non privo di risvolti, per così dire, di psicologia costituzionale». A. CELOTTO, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 2003, 27, invece, ritiene che «la portata effettiva delle sentenze non viene assolutamente modificata dalla soluzione in senso positivo o negativo del problema qualificatorio» (corsivo nostro).

⁵⁴ G. CARCATERRA, *Del metodo dell'interpretazione giuridica*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano 2000, 64.

⁵⁵ Secondo il noto insegnamento di E. BETTI, *Teoria dell'interpretazione giuridica*, ed. corretta

questi ultimi non possono incidere sull'interpretazione di un determinato enunciato linguistico che essi possono regolare. Il testo di legge viene così razionalizzato, in base all'argomento logico sistematico, del quale l'argomento della conformità a Costituzione può essere considerato una variante⁵⁶, non solo avuto riguardo alla *ratio legis*, ma anche alla complessiva *ratio iuris*, che nell'ordinamento costituzionale impone di tener conto dei principi costituzionali⁵⁷. In tal modo la prevalenza della norma costituzionale su quella infracostituzionale può esprimersi non solo in termini negativi, ma anche positivi⁵⁸.

Inoltre, l'eventuale significato in tal modo ricavato non integrerebbe un

e ampliata a cura di G. Crifò, Milano 1990, I, 309, il quale scriveva che «l'intensità di una sfumatura e di una parola non possono essere intesi se non nel contesto in cui essa fu detta, o si trova, così anche il significato e valore di una frase (proposizione) e di quelle che con essa si legano, non possono essere intesi se non dal nesso reciproco e dalla concatenazione significativa, dal complesso organico del discorso cui appartengono». A ciò sottende l'assunto che il significato letterale «proprio e prevalente» deve essere vagliato sotto la lente del criterio sistematico, G. CARCATERRA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, 352. Criterio, quest'ultimo, che E. BETTI, *op. cit.*, 308, denominava canone della totalità e coerenza.

⁵⁶ M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in *www.gruppodipisa.it*, 2009, 9. In questo senso già F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., 68 e 100, il quale ritiene che esso abbia un'autonomia concettuale rispetto all'interpretazione sistematica. Egli, infatti, afferma che non è possibile ritenerlo un «criterio deducibile da quello dell'interpretazione sistematica», in quanto egli ritiene che esso sia un canone ermeneutico che si aggiunge, concorrente e non incompatibile, e si sovrappone agli altri canoni prefigurati dall'articolo 12 preleggi. Fra coloro che invece ritengono che tale canone si risolva nell'interpretazione sistematica si veda O. CHESSA, *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice?*, in M. D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., 272-273; per un'analisi delle due posizioni si veda A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *www.giurcost.org*, 18 ss.

⁵⁷ M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, cit., 3426-3427. Questo perché l'entrata in vigore della Costituzione si è posta a fondamento di una nuova teoria dell'interpretazione dei testi normativi, che ha rinnovato e rilanciato in termini definitivi il momento sistematico, in base al quale la coerenza dell'ordinamento deve essere ricercata sul piano costituzionale (L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 109) e pertanto deve privilegiarsi l'interpretazione conforme a Costituzione (M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, cit., 3426).

⁵⁸ La dottrina maggiormente sensibile a porre dei limiti all'uso (*recte*: abuso) dell'interpretazione conforme ha affermato che si può «applicare la soluzione che soddisfa le istanze assiologiche avanzate dal caso concreto e riconosciute a livello costituzionale solo quando essa sia "sostenibile" dalla trama logicosistematica dell'ordinamento», al fine di temperare le ragioni del pensiero critico e del pensiero sistematico. Ci sembra che quanto andiamo qui sostenendo si ponga in linea con questa affermazione. In questi casi infatti è il contesto normativo di riferimento, fra cui rientrano anche le decisioni della Corte, che fa sì che la norma così ricavata non si pone «come irrazionale eccezione irriducibile alla logica del sistema», ma come una decisione che costituisce anche nella particolarità dell'atto di applicazione la «concretizzazione di quell'universale» di cui parlava Mengoni (L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Ius*, 1976, 19 e ID., *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XII (1989), 6 ss.); le frasi fra virgolette sono di G. SORRENTI, *La Costituzione sottintesa*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici*, cit., 45-46.

abuso dell'interpretazione conforme⁵⁹, in quanto il giudizio sull'esistenza di un significato normativo è il frutto dell'attività interpretativa, non esistendo norme prima di tale attività⁶⁰. Fino a quando «si riesce a dedurre da (o proporre per) un testo legislativo in combinazione con la norma o con le norme costituzionali una normativa [...] che non è costituzionalmente inadeguata»⁶¹, non si incorre in un abuso dell'interpretazione conforme. In base a questa lettura, infatti, il limite dell'interpretazione conforme sarà superato soltanto quando non è possibile ricavare una interpretazione conforme e al tempo stesso si omette di sollevare la questione dinanzi alla Corte⁶².

Il richiamo, poi, «alla struttura linguistica della norma», per cercare di alzare un argine contro i giudici che si appellano alla Costituzione e all'interpretazione conforme per superare il dato testuale in contrasto con la Costituzione non assume un valore dirimente. Oramai, infatti, il testo della legge non costituisce più un confine certo per stabilire ciò che ai giudici sia o meno lecito fare. Esso non è più l'ancora di salvezza, in quanto è oggi divenuta controversa la definizione stessa di cosa sia legge⁶³.

⁵⁹ Come, invece, autorevolmente sostenuto da M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, cit., 7.

⁶⁰ F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, cit., 1968. Il quale chiarisce che non è possibile affermare a priori «se una possibilità interpretativa sia o non deducibile da o proponibile per una disposizione o un complesso di disposizioni». Sul punto M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme e tecniche decisorie*, cit., 7., sinteticamente e molto efficacemente scrive che essa rientra «nell'ordinario esercizio del potere interpretativo dei giudici». In quanto rientra nel fenomeno dell'interpretazione, essa sarà configurabile come una operazione logica che precede il giudizio sulla legittimità costituzionale (C. LAVAGNA, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., 579). Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, il quale già nel 1987, nella voce *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano 1987, 593, scriveva che «se è possibile una interpretazione adeguatrice della legge da parte del giudice a quo, non vi sarà allora una vera questione di costituzionalità ma piuttosto una questione di interpretazione, rientrante nei normali poteri dell'autorità giudiziaria». Quanto riportato assume rilievo, inoltre, essenzialmente verso l'obiezione che tramite l'interpretazione conforme sia venuta ad esistenza un terzo requisito per sollevare la questione di costituzionalità; in tal senso: G. AMOROSO, *L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, V, 93; ROMBOLI, *Il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1999, 92 segg.; E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2009, 183. L'interpretazione conforme si situa allora in una fase precedente alla stessa valutazione circa la non manifesta infondatezza. E non viene nemmeno richiesta la certezza al giudice dell'incostituzionalità della norma. Il dubbio rimane, perché la certezza non è raggiungibile, in quanto è soggettiva. Infatti bisogna parlare di probabilità (F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, cit., 1963); e sulla scorta di ciò, l'Autore propone la correzione della nota affermazione della Corte nella 356/96: «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché non come affermato la Corte è impossibile darne interpretazioni costituzionali, ma perché è difficile o improbabile darne interpretazioni costituzionali».

⁶¹ F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, cit., 1968.

⁶² F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, cit., 1968.

⁶³ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 379. Sono di di-

4.2.3 *Un ulteriore argomento a sostegno dell'operazione compiuta: l'affermarsi di una sorta di presunzione di irragionevolezza degli automatismi.* – Supporta il ricorso al canone dell'interpretazione conforme nelle materie su cui hanno inciso le decisioni del giudice delle leggi da noi esaminate un'ulteriore considerazione. Nella giurisprudenza costituzionale oramai si può registrare un atteggiamento costante nella dichiarazione di incostituzionalità degli automatismi legislativi, tanto che potrebbe affermarsi l'esistenza di una presunzione di irragionevolezza di questi ultimi, causata da una serie di distorsioni da essi ingenerate⁶⁴. Ciò ha due conseguenze pratiche rilevanti: la quasi impossibilità per

verso avviso, fra i tanti, R. BIN, *La Corte costituzionale fra potere e retorica: spunti per la ricostruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corti e giudici di merito*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 15 e G. SORRENTI, *La Costituzione sottintesa*, cit., 88. Quest'ultima, infatti, scrive che attività che si spingono oltre il dato testuale, effettuate sia da parte dei giudici comuni sia da parte della Corte, non sono idonee, «nel lungo periodo, a rendere un buon servizio a qualsiasi valore che oggi residui per il “testo” in un sistema basato sul diritto scritto». Sul punto sembrano dirimenti le affermazioni di F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2014, 13, il quale afferma che fra i limiti dell'interpretazione conforme non può «essere invocato il limite della c.d. interpretazione letterale o testuale, proprio perché quest'ultima, se è (e deve essere) interpretazione *prima facie*, non esaurisce le possibilità interpretative: interpretazione *tutto considerato*; e in questo “tutto” ovviamente è ricompresa la norma (o il principio) costituzionale» (corsivi nel testo). Il superamento del criterio letterale è, però, del resto suggerito dalla stessa Corte costituzionale, nella nota e assai dibattuta sentenza n. 1 2013. In questa decisione, infatti, il giudice delle leggi ha lapidariamente affermato che «l'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, è un metodo primitivo». La Corte utilizza l'avverbio «sempre», vale a dire, quindi, non solo quando l'attività ermeneutica ha ad oggetto disposizioni costituzionali, ma anche quando oggetto sono disposizioni legislative. Sull'invito a superare il dato letterale si veda da ultimo Corte cost. sent. n. 51 del 2014, nella quale la Corte ha dichiarato non fondata la questione, perché la disposizione oggetto del giudizio poteva essere interpretata in senso conforme a Costituzione. In questo caso il superamento del dato letterale è evidente, in quanto la Corte ha avallato l'interpretazione del Consiglio di Stato, in base alla quale, a seguito di procedimento penale, nel quale fossero risultati fatti e circostanze passibili di sanzioni disciplinari, il *dies a quo* per attivare il procedimento disciplinare deve decorrere dalla conoscenza effettiva della sentenza di condanna, mentre la lettera della legge individua il *dies a quo* espressamente nel giorno della pubblicazione o notificazione della sentenza.

