

Il fatto nel diritto costituzionale

(relazione al XXIX Convegno AIC, Catanzaro 16-18 ottobre 2014)

Roberto Bin

(20 luglio 2015)

1. Premessa

Il tema che mi è stato assegnato non ha contorni facilmente definibili. La Costituzione nasce da «fatti storici», che precedono la fase costituente e non rispondono più – almeno non pienamente – agli schemi dell'ordine costituito di prima. Le scelte a cui ha condotto il processo costituente sono *spiegabili* soltanto tenendo conto della premessa “storica”, di quegli eventi che hanno portato al cambiamento di regime e all'elaborazione di una nuova costituzione. Fatti, insomma, che gettano la loro luce anche oltre l'avvio dell'esperienza costituzionale e si riflettono sull'interpretazione delle disposizioni nella cui scrittura il processo costituente si è consolidato: non influenzano più soltanto la *spiegazione* delle scelte normative, dunque, ma anche la loro *applicazione*. Qui emergono i primi difficili problemi, perché si apre il grande e intricato tema dei criteri di interpretazione e del peso che a ciascuno di essi conviene dare: affiora l'irriducibile contrasto tra chi ritiene che tra essi possa tracciarsi una sorta di ordine gerarchico e chi invece è del tutto scettico rispetto a qualsiasi graduazione dei criteri ermeneutici¹. I “fatti” storici che hanno preceduto e accompagnato la scrittura del testo si collocano inevitabilmente al centro di una disputa attorno alla funzione che essi possono (o devono) rivestire nel processo di interpretazione delle sue disposizioni.

Ma c'è di più: la costituzione vive “nei fatti”, perché da ciò dipende la sua stessa effettività. Il rapporto tra l'effettività e la validità di una costituzione è notoriamente uno dei nodi teorici più dibattuti², che però proietta la sua ombra su aspetti assai concreti del diritto costituzionale. A parte il problema, certo non quotidiano³, del cambiamento rivoluzionario di regime, si pongono almeno due ordini di problemi che sono classicamente oggetto di studi costituzionalistici: il

¹ Si vedano, tra gli innumerevoli esempi possibili, le contrapposte opinioni di R.H. FALLON, Jr., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, in 100 *Harv. L. R.* (1987), 100 ss. e K. HESSE, *Verfassungsinterpretation*, tr. it. di G. Repetto in *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di K. Hesse*, a cura di A. Di Martino e G. Repetto, Napoli 2014, 90.

² Cfr. ora O. CHESSA, *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, in *Diritto e questioni pubbliche* 10/2010.

³ Che però può avere immediati profili concreti, come è accaduto nel diritto inglese a proposito del cambiamento di regime nelle ex-colonie: cfr. J.W. HARRIS, *When and Why Does the Grundnorm Change*, in *Cambridge L.J.* 29, 1971, 103 ss.

problema di quanto l'evoluzione storica e dei fatti sociali possa incidere sull'interpretazione della Costituzione e svincolarla dalle sue origini storiche, e il problema del riflesso normativo che si è disposti a riconoscere alle prassi, consuetudini e convenzioni venute nel tempo a modificarsi o innovarsi e che forse si riflettono sullo stesso mutamento "di fatto" di essa. Sono due temi che s'intrecciano nelle relazioni presentate in questo Convegno.

Se queste sono le premesse, qualsiasi "taglio" io imponessi alla mia relazione comporterebbe un'amputazione del tema necessariamente arbitrario. Il che sarebbe tanto più doloroso in quanto le aree connesse ad esso sono densamente popolate da una letteratura di alto valore: l'istituzione di fatto dell'ordinamento costituzionale di Santi Romano, la sovrapposizione tra validità e effettività nella *Grundnorm* in Kelsen, il continuo rincorrersi e incrociarsi dei criteri di effettività e di validità in Esposito, la consuetudine di riconoscimento di Hart e della teoria neo-istituzionalista; e poi la costituzione materiale, le convenzioni, la consuetudine costituzionale e quei "fatti" a cui spesso si attribuisce una propria normatività che sembra tratta dai principi costituzionali e che tenderebbe a contrapporsi alla *voluntas* del costituente⁴.

Conviene interrompere quest'elenco di temi troppo grandi, strettamente connessi e spesso sovrapposti, che tessono la trama fitta della nostra letteratura costituzionalistica. In questa relazione cercherò di assumere una prospettiva meno consueta. Seguirò due percorsi, cui corrispondono le due sezioni in cui si articola la relazione: il primo si interrogherà su quale sia il grado di effettività della Costituzione italiana e sulle ragioni del suo successo come punto di riferimento di ogni dibattito attorno ai diritti, successo che a me sembra attribuibile alla capacità dei principi costituzionali di concorrere alla qualificazione di tutti quei "fatti" nuovi che emergono quotidianamente nella vita sociale. Il secondo si propone di esaminare da un'angolazione insolita il problema della «normatività» del fattuale e del ruolo dei "fatti" nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali.

Sezione I - Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione⁵

2. Processi giusgenerativi

In un saggio che nella dottrina giuridica italiana non ha ottenuto la risonanza che avrebbe meritato, Robert Cover⁶ proponeva una chiave di lettura dello sviluppo

⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 160 s.

⁵ Una prima versione di questa sezione sarà pubblicata, con lo stesso titolo, negli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri* e anticipata in *Lo Stato* 4/2015, 11 ss.

dell'ordinamento giuridico che mi sembra utile per affrontare il tema dell'effettività della Costituzione. La riassumo consapevolmente di banalizzare il ben più sofisticato pensiero di Cover.

La prospettiva è mirata alla produzione sociale di *sensu* di diritto e di giustizia. Il diritto – osserva Cover – è un ambiente, un «*universo normativo*» in cui siamo immersi: «*We inhabit a nomos - a normative universe*» fatto di regole di comportamento, di sensi del diritto e del torto, di giudizi espressi in termini di lecito e illecito, di valido e invalido, di ammissibile e inaccettabile. Considerato in questa prospettiva, il diritto non è solo un sistema di regole poste in qualche modo e che servono a qualificare i "fatti" della vita, ma un mondo in cui la nostra stessa vita si svolge e assume significato; e in cui le disposizioni che vogliono regolare i "fatti" sociali che sollecitano l'intervento del potere legislativo non hanno un significato proprio separato e indipendente dalle attività sociali che si sviluppano nell'«universo normativo». Detto in altri termini, non sono un "oggetto" separabile con nettezza dal "soggetto" chiamato ad applicarlo o a subirne l'applicazione⁷.

La prima conseguenza che ne discende è che chi fa le leggi non dispone del loro significato, perché il significato dei segni non è deciso in via definitiva da chi li traccia. Questo assioma non rispecchia soltanto la classica divisione dei poteri che è alla base dello Stato di diritto, ma dà anche conto del carattere "sociale" – e un po' anarchico – del *significato* in contrapposizione al carattere "imperiale" – e gerarchicamente strutturato – della *posizione della legge*. La produzione sociale di *sensu* di diritto e di giustizia è ovviamente disordinata e conflittuale. La gente litiga perché solitamente coltiva percezioni e opinioni "giuridiche" contrapposte: gli eventi accaduti all'incrocio delle strade oppongono visioni delle regole di precedenza e dei canoni di prudenza che i due automobilisti non condividono; così come, in merito ad ogni opera pubblica di rilievo, si scontrano valutazioni inconciliabili di ciò che si deve costruire e ciò che si deve salvaguardare. Mille sono i terreni di scontro tra percezioni antitetiche di quale sarebbe la soluzione "giusta" del problema, scontro che è particolarmente evidente nei temi «eticamente sensibili», ma non è meno acceso su ogni tema di riforma legislativa o ipotesi di soluzione dei conflitti sociali. È compito "imperiale" degli organi dello Stato risolvere questi conflitti, scegliendo quale visione far prevalere sull'altra: il che viene fatto per mezzo di leggi come pure attraverso gli atti di applicazione di esse, per opera dell'amministrazione o del giudice. Ma le leggi, per quanto ben formate, non bastano mai a risolvere ogni

⁶ *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. Rev.* 4 (1983-1984). Il saggio è tradotto e ottimamente introdotto da M. Goldoni in R.M. COVER, *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008.

⁷ Avevo cercato di sviluppare questo profilo (che riprenderò in seguito), la non separabilità tra oggetto e soggetto dell'applicazione del diritto, in *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013.

possibile conflitto che sorge al momento della loro applicazione; in questi spazi di incertezza la produzione sociale di senso si riespande e ritorna a proporre risposte tra loro difficilmente conciliabili.

E poi c'è la Costituzione.