⁶⁴ L'automatismo comporta, innanzitutto, una distorsione sul piano applicativo della *ratio* della norma che risulterà irragionevole (meglio: intrinsecamente irragionevole), in quanto lo schema rigido di interessi disposto dal legislatore molto probabilmente comporterà, nel momento applicativo, la indebita restrizione di uno degli interessi che la norma direttamente o indirettamente tutela. L'altra distorsione, come messo in evidenza anche nel testo, è rappresentata dalla compressione del diritto, ingenerato dal rigido sistema legislativo che, il più delle volte, non trova giustificazione in Costituzione. Altra distorsione, strettamente connessa a quest'ultima, è la lesione del principio di effettività della tutela dei diritti, come dimostra la sentenza n. 7 del 2013. In questa sentenza la Corte dichiara l'incostituzionalità della perdita automatica della potestà genitoriale (*ex* 569 c.p.) come conseguenza della condanna per il reato di soppressione di stato *ex* 566 c.p. Tale automatismo assicura un grado di effettività minimo o addirittura, come nel caso di specie, nullo. La logica sottesa al capo III, titolo XI del libro II del c.p. (“dei delitti contro lo stato di famiglia”) e allo stesso articolo 569 c.p., secondo una lettura costituzionalmente orientata, è la tutela dell'interesse del minore. In tal senso il genitore, il quale ha commesso uno di quei reati rientranti nel capo, si presume non in grado di esercitare le potestà genitoriali e pertanto, dopo la condanna per uno di quei delitti, ne consegue automaticamente la perdita. La presunzione di non idoneità ad esercitare tali potestà preclude al

una norma contenente l'automatismo di superare il controllo di costituzionalità; la peculiare articolazione del controllo di costituzionalità su questi. Riguardo a quest'ultimo aspetto si registra, infatti, l'adozione dello schema tipico dei giudizi sulle presunzioni. La norma si presume incostituzionale (in quanto l'automatismo la carica di potenziali profili di irragionevolezza) salvo prova contraria. Essa, quindi, si presume affetta da incostituzionalità che non verrà dichiarata soltanto se la norma riuscirà a superare un controllo da cui emerga che l'automaticità della previsione sia funzionale alla tutela di un interesse, il quale – rispetto al caso da cui è scaturita la questione di costituzionalità – risulta prevalente⁶⁵. L'automatismo allora risulta incostituzionale tutte quelle volte in cui ingenera una compressione di un diritto, senza che ciò trovi giustificazione in un controinteresse che nel bilanciamento risulti prevalente. Ciò trova una giustificazione nella presunzione della massima espansione delle libertà formulato da Barile⁶⁶. Secondo questa impostazione, i diritti non possono trovare altre limitazioni se non quelle che dalla Costituzione siano desumibili. In base a ciò, quindi, tutte le norme di grado primario che non sono la traduzione a livello legislativo di limiti generali posti in Costituzione, devono ritenersi incostituzionali. Seguendo tale ragionamento le norme che contengono un automatismo che comprime un diritto si presumono incostituzionali, salvo che siano funzionali alla tu-

giudice di valutare nel caso concreto quali siano le effettive necessità di tutela dell'interesse del minore, generando una lesione del suo interesse e ponendosi, pertanto, in contrasto con il richiamato principio di effettività della tutela dei diritti. L'automatismo, infine, come si evince dalla giurisprudenza costituzionale sulle misure di sicurezza (cfr. Corte cost. sentt. nn. 253 2003 e 367 2004), risulta in contrasto con il principio del "sacrificio minimo necessario" dello strumento penale. Anche nella già richiamata sentenza n. 7 del 2013, si può rilevare quanto andiamo affermando, seppur la Corte non faccia ricorso a tale argomentazione. La rimozione dell'automatismo della pena accessoria, infatti, anche in questo caso si pone in raccordo con tale principio (e da ciò si può ricavare che la sua esistenza nei fatti lo violava). Perché se è indubbio che l'eliminazione dell'automatismo è stato ispirato alla valutazione della tutela dell'interesse del minore e solo l'interesse di quest'ultimo e non la posizione del reo ha occupato il ragionamento della Consulta, altrettanto evidente è la considerazione che anche dal lato del reo si ha un aumento dell'effettività della tutela. Dare la possibilità al giudice, infatti, di non comminare la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale tutte le volte in cui ciò colpisce l'interesse del minore comporta una rimodulazione dello strumento penale in conformità al principio del sacrificio minimo, che ha esiti positivi anche nei confronti del reo, il quale non si vede privato della possibilità di dare il suo apporto educativo, di cure e di attenzione al proprio figlio, conformemente, tra l'altro, al principio di umanità e rieducazione che deve caratterizzare il sistema penale.

⁶⁵ Cfr. G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà genitoriale per il delitto di alterazione di stato*, in www.penalecontemporaneo.it. L'Autore, infatti, afferma che per superare indenne il controllo di costituzionalità la norma che prevede l'automatismo deve superare la verifica avente ad oggetto «l'attendibilità della legge di copertura che dovrebbe giustificare la presunzione assoluta costruita sulla fattispecie incriminatrice e sulla connessa previsione sanzionatoria».

⁶⁶ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1989, 41. Principio questo, che può essere letto anche come fondante la illegittimità di tutte quelle compressioni, e quindi di tutte le norme di grado primario che le prevedono e che non sono la traduzione a livello legislativo dei limiti posti dalla Costituzione.

tela di un controinteresse che risulti prevalente. Come, infatti, fa notare Modugno nel commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 208 del 2009, l'automatismo già nella decisione n. 253 del 2003 è stato dichiarato incostituzionale «*en bloc* in tutte le evenienze in cui avesse riguardato infermi di mente»⁶⁷.

Se si lega la tutela dei diritti fondamentali declinata attraverso il principio della loro massima espansione al principio ricavabile dalle decisioni di incostituzionalità, che può guidare l'attività del giudice su disposizioni simili, risulta evidente che ciò che è al centro della vicenda non è tanto il canone dell'interpretazione conforme, ma il principio di supremazia costituzionale, del quale l'interpretazione adeguatrice può essere uno strumento di affermazione. In altri termini seguendo la strada dell'interpretazione conforme non si dà solo attuazione al principio enucleato dalla Corte nella giurisprudenza precedente, ma anche e soprattutto al più generale principio, il quale peraltro risulta chiaramente aver guidato anche la soluzione della Corte, della presunzione di massima espansione delle libertà e quindi, in ultima analisi, al principio di supremazia costituzionale.

Se quanto abbiamo detto non è errato, allora l'operazione che in questo caso si chiede al giudice diventa meno pericolosa, tutte le volte in cui è compiuta in ambiti dell'ordinamento in cui la Corte sia già intervenuta affermando un principio di diritto, il quale permette di superare l'automaticità della previsione legislativa. È vero, infatti, che si chiede di andare oltre il dato letterale; ciò, però, avviene, sia sulla base dello specifico principio dettato dalla Corte per la materia, sia sulla base del principio di massima espansione delle libertà, il quale risponde anche a ragioni di effettività della tutela. A nostro parere (e per quanto riportato) i profili di pericolosità della vicenda vengono ridimensionati. L'operazione del giudice comune, infatti, non si risolverà solo nel dare attuazione ad un principio costituzionale, ma sarà anche in linea o rientrerà perfettamente in una tendenza della giurisprudenza costituzionale. Anche perché il livello costituzionale non costituisce un sistema a sé rispetto al sistema legislativo e le norme della Costituzione possono essere applicate direttamente dai giudici. In base a ciò, non può non spettare a questi di adottare tra le varie misure previste dall'ordinamento quelle che in concreto possano soddisfare esigenze costituzionali⁶⁸.

⁶⁷ F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme*, cit., 2411.

⁶⁸ Cfr. F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme*, cit. 2411. Di diverso avviso è G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, 996, il quale afferma che «l'eccessiva espansione della tendenza di molti giudici a "far da sé" nella bonifica costituzionale della legislazione potrebbe alterare gravemente i ruoli rispettivi del giudice a quo e del giudice costituzionale, sottraendo alla cognizione di quest'ultimo questioni controverse, che devono essere decise nella sede costituzionalmente prevista e con l'efficacia tipica delle pronunce della Corte».

5. *Considerazioni di sintesi.* – La soluzione prospettata in questo scritto è quella di tenere nettamente separare le ipotesi di interpretazione conforme che travalichi o forse addirittura obliteri il dato testuale esperita in casi in cui il giudice delle leggi si sia già pronunciato in quel settore dell'ordinamento da quella in cui la stessa operazione è compiuta senza che si sia in presenza di un'previa pronuncia della Corte costituzionale. Posta tale distinzione abbiamo prospettato, poi, una lettura possibilista per i casi in cui i giudici procedano ad interpretazioni conformi che si spingano anche molto oltre l'orizzonte di senso della disposizione se ciò avviene al fine di dare attuazione ad un principio enunciato dalla Corte costituzionale e si pongano, allo stesso tempo, in armonia con il contesto costituzionale di riferimento. Viceversa, abbiamo ritenuto che, fuori da questa ipotesi, il vincolo del dato letterale deve essere rispettato in modo stringente⁶⁹.

La relativizzazione del limite testuale nella prima ipotesi trova le sue ragioni nel principio di effettività della tutela dei diritti e nel principio di supremazia della Costituzione.

La nostra prospettiva diverge, infatti, da quella espressa da coloro che ritengono che in materia di diritti fondamentali dovrebbe darsi la prevalenza a ragioni di certezza del diritto⁷⁰ piuttosto che a ragioni di effettività. L'attenzione

⁶⁹ Ponendo tale distinzione e affermando la praticabilità dell'interpretazione conforme solo nella ipotesi di un precedente intervento della Corte costituzionale, si sgombra, infatti, il campo da quel rischio paventato in dottrina che l'operazione si traduca in una «forzatura priva di riscontri sistemici» (G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., 117). Per quanto si spinga ai limiti del consentito, l'operazione interpretativa, in forza del precedente intervento della Corte costituzionale che ha affermato un principio che (per sua stessa affermazione in altre e non dissimili circostanze) può essere applicato al caso su cui il giudice è chiamato a giudicare, non presenterà i caratteri dell'irriducibilità al disegno complessivo della materia e neanche quello dell'aggiornamento intollerabile per la sua misura di elasticità.

⁷⁰ È quanto sostenuto da G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., 160-161, la quale scrive: «la soluzione ermeneutica di potenziali contrasti tra Costituzione e legge in via preventiva rispetto al giudizio della Corte, ostacolando l'unico percorso che potrebbe condurre a provvedimenti dotati di efficacia generale, consente il permanere della possibilità che dalla legge siano ricavati ed applicati significati lesivi delle norme costituzionali, minando il valore della certezza del diritto proprio laddove vengono in rilievo valutazioni costituzionali». E il *deficit* di certezza – continua l'Autrice – si traduce in un «difetto di tutela delle prerogative essenziali dei singoli e di uniformità nella protezione delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute da norme costituzionali». Anche se la stessa autrice in uno scritto successivo EAD., *La Costituzione sottintesa*, cit., 43, sembra smorzare la sua posizione sul punto, infatti afferma che «la via giudiziaria all'attuazione della Costituzione, immettendo quest'ultima nella vita dell'ordinamento, produce effetti alquanto benefici, in quanto, forse più e meglio di ogni altra, è in grado di vivificare e attualizzare il testo fondamentale nei rapporti giuridici concretamente intercorrenti tra i soggetti. La presenza di una legge attuativa, rimodellata dalla lettura costituzionalmente orientata, rappresenta un indiscutibile guadagno per l'operatività e la concretizzazione delle norme contenute in Costituzione». Sulla prevalenza delle ragioni di certezza del diritto cfr. anche G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, cit., 996. Ciò ci pare sia sotteso anche all'affermazione della S. TALINI, *Il tentativo del funambolo*, cit., 524, quando si chiede se in materia di diritti fondamentali «l'interpretazione costituzionalmente orientata, seppur basata su una sentenza costituzionale, sia sufficiente o se, al contrario, trattandosi

alla certezza del diritto è astrattamente condivisibile e non potrebbe non esserlo data la centralità che il principio riveste nell'ordinamento. Qui infatti non si vuole proporre una visione in chiave antitetica tra questo e il principio dell'effettività, con la conseguente obliterazione del primo e la prevalenza del secondo. Ciò che qui si cerca di fare è mostrare, da un lato, che la certezza del diritto è perseguibile, almeno nella concreta vicenda che è stata oggetto di indagine e in altre che presentano caratteristiche simili, anche non passando attraverso la dichiarazione di incostituzionalità e, dall'altro, che l'adottare in modo rigido, in particolari settori normativi, tale ultima soluzione non necessariamente si risolve nell'affermazione di tale principio. Se la Corte costituzionale, poi, avesse voluto davvero perseguire ragioni di certezza del diritto sarebbe dovuta ricorrere all'illegittimità consequenziale e non ad uno stillicidio di singole dichiarazioni di incostituzionalità. Preso atto che la Corte non ha avuto il coraggio di superare il guado e non si è pronunciata una volta per tutte sulla materia della custodia cautelare obbligatoria, riteniamo che privilegiare il principio di effettività della tutela non necessariamente significhi obliterare il principio della certezza del diritto. Viceversa muoversi esteriormente sulla strada del principio di certezza del diritto, attraverso uno stillicidio di dichiarazioni di incostituzionalità, non solo contrasta con ragioni di immediatezza della tutela, e quindi con un principio di effettività di quest'ultima, ma in ultima analisi indebolisce il principio che apparentemente si afferma di seguire e, sicuramente, vulnera il principio di supremazia costituzionale.

Le limitazioni insite nel nostro modello di controllo di costituzionalità in via incidentale, il quale si configura come astratto e (per ciò che più ci interessa) successivo, rischiano di ingenerare dei cortocircuiti per tutte quelle discipline costruite come l'art. 275 c.p.p. Questa disposizione, infatti, fa riferimento al suo interno ad un grande numero di fattispecie⁷¹. Una volta che la Corte colpisce una di esse e afferma un principio, questo, vista la strutturazione linguistica della disposizione, prima ancora che la disciplina sostanziale della materia, può essere esteso ad altre fattispecie. Lo stesso discorso vale per interi settori normativi retti da una *ratio* che la Corte costituzionale demolisce con l'affermazione di un principio ad essa opposto, come dimostra la vicenda della misura di sicurezza della

di valori fondamentali sia necessaria la produzione di quegli effetti che, utilizzando le parole della stessa Corte, «solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre».

⁷¹ La formulazione sintattica di questo articolo, oltre che il frutto del generale decadimento della tecnica legislativa, deriva anche dalla particolarità dovute alle finalità che il legislatore persegue in materia penale, per guadagnare consenso politico facendo leva sul sentimento di insicurezza diffuso; così G. GIOSTRA, *op. cit.*, 4903 ss., il quale continua affermando che «la produzione legislativa in materia penale si esaurisce pressoché integralmente in quella a carattere demagogico ed esprime un livello tecnico *assolutamente* scadente». Il procedimento di formazione «è sempre lo stesso: si introduce una disposizione che deroga ai principi generali in ragione della peculiarità del fenomeno criminale che la giustificerebbe, poi ad ogni ondata emotiva che percorre l'opinione pubblica [...] le si aggregano ulteriori ipotesi che spesso con essa poco hanno in comune» (corsivi nostri), 4904.

casa di cura. Da ciò deriva che l'intera struttura normativa viene di fatto ad essere macchiata di incostituzionalità. Questa, a causa del controllo successivo di costituzionalità, non potrà essere demolita nella sua interezza, salvo il ricorso all'illegittimità consequenziale, ma sarà sottoposta all'aggressione dei giudici rimettenti che sollevaranno tante questioni di costituzionalità quante saranno le fattispecie che, successivamente alla pronuncia "madre" della Corte, saranno nella sostanza già viziate da incostituzionalità. Un determinato settore dell'ordinamento vivrà allora in una sorta di limbo: le disposizioni al suo interno saranno macchiate da incostituzionalità, ma ancora valide e pienamente efficaci fino alla pronuncia della Corte costituzionale. Soggette, in definitiva, anch'esse alla sensibilità costituzionale del giudice comune che è chiamato ad applicarle, perché nulla esclude che il giudice possa da un lato essere convinto della non incostituzionalità della disposizione e dall'altro non porsi interrogativi sulla sua incostituzionalità e applicarla automaticamente solo perché presente nell'ordinamento. Escluse queste eventualità (che attengono alla cultura costituzionale dei giudici e sono insite nel sistema di controllo di costituzionalità), viceversa, nell'eventualità che un giudice si convincesse della incostituzionalità e sollevasse la questione dinanzi alla Corte si dovrebbe in ogni caso aspettare che quest'ultima si pronunci. Pronuncia che avrà ad oggetto una disposizione, è bene ricordarlo, della cui incostituzionalità vi è un elevato grado di certezza. Infatti, come ha dimostrato la vicenda dell'art. 275 c.p.p., nei fatti l'esito del controllo di costituzionalità risulta scontato, tanto che l'intervento della Corte costituzionale assume un carattere meramente certificatorio. Si viene allora a determinare una situazione per certi versi paradossale: si ha infatti nell'ordinamento la permanenza di una normativa che, per percezione culturale diffusa nel mondo giuridico, è affetta da incostituzionalità, trovando tale convinzione alimento proprio nella giurisprudenza costituzionale, ma che rimane valida ed efficace nell'attesa che la Corte proceda a smantellarla pezzo per pezzo.