3. La Costituzione è di tutti

La costituzione rigida consente al processo giugenerativo di non subire passivamente l'intervento "imperiale" delle leggi. Il *dura lex, sed lex* non vale più, le leggi possono essere confrontate con il senso di giustizia che vive nella società e nelle singole comunità, e possono essere contestate in forza del richiamo alla Costituzione e alle tutele che essa accorda. La struttura pluralista della Costituzione agisce proprio in questo senso, perché consente visioni diverse - e molto spesso non sovrapponibili - delle tutele che essa accorda. Vale per la Costituzione ciò che vale per ogni legge: il significato della Costituzione non è imposto con la forza, ma si sviluppa nelle varie comunità secondo il particolare *nomos* che esse condividono. Siccome la Costituzione pluralista non pretende di aver già incorporato la sintesi tra interessi e principi diversi e spesso opposti, ma si limita a riconoscerli e a sancirne il valore in termini assoluti, essa diventa l'approdo naturale a cui ogni segmento della società può cercare di ancorare il proprio *nomos*. Vi è una Costituzione delle femministe e quella dei sindacati, una degli animalisti e una del movimento per la vita; omosessuali, ambientalisti, taxisti e no-global, carcerati e l'autorità garante della concorrenza, così come – cambiando contesto - i penalisti, i tributaristi o i lavoristi (intesi come corporazioni accademiche), ogni segmento possiede una propria immagine della Costituzione, costruita mettendone in ordine le disposizioni secondo opzioni e precedenze che sono dettate dalla *propria* scala di valori. È così che si può dire, prendendo in prestito il titolo dell'importante libro di Sergio Bartole⁸, che *la costituzione è di tutti*.

La «comunità degli interpreti», luogo retorico e irenico di ogni visione ermeneutica del diritto, non è affatto *una* comunità, se non forse nel suo strato più rarefatto in cui si muovono gli interpreti "accreditati" che scrivono sulle riviste scientifiche. Ma che solo questa sia la "comunità" che conta è una pia e aristocratica illusione dei suoi componenti. La "comunità" è fatta di innumerevoli segmenti, tanti quanti sono gli interessi attorno ai quali le persone si coagulano (senza alcun obbligo di esclusività, nel senso che si può essere parte di comunità ben diverse), spesso gli uni contro gli altri armati. Ognuno di questi segmenti coltiva una propria visione di ciò che la Costituzione significa e sulla base di essa individua una risposta in termini di «diritto costituzionale» ai problemi che giudica rilevanti o essenziali per il proprio

⁸ *La Costituzione è di tutti*, Bologna 2012.

nomos. Ma il fatto saliente è che tutti concordano nel riconoscere nella Costituzione il punto di ancoraggio della propria visione del diritto e della conseguente rivendicazione di diritti.

Si può dire perciò che essi *si riconoscono* in essa almeno nel senso della «consuetudine di riconoscimento» di Hart e MacCormick: la consuetudine «*di ricondurre tutte le questioni giuridiche in ultima istanza ai criteri e alle disposizioni poste nel documento costituzionale*»⁹. Ma il dato più significativo di questa diffusa abitudine a richiamare la Costituzione a fondamento della propria soggettiva visione dell'ordine assiologico della società, delle priorità tra principi e nei criteri di giustizia, è proprio il dato per così dire statistico: pur nella accentuata conflittualità sociale, pur nell'egoismo dell'affermazione dei propri valori, la Costituzione italiana appare essere stata assunta come la base certa delle rivendicazioni più diverse e come il terreno su cui affrontare dialetticamente il proprio avversario¹⁰. Benché l'accentuato pluralismo sociale porti a lacerare una visione compatta e coerente della Costituzione – come potrebbe essere quella mitizzata nella teoria della costituzione materiale – ciò mostra anche la sorprendente vitalità della Costituzione. Come ha osservato giustamente Dogliani, finché la «lotta per l'interpretazione» della Costituzione è vivace, essa resta valida¹¹.

Attraverso la «lotta per l'interpretazione» i principi della Costituzione prendono progressivamente forma e si consolidano. È una lotta in cui ci si impegna per affermare la rilevanza dei propri “contenuti” nella interpretazione delle disposizioni della Costituzione, ma il cui effetto è anche esaltare la «*forza normativa*» di quest'ultima¹². Esposito direbbe che è attraverso questo processo che la consuetudine agisce sul consolidamento dei principi costituzionali¹³. Senza dover accogliere la sua particolare visione delle consuetudini costituzionali, sembra certo illuminante la luce che la sua teoria getta sul processo di consolidamento di principi che non sono già tutti scritti, e a tutto tondo, nel testo costituzionale, né vengono tratti con un processo “neutrale” di interpretazione dalle disposizioni scritte. Su questo punto è necessario soffermarsi.

⁹ N. MacCORMICK, *La morale istituzionale e la costituzione*, in N. MacCORMICK-O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, tr. it. di M. La Torre, Milano 1990, 232.

¹⁰ Come osserva O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002, 260.

¹¹ M. DOGLIANI, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura, oggi*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, a cura di L. Carlassare, Padova 1998, 45 ss. (50), pubblicato anche in *Ars interpretandi* 1997, 103 SS. (108).

¹² L'espressione è K. HESSE, *Begriff und Eigenart der Verfassung*, tr. it. di G. Repetto, in *L'unità della Costituzione cit.*, 81 (ma le tesi erano già espresse in *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen 1959, 11 ss.).

¹³ C. ESPOSITO, *La consuetudine (dir. cost.)*, in *Encicl.dir.* IX, Milano 1961, 469 ss. (in part. Il § 9).

4. Il principio s'incorpora nel fatto

Il significato della costituzione si lega all'interpretazione giuridica offerta dalle comunità: le quali sono interessate principalmente ai diritti e alle norme che li enunciano. Se si assume un punto di vista attento al processo giusgenerativo, dovremmo rinunciare a vedere la Costituzione secondo le coordinate storiche che ci sono abituali. Quanto Dicey afferma per marcare la differenza tra la tradizione costituzionale britannica e quella continentale perderebbe quella nettezza che dal punto di vista storico indubbiamente ha¹⁴. Sarà pur vero che nella tradizione britannica la costituzione deriva induttivamente dalla tutela dei diritti che i giudici hanno progressivamente affinato, mentre in Continente essa proviene piuttosto per via di deduzione dalle solenni dichiarazioni costituzionali: e tuttavia nell'uno e nell'altro caso sono le domande avanzate dai cittadini ad innescare il processo e a dare un senso giuridico all'affermazione di un determinato diritto. I diritti nascono comunque da un riconoscimento ufficiale – giurisprudenziale o legislativo che sia – dei risultati di un processo di produzione di senso giuridico che viene dalla società, dalle sue componenti. È questo processo a stimolare la «forza generativa» dei principi costituzionali¹⁵.

Forse l'espressione un po' equivoca e tanto discussa impiegata dall'art. 2 Cost. - «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» – potrebbe essere riletta proprio in questo senso: la Costituzione «riconosce» i diritti che di fatto sono rivendicati con successo dalla società, nel suo disordinato pluralismo, e riconosce ad essi lo status di diritti costituzionali. Non si tratterebbe quindi di un riconoscimento di diritti "precedenti" alla Costituzione, come vorrebbe la lettura più o meno dichiaratamente giusnaturalistica, ma dell'esito fortunato delle rivendicazioni che emergono di continuo dalla società e reclamano un riconoscimento. Che si tratti del diritto all'abitazione o della tutela delle minoranze linguistiche, dei diritti dei transessuali o delle aspirazioni delle coppie sterili, ognuna delle infinite componenti (formazioni) sociali sviluppa una propria aspettativa di tutela e ne imputa il fondamento alla Costituzione. Non sono necessariamente "nuovi" diritti, ma più spesso coniugazione delle vecchie libertà con nuovi fatti¹⁶ - nuovi solo perché sinora

¹⁴ Sono le note affermazioni contenute nell'*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, tr. it. di A. Torre, Bologna 2003, 162 ss.

¹⁵ Come ha più volte osservato Gaetano Silvestri, in particolare in *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.* 2006, 7 ss., che giustamente sottolinea la «interiorizzazione ormai avanzata anche nella cultura legata a tradizioni di *civil law* del processo di formazione spontanea dei diritti, che trovano nelle pronunce dei giudici specifici e formali punti di emersione» (p. 17).

¹⁶ Rinvio per questa tesi a *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Desafios para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, a cura di A. Peres Miras, G. Tuel Lozano, E.C. Raffiotta, Madrid 2013, 91 ss.

non si erano imposti all'attenzione sociale, vuoi perché non era matura l'opinione pubblica, vuoi perché il progresso scientifico non li aveva ancora resi possibili.