Si potrebbe superare tale situazione di paradossale *impasse* se si accedesse alla soluzione prospettata in questo scritto: configurare come una generale modalità operativa la soluzione secondo cui, tutte le volte in cui la Corte si sia già pronunciata, il giudice possa ricorrere all'interpretazione conforme nel verso indicato dal giudice costituzionale per casi analoghi vertenti nella stessa materia. Tale soluzione permette, da un lato, l'immediatezza dell'applicazione del principio costituzionale e quindi una tutela effettiva del diritto, ma, allo stesso tempo, anche la certezza del diritto troverebbe un certo grado di attuazione, seppur attenuato⁷². Questo perché la Corte costituzionale si è già espressa pronunciando

⁷² Questa nostra ricostruzione riprende l'insegnamento di C. LAVAGNA, *Ricerche sul sistema normativo*, cit., 583-587. Secondo la ricostruzione dell'illustre giurista il dubbio di costituzionalità deve considerarsi superabile in via interpretativa, senza quindi ricorrere alla Corte costituzionali se si verificano due condizioni: una verso l'alto e l'altra verso il basso. La prima attiene al livello costituzio-

un principio a valenza generale sull'intera materia e si prospetta che i giudici compiano un'interpretazione conforme basandosi su di esso. Quanto qui prospettato fa salvo il sistema accentrato di costituzionalità, perlomeno nelle sue linee essenziali, ma, è inutile nascondere, determina un aumento della discrezionalità dei giudici nel controllo di costituzionalità⁷³. E con esso il pericolo che non tutti i giudici effettuino l'interpretazione conforme e che alcuni di loro possano non tener conto del principio affermato dalla Corte costituzionale, continuando ad applicare la disposizione nel significato incostituzionale⁷⁴. Questa eventualità, così come quella, consistente nell'ipotesi che nonostante il precedente intervento della Corte rimangano incertezze interpretative sull'ambito di estensione del principio della Corte (se, cioè, quest'ultimo può o meno ricomprendere una determinata disposizione), può essere validamente fronteggiata, come l'esperienza induce a ritenere, dalla possibilità niente affatto remota che un giudice in questi casi sollevi la questione di costituzionalità⁷⁵. L'ulteriore rischio, poi, che un giudice compia un'operazione eccessivamente forzata, perché frutto di un travisamento della giurisprudenza costituzionale, può essere ade-

nale e si traduce nella sua univocità (in verità l'Autore utilizza tale requisito per affermare che in sua presenza la questione non possa considerarsi manifestamente infondata. Come elemento quindi per adire la Corte costituzionale. Noi riteniamo, però che tale requisito valga anche per la diversa ipotesi, da noi presa in considerazione, in quanto l'univocità dell'interpretazione dei parametri costituzionali è il requisito fondamentale sia se si ritiene che bisogna sollevare la questione di costituzionalità sia, al contrario, se si ritiene che il contrasto sia risolvibile in via interpretativa), la seconda attinente all'oggetto del dubbio di costituzionalità, vale a dire se il contrasto con la Costituzione sia assolutamente pacifico. Le questioni pacifiche, e pertanto risolvibili in via interpretativa, sono quelle che trovano concorde soluzione in dottrina e giurisprudenza. Ora, la vicenda del 275 c.p.p. è emblematica proprio per questo. L'interpretazione dei parametri rilevanti per la questione è assolutamente univoca, visto la costanza con cui la Corte costituzionale ha affermato la medesima *ratio* per tale disciplina e visto anche che i parametri utilizzati e il modo in cui sono stati interpretati dal giudice delle leggi sono risultati identici in tutte le decisioni. Per quanto riguarda la seconda condizione, la dottrina sia costituzionalistica sia processualpenalistica è assolutamente concorde sulla incostituzionalità della norma e allo stesso modo la giurisprudenza, come dimostra (senza voler ricercare ed elencare il gran numero di questioni di costituzionalità sollevate) la pervicacia con cui i giudici hanno permesso lo smantellamento dell'impianto dell'art. 275 c.p.p. Se quindi si verificano tali condizioni, come è avvenuto nella vicenda richiamata, la soluzione conforme a Costituzione non sarà una forzatura priva di riscontri sistemici.

⁷³ Ma ciò in definitiva è un aspetto di un più generale fenomeno di aumento dei poteri del giudice, che trova il suo fondamento primario, come ha avuto modo di rilevare M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 1998, 370-371 proprio nella Costituzione. Questi infatti fa notare che nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale di diritto si è avuto l'affermarsi di una Costituzione per valori. Quest'ultima «chiede al giudice prestazioni prima sconosciute», anche se affida il compito della propria difesa ad uno specifico giudice. Su questo punto si veda anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Bologna, 1992, *passim*.

⁷⁴ Il pericolo di applicazioni o soluzioni diverse e dipendenti dalla sensibilità costituzionale dei singoli giudici, come abbiamo visto, si ha, però, anche per l'ipotesi della rimessione della questione alla Corte.

⁷⁵ G. SERGES, *op. cit.*, 92.

guatamente fronteggiato anche dal sistema dei rimedi interni, culminante nella funzione di nomofilachia della Corte di cassazione⁷⁶.

Certo se il legislatore fosse prontamente intervenuto a ridisciplinare la materia conformemente al principio sancito dalla Corte costituzionale, tale problema non sarebbe sorto⁷⁷. L'intempestività della produzione legislativa è un fatto talmente assodato, che qui ci si può limitare ad un solo richiamo. Posto ciò, nell'alternativa tra pura e semplice dichiarazione di incostituzionalità e interpretazione conforme, riteniamo che debba prevalere la seconda «in tutte le sue, anche implicite, potenzialità». È da questa constatazione che bisogna partire e riconoscere che nelle implicite potenzialità rientra anche l'ipotesi che il giudice comune, in base ad un principio affermato dal giudice delle leggi, cerchi di conformare il significato della disposizione a quello costituzionalmente legittimo. Vale a dire che anche il giudice comune possa operare su quella scala graduabile che ha ai suoi estremi l'infondatezza e l'accoglimento secco. Nei casi in cui, infatti, la Corte si sia già espressa in materia viene data la possibilità al giudice di far sì che la vicenda di costituzionalità non giunga all'ultimo livello, evitando la dichiarazione di incostituzionalità. In questo modo trova compiuta affermazione il principio-valore supremo di legittimità costituzionale e con esso in ultima istanza il principio di supremazia costituzionale. In base a ciò la «conformità costituzionale non può non risolversi nella mera non disformità delle singole norme ai parametri costituzionali». In quanto la dichiarazione di incostituzionalità deve essere «l'esito estremo di un processo riflessivo che tenga conto [...] della insostenibilità costituzionale»⁷⁸ di una determinata normativa, del quale anche i giudici comuni devono essere partecipi. Se, infatti, l'affermazione del principio di supremazia costituzionale non vuole rimanere una sola affermazione di principio non può negarsi che la sua protezione è tanto più intensa «quanto più è effettiva, ed è più effettiva proprio quando, dinnanzi agli organi a cui spetta l'applicazione della legge ai casi singoli, i contenuti costituzionali [...] siano assunti come concretamente condizionanti ogni altra [...] determinazione dell'ordinamento»⁷⁹. Queste erano le parole di Mezzanotte riguardo al sindacato diffuso, ma riteniamo che ciò sia sicuramente sostenibile anche nel contesto da noi analizzato; in casi, cioè, in cui l'implementazione degli spazi di movimento del giudice comune avviene, sì restringendo le competenze della Corte costituzionale, ma facendole in ogni caso salve. Il giudice delle leggi, infatti, nelle ipotesi come quella del 275 c.p.p., continua a detenere la conduzione del gioco, non soltanto in apertura, dettando il principio che i giudici comuni potranno adope-

⁷⁶ G. SERGES, *op. cit.*, 91.

⁷⁷ G. GIOSTRA, *op. cit.*, 4905, legge, infatti, il martellante intervento della Corte costituzionale, con il susseguirsi di numerose pronunce di accoglimento, come un monito per il legislatore.

⁷⁸ Le espressioni fra virgolette sono di F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 147 e 149.

⁷⁹ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente* (1984), Napoli 2014, 81.

rare nell'operazione di interpretazione conforme, ma anche in chiusura, in quanto in tali casi nulla esclude che il giudice delle leggi possa in ogni caso essere adito.

RECENSIONI

Eloisa Cristiani
COMMENTO AGLI ARTT. 866, 867 E 868 COD. CIV.
SUI VINCOLI IDROGEOLOGICI E FORESTALI
IN E. Cristiani, M. D'Addezio, E. Sirsi
RIORDINAMENTO DELLA PROPRIETÀ RURALE, BONIFICA INTEGRALE,
VINCOLI IDROGEOLOGICI. ARTT. 846-868, Milano 2013

Fabio Merusi

È recentemente apparso un commento a quanto disposto dall'art. 866 cod. civ. a cura di Eloisa Cristiani.