Questo mi sembra il dato più interessante. Le rivendicazioni dei diritti, nuovi o vecchi che siano, si propongono sempre in relazione a un "fatto". Sono "fatti" specifici (una particolare configurazione dei contratti di locazione, il rifiuto di registrazione anagrafica del mutamento del sesso, la negazione di un determinato trattamento medico o la sua imposizione, il diniego della registrazione di un matrimonio contratto all'estero...) a "colorarsi" con le tinte del «diritto costituzionale» e chiedere un riconoscimento ufficiale, "imperiale", da parte dei poteri costituiti. «*Orbene* – dice la Corte nella celebre e criticatissima sentenza sul matrimonio omosessuale¹⁷ - *per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico*». Non c'è alcuna istituzionalizzazione o predeterminazione delle formazioni sociali, dunque, perché esse si rivelano al momento stesso in cui i singoli convergono nella rivendicazione del riconoscimento di un diritto che è strettamente (e spesso contingentemente) connesso alla specifica situazione che li collega.

In un'altra decisione, relativa allo scioglimento del matrimonio a seguito della rettificazione anagrafica del transessuale¹⁸, la Corte calibra il suo ragionamento su «*quella categoria di situazioni "specifiche" e "particolari"*» delle coppie coinvolte. È questo il "fatto" in rapporto al quale la legge vigente risulta insufficiente, perché non compie un corretto bilanciamento degli interessi, troppo inflessibile nei confronti della coppia che "reclama" di essere, comunque, tutelata come «*forma di comunità... idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione*», violando così l'art. 2 Cost.

Sposarsi o vedersi riconoscere nei documenti ufficiali la propria identità sessuale non sono certo diritti "nuovi": sono piuttosto una coniugazione inedita di diritti già acquisiti con situazioni ancora non affrontate dal legislatore "imperiale", situazioni dietro alle quali emergono rivendicazioni sostenute da formazioni sociali che nella Costituzione cercano il riconoscimento della propria visione dell'assetto dei principi costituzionali¹⁹.

L'appello della Corte ad una attenta considerazione della *specificità della situazione* è indicativo. Quando si dice che i principi costituzionali sono «*fact-value*

¹⁷ Sent. 138/2010.

¹⁸ Sent. 170/2014.

¹⁹ Da qui la ricorrente domanda di accesso al giudizio davanti alla Corte da parte delle organizzazioni sociali: per es., in allegato alla sent. 170/2014, è pubblicata l'ordinanza che dichiara inammissibile l'intervento in giudizio della formazione sociale che sostiene le parti private.

complexes»²⁰, si indica con evidenza che ogni principio costituzionale si colora dei fatti che il nucleo sociale assume come rilevanti e che cercano una qualificazione agganciata nella Costituzione. Osserva Bartole che ai principi «*si fa ricorso molto di frequente in occasioni in cui l'interprete è chiamato ad un impegno particolare di adeguamento del diritto al fatto*»; «*ogni principio prende corpo e significato non nei termini di una sua astratta enunciazione, ma in rapporto a situazioni concrete di fatto, rispetto alle quali è in grado di dispiegare la sua giuridica creatività, aggiungendo ulteriori specificazioni ovvero derogando alla normativa di dettaglio già in vigore*»²¹.

«*Il valore si incorpora nel fatto*», come osserva Gustavo Zagrebelsky²²; il processo giusgenerativo parte proprio dai fatti. I fatti entrano nel diritto costituzionale su pressione di sezioni della società che pretendono che essi conferiscano «senso giuridico» ad un determinato principio costituzionale e ricevano dalla Costituzione un riconoscimento, una qualificazione giuridica in termini di diritto costituzionalmente tutelato. I principi costituzionali, come *fact-value complexes*, sono necessariamente collegati al «contesto di applicazione», prodotto da tante condizioni di vita specifica, dallo stato delle tecnologie, dagli standard accettati dalla comunità: legandosi al contesto²³, i principi perdono vaghezza e acquistano maggiore precisione normativa.

5. I diritti tra giudice e legislatore

La rivendicazione sociale di un diritto può praticare due strade differenti (ma non alternative): la via legislativa o quella giurisdizionale. La *domanda* di riconoscimento del diritto può talvolta apparire la stessa, ma profonda è la differenza che intercorre tra il tipo di *risposta* che proviene dal legislatore e quella che proviene dai giudici (che varia ulteriormente a seconda della giurisdizione).

I giudici devono rispondere nei limiti della domanda e questa deve essere posta nei modi fissati dalle norme processuali. Può sembrare un'osservazione banale, ma forse non lo è. Nel sistema italiano ci si può rivolgere al giudice esclusivamente per ottenere il riconoscimento di un diritto, l'estensione o un rafforzamento della sua tutela: il ricorso al giudice dà voce ad una pretesa di espansione del diritto individuale, altrimenti mancherebbe l'interesse ad agire. Il giudice è tenuto a fornire una risposta alla domanda anche in assenza di una norma

²⁰ L'espressione è di J. STONE, *From Principles to Principle*, in *Law Q. Rev.* 1981, 224 ss., 232.