L'art. 866 cod. civ. fa, come è noto, rinvio alla disciplina legislativa speciale sui vincoli per scopi idrogeologici e sui vincoli forestali. Un rinvio ad una disciplina che nel suo sviluppo storico e nella vigenza attuale fornisce uno spaccato pressoché unico dei principali istituti del diritto amministrativo italiano. Molto opportunamente la Cristiani adotta nel suo commento una sequenza cronologica, non per mero dovere cronachistico, ma perché determinati istituti giuridici sono sopravvissuti, e sopravvivono nonostante il cambiamento, di recente tumultuoso e spesso confuso, della disciplina legislativa speciale.

La Cristiani ricorda che la disciplina dei vincoli forestali esisteva già nella legislazione di pressoché tutti gli Stati preunitari. Trifone vi ha dedicato un'ampia rassegna che

dà modo ad ogni interprete di coglierne con facilità le principali caratteristiche (cfr. R. Trifone, *Storia del diritto forestale in Italia*, Firenze, 1957). Per gli studiosi del diritto pubblico è particolarmente significativo che un vincolo forestale previsto in alcune di queste normative preunitarie e non più ripetuto nelle normative nazionali successive per evidenti ragioni di "sopravvenienza tecnologica" – la martellatura degli alberi per uso della marina da guerra – diede luogo al primo saggio italiano sull'espropriazione per pubblica utilità (cfr. G.D. Romagnosi, *Del diritto di martellatura sulle piante per la marina*, originariamente apparso nel vol. XXXVII degli Annali Universali di Statistica e poi riportato nelle varie edizioni delle sue opere) e dove, *de jure condendo*, si prospettano altresì soluzioni sul conflitto fra proprietà individuale e diritti collettivi sull'uso dei boschi. Lavoro che per singolare coincidenza era nato come recensione ad un

lavoro di Autore anonimo intitolato *Osservazioni sulle leggi forestali*, Torino 1833.

Sempre il metodo cronologico adottato dall'Autrice permette di evidenziare che un'altra legge forestale, questa volta una legge nazionale, quella del 1877, ha dato luogo ad una soluzione istituzionale che ancora appassiona gli interpreti del processo amministrativo e che diverrà di particolare attualità l'anno prossimo quando si procederà alle celebrazioni di rito del centocinquantesimo anniversario delle leggi di unificazione nazionale.

La legge forestale del 1877 affidava i giudizi sui vincoli forestali, ripresi e perfezionati rispetto a quelli già previsti dalle leggi preunitarie, al Consiglio di Stato, inserendoli nella lista prevista nell'Allegato D della legge 20 marzo 1865, n. 2248 e sottraendoli così a quanto previsto dall'Allegato E che prevedeva l'abolizione del contenzioso amministrativo e la devoluzione dei giudizi nei confronti della Pubblica Amministrazione al giudice ordinario. Quale fosse il significato di tale sottrazione al giudice ordinario, e della sua unione ad un'altra materia emblematica del contenzioso amministrativo, il debito pubblico, è questione cruciale per la ricostruzione della logica del processo amministrativo dopo la progressiva dilatazione della giurisdizione esclusiva e dopo l'esclusione dei vincoli forestali dalla giurisdizione estesa al me-

rito prevista nella successiva legge forestale 30 dicembre 1923, n. 3267, l'anno stesso dell'"invenzione" della giurisdizione esclusiva. Accadimenti successivi che qualcuno ha interpretato come uno dei segni del progressivo ritorno al contenzioso amministrativo che, sull'esempio francese, oggi si preferisce nascondere dietro l'etichetta del processo di piena giurisdizione. Come dire che le vicende processuali dei vincoli forestali hanno conservato una sorprendente attualità.

Così l'evocata legge forestale del 1923, nel prevedere un procedimento in contraddittorio con gli interessati per l'imposizione del vincolo idrogeologico, prefigura il modello di quel procedimento amministrativo che sarà poi esteso, in generale, a tutti gli atti della Pubblica Amministrazione solo con la legge 7 agosto 1990, n. 241 secondo la "profetica" prospettazione che ne aveva già dato Ponticelli in una acuta nota a sentenza (*Appunti in materia di procedimento d'imposizione del vincolo idrogeologico*, in *Giur. it.*, 1958, II, 1, 335 ss).

Ponticelli che, contemporaneamente, aveva esposto la logica della giurisdizione del Consiglio di Stato estesa al merito a proposito dei vincoli forestali nella sua ben nota monografia su *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano 1958 è stato dimenticato anche nel recente lacunoso (almeno per quanto ri-

guarda gli studiosi del diritto amministrativo) *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (Bologna 2013). Ma non pochi discettano sul “rapporto” nascente dal procedimento amministrativo, ripetendo, senza saperlo, idee e concetti già chiaramente enucleati da Ponticelli sulla base del procedimento in contraddittorio originariamente previsto per il vincolo forestale e, con caratteristiche che però sembrano del tutto peculiari, per l’espropriazione per pubblica utilità (un altro istituto che, come abbiamo visto, Romagnosi aveva, per singolare coincidenza, studiato proprio partendo da un caso di “vincolo forestale”, la martellatura per la marina).

Ma nella legge forestale del 1923 è possibile individuare un altro crocevia istituzionale, che l’Autrice del Commento in esame, molto opportunamente, sottolinea. Il superamento del vincolo forestale alla sola disciplina montana prevista nella legge del 1877 e la sua estensione ad ogni possibile territorio che si prospetti bisognoso di una disciplina idrogeologica.

È il passaggio del vincolo forestale montano a vincolo idrogeologico per la disciplina del territorio che ha trovato nel noto lavoro di F.C. Rampulla, A. Robecchi Mainardi e A. Travi (*Uso del territorio e vincolo idrogeologico*, Milano 1981) la sua più convincente teorizzazione, nonché il suo punto di riferimento ap-

plicativo così come risulta anche dalla giurisprudenza in materia.

E l’Autrice del Commento non manca in più occasioni di sottolinearlo, cogliendo anche questo “snodo” istituzionale singolarmente propiziato ancora una volta dalla legislazione forestale, una legislazione nella quale, come risulta dalle ricche note dell’apparente commento all’art. 866 cod. civ., molti hanno studiato gli alberi, ma pochi hanno visto la foresta, in qualche caso profeticamente, prima che gli alberi crescessero ...

Ma dove l’Autrice del Commento dà il meglio di sé è nella “cronaca” dell’impatto che la legislazione forestale del 1923, nel suo impianto principale tuttora vigente, ha avuto nel dopoguerra fino ad oggi con una serie di istituti “collidenti” con il vincolo idrogeologico: la legislazione urbanistica; quella ambientale e paesaggistica; nonché le varie leggi intervenute sulla difesa del suolo spesso dettate dall’emergenza determinata da disastri naturali.

Non era facile districarsi in questo ginepraio dove molto spesso si è reagito al fenomeno degli effetti della progressiva antropizzazione del territorio con norme dettate, non da criteri tecnico-scientifici, bensì da impulsi moralistico-irrazionali intesi a negare la realtà anziché “governarla”, proiezione “laica” della lotta alle eresie per i quali più che al diritto amministrativo sarebbe forse opportuno rifarsi ad

istituti del diritto canonico (la normativa sul c.d. danno ambientale o quella recente sul “consumo” del territorio, ne sono esempi emblematici: ad iniziali proclamazioni di fede seguono norme del tutto avulse dalla realtà, inapplicabili e perciò inapplicate o applicate con effetti del tutto incongrui, come lo erano i provvedimenti che sanzionavano una eresia da parte dei “tribunali della coscienza”).

L'Autrice del Commento riassume con chiarezza non riscontrabile in quella misura in alcun lavoro precedente, l'impatto di quel che già c'era (il vincolo idrogeologico) con quello che un legislatore partitico-assembleare, tumultuoso e spesso trascinato da “umori” contingenti, ha via via inventato per tutelare l'ambiente, il paesaggio, le zone naturalistiche protette, i beni culturali, l'uso del territorio e la difesa del suolo.

Nel Commento della Cristiani il lettore trova sempre la soluzione delle “collisioni”, anche attraverso una revisione critica della giurisprudenza formatasi, ai vari livelli, in materia. Senza indulgenza agli impulsi irrazionali sprigionati dal legislatore in singoli interventi privi in molti casi di qualunque effetto pratico, puntualmente registrato dalla Autrice nel Commento.

Un Commento non solo chiaro dal punto di vista giuridico-istituzionale, ma anche realistico, in perfetta sintesi con la funzione di un

commentario al codice civile destinato non solo a lettori amanti delle teorie, ma anche agli operatori del diritto.

Il che risulta particolarmente evidente nello scioglimento della matassa più intricata: la descrizione del sopraggiunto riparto delle competenze fra Stato e Regione, non solo con riferimento al vincolo idrogeologico, ma soprattutto alla “collisione” del vincolo idrogeologico con altre materie che ha dato luogo ad un vasto contenzioso di fronte alla Corte Costituzionale e, di recente, al fenomeno del “neo-accentramento” statale in reazione all'inerzia e/o alla malamministrazione di non poche Regioni.