²¹ Le due citazioni sono tratte dalla voce *Principi generali del diritto*, in *Encicl. Dir.*, XXXV, Milano 1986, 494 ss., ora in S. BARTOLE, *Scritti scelti*, Napoli 2013, 85 (i corsivi sono aggiunti).

²² *Il diritto mite*, cit., 160.

²³ Su questo aspetto ritornerò nel § 8.

espressa per il caso, non essendo ammesso il *non liquet*. Negli *hard cases*, che sono tali perché la legislazione vigente non fornisce un'espressa «norma del caso», spetta al giudice elaborarla, partendo dai principi costituzionali e sfruttando ogni fonte di argomentazione che possa essergli utile a sostenere la conclusione.

Come osservava già Hegel²⁴, nell'amministrazione della giustizia si realizza l'unità tra interno ed esterno, tra coscienza giuridica della società civile e l'astratta formulazione della legge. Il giudice, quindi, può apparire allo stesso tempo parte della dimensione della struttura "imperiale", di cui applica la legge, e parte della società civile e del suo «sentire collettivo»: è l'interprete tanto dell'una quanto dell'altra. In ciò il giudice concorre a dar voce alla funzione giusgenerativa della società e delle sue componenti, perché nell'interpretazione non c'è soltanto la contrapposizione di *testo* e *significato*, di *disposizione* e di *norma*, ma anche quella tra *potere* e *società civile*. La giurisdizione è il momento di sintesi tra queste due dimensioni. Proporre al giudice la domanda di riconoscimento di un diritto "nuovo" – prospettando la novità dei fatti che sfidano l'assetto consolidato dell'ordinamento – significa imboccare una strada potenzialmente favorevole all'istante tutte le volte in cui la pretesa abbia con sé un sufficiente consenso sociale, poiché è dalla società civile che il giudice trae – almeno in parte e con i limiti propri dell'interpretazione di un testo – il significato delle disposizioni di legge. La strada è più agevole quando a contrastare la domanda di riconoscimento vi siano soltanto interessi pubblici astratti, che sono sì imputabili alla stessa società civile, ma ad essa possono risalire soltanto attraverso complesse mediazioni istituzionali (si pensi all'interesse generale a contenere il debito pubblico). Si fa invece più difficile quando il diritto rivendicato si scontri con gli interessi di altri privati espressamente tutelati dalla legge – legge che fissa il punto di bilanciamento di tutti gli interessi in gioco.

Se il bilanciamento fissato dalla legge gli appare iniquo – ma il testo legislativo gli impedisce un'interpretazione adeguatrice – al giudice non resta che trasferire la *sua* interpretazione di quale sia l'assetto adeguato degli interessi in una questione di legittimità costituzionale, investendone la Corte costituzionale. Anch'essa è *giudice*, anch'essa partecipa al processo giusgenerativo, alla creazione di significati: ma certo la sua maggior distanza dalla società civile erige un filtro alle continue domande dei giudici di merito²⁵.

²⁴ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 229.

²⁵ Ancora più lontane sono le corti internazionali, come quella dell'Unione europea: benché anche ad essa i giudici possano portare le istanze di riconoscimento dei diritti, la Corte di giustizia è parte del sistema normativo di cui fa parte ed il suo «parlare dei diritti» si pone a difesa di quell'ordinamento contro le norme dei singoli Stati, piuttosto che a difesa della produzione giusgenetica della società civile. Quante volte la Corte di giustizia ha fatto valere i diritti fondamentali (vecchi o nuovi che siano) contro gli atti delle istituzioni europee, e non in riferimento alla legislazione degli Stati membri? Forse un discorso diverso può valere per la Corte EDU, anche per la possibilità che gli individui l'adiscano direttamente: ma anche in