L'Autrice non indulge più che tanto nella rappresentazione delle tesi partigiane che sono state avanzate sui singoli punti in conflitto tra lo Stato e le Regioni, ma traccia un quadro obiettivo e chiaro dello stato dell'arte del conflitto istituzionale, una premessa senz'altro utile per chi vorrà metter mano alla prospettata riforma del Titolo V della Costituzione. Quel giusto metodo che deve seguire il giurista nel descrivere i problemi del presente per fornire elementi utili a chi dovrà risolverli nel futuro. Il metodo indicato da Romagnosi nel suo saggio “Sulla martellatura delle piante per la marina” dal quale abbiamo preso le mosse per valutare il lavoro della Cristiani, il quale, come abbiamo visto, attraverso l'”occasione” della

legislazione forestale accompagna il lettore in un “viaggio” attraverso i principali istituti del diritto pubblico passati ed attuali nei suoi rapporti con il diritto di proprietà.

Tali rapporti non si limitano, come precisa il codice, sia nell’art. 866 che nei successivi artt. 867 e 868, al vincolo forestale con finalità di disciplina idrogeologica. Tali ulteriori vincoli sono esaminati esau-

stivamente dalla Cristiani con la chiarezza espositiva dimostrata nel descrivere le problematiche relative al vincolo idrogeologico, ma, nella realtà, hanno avuto applicazioni poco numerose e problematicamente assai modeste, almeno dal punto di vista giuridico. Utili tutt’al più per corroborare la teoria del diritto di proprietà “conformato”, nel suo contenuto, dal diritto pubblico.

RECENSIONI

Fabio Giglioni

GOVERNARE PER DIFFERENZA.
METODI EUROPEI DI COORDINAMENTO
ETS Pisa 2012

Alberto Azzena

Nella sezione delle discipline giuridiche pubblicistiche della Collana Jura, edita a Pisa da ETS (che da mezzo secolo ormai riesce a dare uno sbocco editoriale alla cultura scientifica pisana) Fabio Giglioni, giovane professore universitario, ha pubblicato la sua seconda monografia, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, che affronta il delicato (e per me che scrivo mai compiutamente risolvibile) problema di conciliare al meglio l'esigenza di valorizzare compiutamente le diversità, diciamo culturali delle diverse realtà (nel caso gli Stati nazionali) evitando di concepirle come fastidiosi ostacoli sulla via della gestione unitaria dei settori di interesse comune, con quella di assicurare appunto una uniformità quanto più estesa degli interventi, orientandoli verso una linea politica comune (valorizzare piuttosto che contenere, si dice nel testo). Necessità, quella di armonizzazione, divenuta più acuta dopo il

consistente ampliamento dell'ambito dell'Unione.

Nella controcopertina viene definito un tema classico degli ordinamenti giuridici; il che è vero ma non ha impedito che per decenni sia stato da noi pressoché ignorato (a tutti i livelli, scientifico, legislativo, giurisprudenziale e, ovviamente, di governo) nel timore che potesse nuocere all'affermazione sempre più estesa e pregnante degli ordinamenti regionali.

È di certo un tema che, oltre a richiamare alla trattazione di Luisa Torchia (che resta un caposaldo) induce immediatamente a verificare se nella scelta e nella realizzazione dell'idea possa aver avuto qualche parte Marcello Clarich; ... che infatti risulta essere fra i "coordinatori" della Collana.

Interessante è il punto di vista assunto, esplicitato nell'introduzione, che è quello di privilegiare i settori in cui le rispettive competenze (nazionali e "comunitarie") per come

vengono configurate, parrebbero destinate a non interferire e quindi a esulare dalla prospettiva dell'argomento. Trattandone prevalentemente (e dichiaratamente) sotto il profilo giuridico della funzione di integrazione degli istituti del coordinamento: l'integrazione europea attraverso il diritto, prima ancora che attraverso i diritti.

Meno condivisibile appare (a chi ora scrive, evidentemente) l'idea che "governare per differenza" consenta di ottenere risultati che giovano sia all'interesse nazionale che a quello più vasto europeo a differenza di quanto avviene per altri tipi di intervento; ribadita quando si distingue l'interesse comune europeo da quello sovranazionale; parrebbe, al contrario, scontato che l'interesse comune dell'Unione europea non possa che essere, per definizione, ma anche per l'adesione ad essa (che perdura nonostante le talora affioranti tentazioni secessionistiche) anche quello di ciascuno Stato nazionale (lo provano, in negativo, le difficoltà della Germania indotte dalla stretta imposta ad altri Stati membri in nome dell'ortodossia finanziaria e di bilancio).

Questa divergenza non impedisce peraltro l'adesione alla icastica definizione del coordinamento (dell'azione a favore degli interessi in discorso) come "*figura organizzativa che ordina interessi diversi al fine di conseguire interessi comuni ai soggetti protagonisti dell'azione coordi-*

nata", aggiungendo "... *per la tutela di un interesse comune a tutti*" (e quindi anche allo Stato nazionale portatore dell'interesse "sacrificato"; n.d.r.) e osservando che "*diversamente dalle altre forme di integrazione, il coordinamento attribuisce agli esecutivi maggiore importanza rispetto al ruolo della giurisprudenza*".

Solitamente invece la nozione di coordinamento viene ampliata, estendendola a ipotesi in cui si manifesta una contrapposizione di interessi (senza un interesse comune che rende accettabile il sacrificio di quello particolare) conferendogli così una connotazione gerarchica che stravolge la figura colorandola di autoritarità (naturale essendo che se il portatore dell'interesse "sacrificato" dal coordinamento non beneficia del privilegio accordato all'interesse più vasto non resta che l'imposizione gerarchica, che è quantomeno improprio ricondurre al coordinamento). Concezione questa che, piacevolmente sorpreso, si constata non venire ripudiata nello studio in esame, quando si legge "*di ipotesi in cui il coordinamento è espresso in termini di indirizzamento unilaterale, presupponendo una relazione tra i soggetti non equiordinata*".

Nel volume il coordinamento per differenziazione viene identificato come un modello di azione amministrativa europea alternativo a quello dell'amministrazione indiretta prati-

cato dalle origini. Sembrerebbe però che il rapporto fra i due sia piuttosto quello nel quale il primo si configura come modo di operare del secondo, nel senso che l'attuazione in via amministrativa delle decisioni comunitarie (di indirizzo) segue la via della collaborazione attraverso il coordinamento, evitando che in sede locale nazionale si realizzino soluzioni tendenti ad affermare orientamenti (politici) di segno diverso se non opposto, come tuttora avviene, nonostante le esortazioni alla collaborazione da parte della Corte costituzionale, nelle autonomie regionali (recente esempio l'attuazione del c.d. Piano casa nelle diverse Regioni italiane). Tanto che l'Autore riconosce che a livello amministrativo il fenomeno *“è interessante ma rivela anche una complessità di esiti che difficilmente si prestano a una interpretazione univoca”*.

Di estremo interesse sono anche le risultanze dell'analisi che nel volume viene compiuta sulle peculiarità del coordinamento all'interno della funzione di concorrenza, dove si individua una possibilità di intervento (anche in sede nazionale) a sostegno di imprese private rese compatibili col principio (di concorrenza), che divengono per tal modo portatrici (alcune e non le altre, che ne risentono) di interessi che si contrappongono all'interno dell'ordinamento europeo e non nello scontro fra le regole di quest'ultimo e i singoli ordinamenti nazionali.

Quanto agli svolgimenti, l'Autore ha cura di precisare che la trattazione si divide in tre parti.

La prima mira a chiarire (per quanto possibile) gli esatti termini in riferimento ai quali è possibile affrontare le varie questioni, richiamando le forme di superamento delle antinomie fra istanze unificatrici e diversità nazionali individuate dalla dottrina allo scopo di far emergere le peculiarità del coordinamento mediante differenziazione.

La seconda analizza dapprima l'approccio comunitario alle tecniche di coordinamento e la sua evoluzione rispetto al modello varato col Trattato di Lisbona per poi passare a trattare specificamente le più significative, a iniziare dagli aiuti di Stato, la cui disciplina concreta è posta utilmente in relazione con gli obiettivi che si propone, evidenziando altresì gli “adattamenti” imposti per i pubblici servizi dagli oneri propri del servizio universale.

Vi è poi un ulteriore capitolo dedicato ai mercati ed in specie ai partenariati pubblico-privati in cui si inserisce il delicato aspetto della natura anfibia delle concessioni, specie di servizi (si pensi a quelle c.d. di gestione, oltre che di costruzione, di autostrade, che tanto hanno contribuito, specie in Italia, a focalizzare problematiche e a trovare soluzioni). Dove si segnala il paradosso per cui nei partenariati, settore nel quale l'adozione di modelli di

coordinamento dovrebbe essere agevolata, mentre invece si riscontrano le maggiori incertezze poiché essa *“confligge con la preoccupazione di limitare in modo eccessivo la concorrenza e il libero scambio fra i Paesi membri”*.

Ed infine, nel quinto e ultimo capitolo, si traggono le conclusioni dal vaglio dell'assetto concreto dei singoli aspetti esaminati. Ripercorrendo le quali diviene possibile evitare di segnalare specificamente i risultati cui in ciascuna delle parti lo studio approda.

Vengono in evidenza, in questo modo, le diverse tipologie di coordinamento inteso nel senso indicato, visto come *“effetto di dinamiche che hanno sviluppi molto diversi nei due casi presi in considerazione”* ma che comunque *“non impedisce al livello di governo coinvolto di conservare la propria posizione di autonomia”*, e le peculiarità rispetto ad altre tecniche impiegate allo stesso scopo, quali la complementarietà dovuta alla reciproca compatibilità, che ne mostra il carattere incrementale, non sostitutivo ma sussidiario, rispetto a a parternariati e aiuti di Stato, senza escludere il temperamento degli effetti negativi della pratica della concorrenza.

Emergono altresì la natura della sovranità nel suo profilo qualitativo piuttosto che quantitativo e l'esigenza di valutazione in termini di

rapporto fra costi e benefici di tali tipi di intervento, con la constatazione, di particolare attualità nella situazione in cui versa il nostro Paese che *“la valutazione degli scostamenti dipende anche dalla qualità della spesa pubblica”*.

Interventi che naturalmente si riverberano sul funzionamento dell'assetto istituzionale, più a livello governativo ed amministrativo che giurisprudenziale, come non si manca di notare, tratteggiando le reciproche interferenze e paventando una sorta di deferenza dei giudici verso le decisioni della Commissione, che pure hanno il pregio di riequilibrare quando necessario i risultati di scelte fatte in sede più marcatamente politica.

Segue un'accurata analisi dei modelli amministrativi derivanti dalla differenziazione e sui riflessi del governo di questa all'interno dei singoli Stati, su cui non è possibile diffondersi e inutile darne conto con semplici accenni.

Particolarmente da apprezzare, infine, la constatazione, che vi sarebbe da temere non risultasse fondata, di *“quanto è ormai profonda la relazione che lega gli ordinamenti nazionali a quello della UE”*.

Questioni delicate e perciò stimolanti trattate in modo stimolante, di cui si spera di aver dato un'idea possibilmente non troppo soggettiva.

ABSTRACT

Antonio D'Atena, *Il giovane Crisafulli e le anticipazioni dell'opera della maturità*

Il lavoro si sofferma sull'opera giovanile di Vezio Crisafulli, nella quale individua significative anticipazioni dell'opera della maturità. Tali anticipazioni riguardano sia la teoria delle fonti sia la teoria delle norme. Sul primo versante si segnala la prima apparizione del criterio della competenza, che, in epoca statutaria, poteva ricevere applicazione nei rapporti tra le norme corporative e le norme regolamentari. Quanto al secondo, meritano una menzione le riflessioni dedicate al titolo esterno ed al titolo interno delle leggi, in cui possono cogliersi anticipazioni della successiva teorizzazione in merito alla distinzione tra le “disposizioni” e le “norme”.

The Young Crisafulli and the Anticipations of his Maturity Works

The work of the young Vezio Crisafulli (one of the most important constitutionalists of the 20th century) shows significant anticipations of the work of his maturity. These anticipations concern both the theory of the legal sources and the theory of the legal rules. With reference to the first topic it should be noted in Crisafulli's earlier works the first appearance of criterion of “competence” as an instrument to solve conflicts among legal rules: a criterion, which, when the Constitution was a flexible one, could be applied in the relationships between the corporative rules (legal sources of the fascist time) and the regulations of the Government. With reference to the second topic it is worth to mention Crisafulli's reflections dedicated to the titles of the Acts of Parliament, in which can be found anticipations of the subsequent theorizing contained in the essay “disposizione e norma”.

Fabio Merusi, *L'incubo di Diocleziano. Riflessi della “convergenza” delle finanze pubbliche dei Paesi Euro sulla giurisdizione amministrativa italiana*

L'A. indaga i possibili riflessi che il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal Compact*) potrà produrre sulla giurisdizione amministrativa italiana. In particolare modo la necessità di procedere coattivamente a una riduzione non trascurabile dell'immane debito pubblico italiano, nell'ordine di un ventesimo annuo della parte eccedente il 60%, imporrà delle operazioni straordinarie di finanza pub-

blica legate all'alienazione del patrimonio pubblico. Verosimilmente seguiranno non poche occasioni di contenzioso, che investirà anche le amministrazioni locali. A questo punto sorgerà naturale il problema sulla giurisdizione dacché il c.p.a. prevede un'ipotesi di giurisdizione esclusiva *ex art. 133* solamente per i titoli del debito pubblico dello Stato. In merito l'A. ritiene che in forza del compattamento dell'intero lato della finanza pubblica disposto con la l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, tutte le controversie in materia di debito degli enti locali dovrebbero essere attribuite alla giurisdizione esclusiva del g.a., ponendo fine, tra l'altro, all'annoso conflitto tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione in materia di contratti derivati degli enti locali.

The Nightmare of Diocletian. Public Finance and Jurisdiction

The author examines the possible consequences of the Treaty on Stability, Coordination, and Governance in the Economic and Monetary Union (so called Fiscal Compact) on the Italian administrative jurisdiction. Especially the Treaty will impose a significant reduction of the huge national Italian public debt about an average rate of one twentieth per year of excess of 60%. This fact will force the public administration to sell conspicuous share of national assets and probably there will be litigation involving the local Government as well. The jurisdiction about these has not a clear definition, because the Administrative Process Code established the "*exclusive jurisdiction*" of administrative judges only for litigation about sovereign debts (art. 133, lett. v). In this respect the author believes that this provision is valid also for debts of local Government, because the 2012 Constitutional Reform Act (l. cost. 20.04.2012, n. 1) has unified the entire side of the public finance. This interpretation gives also a solution for the long standing conflict between Consiglio di Stato and Corte di Cassazione about local Government's swaps.

Andrea Buratti, *«Preferirei di no». Rinvii, dinieghi e osservazioni presidenziali nelle carte dell'Archivio storico del Quirinale*

L'articolo analizza i poteri del Presidente della Repubblica di interdizione dell'indirizzo legislativo di Governo e Parlamento: lungi dal limitarsi al solo potere costituzionalmente previsto di rinvio delle leggi, essi comprendendo una vasta tipologia di strumenti sviluppatasi nella prassi costituzionale delle presidenze repubblicane. L'analisi – che giunge sino alla conclusione della presidenza Cossiga – è condotta attraverso l'esame dei materiali dell'Archivio storico della Presidenza della Repubblica. Questi permettono di ricostruire la prassi attraverso atti ufficiali e carteggi istituzionali inediti. La tesi cui conclusivamente si accede è nel senso del consolidamento di una consuetudine costituzionale facoltizzante in merito all'esercizio dei poteri atipici del Capo dello Stato nell'interposizione dell'indirizzo legislativo.

«I would prefer not to». *Returns, Vetoes and Presidential Signing Statements in the Perspective of the Historical Archive of the Presidency of Republic*

The article analyzes presidential powers to check legislative Agenda of Parliament and Government: far from merely consist in the only power provided by Constitution of legislative return, these powers include a wide range of tools, developed throughout the constitutional practice of Italian presidencies. The analysis – that reaches the end of Cossiga’s term – is carried on through the exam of records of the Historical Archive of the Presidency of Republic, and allows practice’s understanding through records of acts and correspondence of institutional subjects. A final thesis supports consolidation of a constitutional custom, authorizing President to exercise several tools for the check of legislative function.

Quirino Camerlengo, *Nel silenzio della Costituzione*

È ingenuo pensare che la Costituzione scritta regoli interamente la materia costituzionale. L’esperienza dimostra che fatti, comportamenti e rapporti, di rilevanza costituzionale, si rivelano privi di una esplicita e puntuale previsione nel testo costituzionale. Che si tratti di lacuna da colmare o di dilemma interpretativo da sciogliere o di vuoto imputabile a difetto di rilevanza costituzionale di una data condotta sono interrogativi che impegnano lo studioso e l’operatore del diritto. Partendo, dunque, da una sommaria ricostruzione del dibattito intorno al dogma della completezza del diritto, e passando attraverso l’esplorazione della nozione di “materia costituzionale”, il presente saggio illustra un campione rappresentativo di casi controversi al fine di individuare istituti e modalità di riempimento dei vuoti della Costituzione. L’autore intende dimostrare che la *Costituzione* può anche rivelarsi lacunosa, ma il *sistema costituzionale* è completo.

In the Silence of the Constitution

The Constitution is not complete. Many facts are not governed by specific constitutional rules. It’s necessary to find a solution for the gaps (“lacune”) of the Constitution. In fact, only a complete Constitution can guarantee constitutional order and certainty. This article reconstructs the debate around the dogma of the completeness and analyzes the concept of constitutional matter. Next, this essay examines some controversial cases and describes the ways in which the gaps have been filled. Finally, the author demonstrates that the *Constitution* may also be flawed, but the *constitutional system* is complete.