I diritti possono essere rivendicati anche attivando il circuito della politica e, quindi, della legislazione. A prima vista questa potrebbe apparire la via maestra, ma le due vie non sono complanari. La differenza è evidente: mentre al giudice si pone una domanda individuale di riconoscimento del diritto, e si ottiene una risposta altrettanto individuale (che potrà imporsi come soluzione generale solo attraverso la forza del precedente giudiziario o persuadendo la Corte costituzionale a incidere sul tessuto legislativo rimuovendo gli ostacoli all'affermazione del diritto²⁶), al legislatore si chiede un riconoscimento in via «generale e astratta». Ma non c'è solo questo: il giudice, riconoscendo la fondatezza della pretesa dell'individuo, risponde nei termini della domanda, ossia in relazione al caso concreto. Il dispositivo della sua sentenza non potrà contenere una completa disciplina delle modalità e dei limiti di garanzia del diritto in questione, ma dirà soltanto se *in quelle determinate condizioni fattuali* il diritto è o meno riconosciuto e tutelato. Ogni affermazione del giudice – anche del giudice delle leggi, in fondo – è corredata dalla clausola implicita *rebus sic stantibus*. Per la legislazione è tutto diverso. Se il legislatore fa sua l'istanza sociale al riconoscimento di un diritto, produrrà una disciplina stabile dell'esercizio di quel diritto, in cui si specificheranno però anche le condizioni e i limiti a cui esso è sottoposto. Come sempre afferma la Corte costituzionale quando rigetta la questione di legittimità, spetta al legislatore fissare i termini del bilanciamento tra un diritto individuale e gli altri diritti o interessi generali.

Dunque, mentre il giudice riceve e accoglie (se accoglie) una richiesta di tutela espressa in termini assoluti, ma circoscritta dal perimetro tracciato dalla sequenza caso-domanda-interesse ad agire, al legislatore spetta di dare al diritto in questione un riconoscimento generale ma circostanziato, cioè di affermare contestualmente il diritto e i suoi limiti. Il giudice può amministrare la concorrenza degli interessi nei termini in cui essi siano fissati dalla legge o rappresentati nel giudizio, il legislatore invece deve prefigurarsi – anche stimolato dal dibattito parlamentare – tutti gli interessi che possono essere incisi dal riconoscimento legislativo di un determinato

questo caso mi pare evidente che non sia il comune sentire della società civile a riempire di significato le disposizioni della Convenzione, quanto la ricerca di una linea mediana tra i livelli di riconoscimento legislativo (e giurisprudenziale) di un determinato diritto nei diversi ordinamenti giuridici nazionali. Talvolta questo produce un ammodernamento forzato degli ordinamenti più arretrati, talaltra esalta una visione assolutistica di alcuni diritti, di solito di quelli più consolidati (il diritto di proprietà, per esempio). Sul punto rinvio a *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, intervento al Convegno *L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico* (Rovigo, 15-16 maggio 2014) in corso di stampa negli *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*.

²⁶ In entrambi i casi la giurigenesi avrebbe compiuto la sua opera: il basso livello di prescrittività dello *stare decisis* nel nostro sistema giuridico fa sì che non tanto l'*autorità*, ma la *persuasione* riesca ad imporre l'adozione di un determinato *modello interpretativo* da parte di una pluralità di giudici. Lo stesso può valere talvolta in relazione alle "svolte" giurisprudenziali della Corte costituzionale, anch'essa tenuta a non contrastare i modelli interpretativi che s'impongono nelle giurisdizioni ordinarie (la *dottrina del diritto vivente* esprime proprio questo canone).

diritto, e provvedere a regolarne il concorso. Questo può spiegare perché certe organizzazioni d'interessi (ambientaliste, dei consumatori, etico-religiose ecc.), che hanno in cura quelli che loro decantano come «valori non negoziabili»- e sono perciò poco propense alla trattativa e alla negoziazione politica - preferiscono la via giudiziaria a quella parlamentare, la sentenza piuttosto che la legge. Preferiscono *usare* il diritto davanti agli organi giudiziari, piuttosto che battersi per produrlo attraverso i metodi della democrazia rappresentativa: «*essi sembrano avere più fiducia in un apparato giudiziario non elettivo piuttosto che nel Parlamento*»²⁷. È l'affermazione incondizionata di un diritto o di un interesse quello cui mirano, non il confronto con gli altri interessi, inevitabile in un'arena politica.

Tuttavia i limiti che il legislatore pone ai diritti non possono essere arbitrari. Spetta alla Corte costituzionale verificarne la ragionevolezza: ma la Corte risponde a istanze che gli individui propongono al giudice ordinario chiedendogli di promuovere il giudizio di legittimità. La giurisprudenza costituzionale è piena di censure rivolte a bilanciamenti di interessi che il legislatore ha tracciato – talvolta maldestramente, talvolta in modo troppo rigido, talvolta senza considerare altri interessi che pure risultano coinvolti. Per ognuna di queste censure c'è, in origine, un giudice che ha accolto la contestazione mossa da un individuo, il quale ha sostenuto l'irragionevole compressione del suo diritto nella particolare circostanza descritta dal “suo” caso.