Silvia Nicolai, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*

L’articolo discute le due componenti della ‘svolta universalistica e dignita-

ria' che il diritto antidiscriminatorio sta conoscendo sia negli Stati Uniti sia in Europa. Secondo alcune tesi il riferimento alla dignità dovrebbe favorire rivendicazioni antidiscriminatorie di tipo nuovo, come quelle legate all'omosessualità, evitando d'altro canto i costi sociali – frammentazione e risentimento – che la tradizionale protezione anti-discriminatoria fondata sulla nozione di gruppo svantaggiato provocherebbe. Un secondo gruppo di tesi guarda alla dignità come a un modo per approfondire e arricchire la conoscenza delle controversie antidiscriminatorie, rendendone possibile una argomentazione più problematica, aperta e pluralistica: queste tesi tendono cioè a migliorare le prestazioni, sinora spesso deludenti perché formalistiche, della non discriminazione come strumento della valutazione giuridica. L'articolo sostiene che il primo gruppo di tesi, nelle quali la dignità rimanda all'idea, prettamente politica, di uguaglianza come principio anticaste, aspira solo a migliorare l'efficienza dell'antidiscriminazione come tecnica di ingegneria sociale, e, perciò, rimane dentro la matrice utilitaristica in cui il diritto antidiscriminatorio è stato costruito, che è scettica verso il diritto perché lo concepisce solo come uno strumento per allocare potere sociale, e non anche come una forma di conoscenza e di ragione. Il secondo gruppo di tesi, con cui l'immagine della dignità serve a richiamare l'idea di eguaglianza come equità e come reciprocità, richiama in causa le virtù, trasformative e socialmente costruttive, del *'suum cuique'*, e rappresenta un appello alla riscoperta del diritto come spazio per l'esercizio di una forma della ragione capace di ragionevolezza, e cioè di rapportarsi con l'opinabile e il controverso. Questo secondo gruppo di tesi dunque, e sia pure in modo implicito e sinora non pienamente teorizzato, mette per la prima volta in discussione le premesse strumentali del diritto antidiscriminatorio, e ci invita a domandarci quanto la difficoltà, molte volte dimostrata, del diritto antidiscriminatorio di promuovere il mutamento nei valori della convivenza sia dovuta proprio a quelle premesse.

The Universal and Dignitarian Turn of Anti-Discrimination Law: Two Sides of a Debate

The article discusses the two components of the 'universalistic and dignitarian turn' that anti-discrimination law is facing both in the Us and in Europe. Some theses foster dignity as new rationale of anti-discrimination protection in order to achieve some efficiency goals. Their aim is avoiding alleged negative social side effects of traditional group-based anti-discrimination protection, notably balkanization and backlash, and granting success to anti-discriminatory claims of new kind, such as those of gay people. Other theses, preoccupied by rigidity and formalism of anti-discrimination reasoning, praise dignity as a chance to favor a more ductile, evaluative and dialogical approach to the problems that anti-discrimination implies (what is to be compared with what, what is worth and what is not, or less worth, and why). The article maintains that the first group of theses, with which dignity stands for equality as anti-caste principle, merely aspires at improving anti-discrimination as a social engineering tool.

Thereby, these theses rest largely within the utilitarian frame in which anti-discrimination law is carved, which is skeptical towards law because it conceives of it as an instrument of allocation and redistribution of social power, not as a form of reason and of knowledge. With the second group of theses instead, dignity, standing for equality as equitableness and reciprocity, conveys the virtues, transformative and socially constructive, of the 'to each his own'. It is an appeal to the performances of a form of reason capable of reasonableness, that is, capable of dealing with the debatable and the controversial. These theses are the real novelty of the 'universal and dignitarian turn'. They put for the first time into discussion the instrumental matrix of anti-discrimination law, which is responsible – the article argues – for the constitutive difficulty of anti-discrimination law in fostering actual changes in the values of the living together.

Alessandro Crosetti, *I beni "demo-etno-atropologici": origine e parabola di una categoria di beni culturali*

Lo studio si propone di analizzare l'evoluzione normativa dei beni culturali con particolare attenzione ad una nuova categoria quella dei beni demo etno antropologici che ha trovato una prima identificazione nella legge n. 1089 del 1939 in uno con l'affermarsi degli studi etnografici dell'inizio del novecento, per registrare un più puntuale riconoscimento solo con il T.U. sui beni culturali del 1999. L'indagine mette tuttavia in evidenza la particolarità di tale tipologia di beni culturali, data dalla "immaterialità", e denuncia come il sistema normativo delineato dal Codice dei beni culturali del 2004-2008 abbia trascurato tale categoria di beni in quanto prevalentemente orientato alla tutela e alla valorizzazione dei soli beni culturali "materiali". Tale constatazione offre lo spunto per un opportuno ripensamento sugli indirizzi ed orientamenti normativi a salvaguardia di un importante patrimonio culturale a rischio di estinzione ed oblio.

Demo-Ethno-Anthropological Heritage

The study aims at analysing the development of cultural heritage related regulation, specifically, it focuses on a new heritage category, the demo-ethno-anthropological. Such category of heritage has found an initial, but partial, recognition by the law nr. 1089/39 together with the establishment of the ethnographical studies at the beginning of the twentieth century and, later, it has found proper recognition within the T.U. of cultural heritage issued in 1999. However, the research highlights the peculiarity of such typology of heritage, given its "intangibility", as well as addressing how the current regulation driven by the Code cultural heritage, dating 2004-2008, has completely disregarded such category because of its relevant focus on valorising and defending only "tangible" heritage. The findings offer the opportunity for an appropriate re-thinking of the directions and orientation of the regulation in order to safeguard

such an important cultural heritage which is now facing the risk of extinction and oblivion.

Leonardo Pace, *Spunti di riflessione (per il futuro) dalla travagliata vicenda dell'art. 275 c.p.p.*

Il saggio vuole proporre alcune riflessioni sul dibattuto tema dell'interpretazione conforme, partendo dalla vicenda delle varie dichiarazioni di incostituzionalità dell'articolo 275, III co., secondo periodo, c.p.p.

Il lavoro si concentra, in particolar modo, sul difficile equilibrio tra l'attività interpretativa e il limite testuale che impegna il giudice comune nella ricerca di un significato conforme a Costituzione.

L'Autore propone di effettuare una distinzione fra ipotesi nelle quali il limite del dato letterale della disposizione debba essere riguardato in modo stringente e ipotesi in cui esso possa essere relativizzato senza eccessivi pericoli.

Nella prima ipotesi rientrano quei casi in cui la Corte costituzionale non si sia precedentemente espressa e, pertanto, non vi sia un principio costituzionale che possa essere utilizzato nel tentativo di interpretazione conforme a Costituzione.

Nella seconda ipotesi, invece, possono essere ricompresi quei casi in cui l'attività interpretativa del giudice, che va oltre il significato immediatamente intellegibile della disposizione, avvenga sulla scorta di una precedente pronuncia della Corte costituzionale su una disposizione analoga vertente nella stessa materia. In questi casi, inoltre, non si sarebbe neanche in presenza – come si cerca di dimostrare – di una disapplicazione, ma di una piena attività interpretativa, che si risolve nella non applicazione della disposizione nel suo significato letterale immediatamente intellegibile.

In questi ultimi casi, infine, non solo si dà un elevato grado di attuazione al principio di supremazia costituzionale, ma si raggiunge anche un accettabile punto di equilibrio tra il principio di certezza del diritto e il principio di effettività.

Food for Thought (for the Future) from the Troubled Story of Art. 275 of the Code of Criminal Procedure

The essay presents some reflections related to the controversial topic of the “interpretation in conformity with the Constitution”, starting from the declarations of unconstitutionality of art. 275, third paragraph, second proposition, of the Code of Criminal Procedure.

The work especially deals with the difficult balance between the interpretation and the literal wording of the provisions that binds the regular courts while searching a meaning consistent with the Constitution.

The Author proposes to distinguish between cases in which the letter of the law must be strictly respected and others in which it can be passed with low risk.

In the former are included the cases in which the Constitutional Court has not previously ruled on the matter involved and, therefore, there is no constitutional principle that can be used in the attempt of interpreting statutes in conformity with the Constitution.

In the latter, on the other hand, should be included those cases in which the interpretation of the regular courts, that goes beyond the literal meaning of the provision, is made according to a previous decision of the Constitutional Court on a similar provision concerning the same matter. In such cases there would not be a disapplication, but only an interpretation, resulting in the non-application of the provision in its literal meaning.

In those situations, eventually, not only a high degree of implementation of the principle of constitutional supremacy is achieved, but also an acceptable balance between the principle of legal certainty and the principle of effectiveness.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANTONIO D'ATENA, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Roma "Tor Vergata"

FABIO MERUSI, Professore emerito di Diritto amministrativo, Università di Pisa

ANDREA BURATTI, Ricercatore di Diritto pubblico, Università di Roma "Tor Vergata"

QUIRINO CAMERLENGO, Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Pavia

SILVIA NICCOLAI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Cagliari

ALESSANDRO CROSETTI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Torino

LEONARDO PACE, Dottorando di ricerca in Sistemi punitivi e garanzie costituzionali, Università Roma Tre

ALBERTO AZZENA, già professore di Diritto amministrativo, Università di Pisa

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Buratti, Camerlengo, Nicolai, Crosetti e Pace.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2012: Italia euro 120,00, estero euro 250,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di settembre 2014
da *La Buona Stampa* – Napoli