La continuità dell'antagonismo dialettico tra la percezione sociale del significato di 'giustizia' nella situazione particolare e la regolazione stabilita in generale dal potere legislativo è così assicurata. Il giudice è sollecitato a spingere verso l'allargamento della tutela del diritto individuale (non sempre, ma nella maggioranza dei casi), la legge ne segna invece il limite, il punto in cui la tutela cede alla garanzia di altri interessi. Le formazioni sociali che si coagulano nella rivendicazione di un “nuovo” diritto bussano alla porta dei giudici per chiedere un riconoscimento sia pure delimitato dalle particolarità del caso concreto, della “specificità” e “particolarità” della situazione. Più sono capaci di delimitare il caso e a abbassare il carattere ideologico della loro richiesta di riconoscimento, meno corrono il rischio di far irrigidire il giudice, il quale giustamente può temere di sconfinare dall'ambito della giurisdizione²⁸. In alternativa, le formazioni sociali possono innescare una battaglia politica per il riconoscimento per legge delle loro

²⁷ F. FUREDI, *Consuming Democracy: Activism, Elitism and Political Apathy*, in *The European Science and Environment Forum online*, 15 November (la tr. è mia).

²⁸ Si possono ricordare *self-restraint* storici, come quello della Cassazione del 1906 di fronte alla rivendicazione del diritto elettorale da parte delle donne («riforme di questa natura nella sfera del pubblico diritto non possono senza una lunga e studiata preparazione e senza una matura ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato») o quella, molto più recente, ma non distante come impostazione, della Corte costituzionale in materia di matrimonio omosessuale (sent. 138/2010).

pretese, ma essa mobilerà tutti gli interessi antagonisti, che spingeranno per una delimitazione (se non per il disconoscimento) del diritto invocato.

Quando la risposta legislativa finalmente arriverà e le visioni concorrenti e confliggenti dei principi costituzionali avranno ricevuto una selezione "imperiale" imposta dall'autorità politica, la questione non sarà affatto chiusa. Frutto di una mediazione politica tra istanze contrastanti, *tutte* però sostenute con un preciso appello alla Costituzione, la legge riconoscerà margini limitati e condizionati al diritto rivendicato, innescando una nuova battaglia sociale e legale per oltrepassarli. In origine si trattava di rimuovere gli ostacoli che gli apparati pubblici o gli interessi privati opponevano di fatto all'esercizio in concreto del diritto; ora invece l'obiettivo diventa la rimozione dei limiti posti dalla nuova legge all'esercizio del diritto, dei quali si contesta la razionalità, la ragionevolezza o la proporzionalità. Come in precedenza, tribunali amministrativi e giudici ordinari non basteranno a soddisfare la domanda degli individui. Spesso possono agire in via d'interpretazione, adeguando il significato delle disposizioni legislative alla coscienza sociale; altre volte a loro è richiesto essenzialmente di essere il tramite per il giudizio della Corte costituzionale, alla quale devono indicare in quale direzione la disciplina normativa andrebbe modificata. Di nuovo si manifesterà il ruolo dei giudici quale tramite tra la giurigenesi sociale e la produzione normativa dell'autorità legislativa.

6. La forza generativa dei principi costituzionali

Quale sia la via prescelta per la rivendicazione di un diritto, è l'appello ai principi costituzionali che conferisce forza alla pretesa. La Costituzione è invocata come parametro di giudizio davanti ai giudici, come fonte di legittimazione che si ha l'obbligo di rispettare e attuare davanti agli organi politici. Nell'uno e nell'altro caso i principi costituzionali non sono richiamati nella loro astrattezza per essere applicati direttamente a un rapporto sociale; essi fungono piuttosto come schema giustificativo di una nuova norma di cui si propone l'introduzione. Sotto questo profilo poco importa che la rivendicazione sia proposta ad un giudice o promossa in sede politica: l'obiettivo è pur sempre l'introduzione di una regola nuova, una regola che concretizza il principio in una fattispecie normativa. In un caso sarà una regola di diritto elaborata in via interpretativa (direttamente dal giudice o attraverso l'intervento della Corte costituzionale) come premessa maggiore del sillogismo giudiziario; nell'altro caso sarà invece una regola legislativa attraverso la quale il legislatore tratterà il bilanciamento tra il principio invocato e gli altri principi concorrenti. Ma quello che maggiormente rileva è che in entrambi i casi questa regola sarà costruita attorno ad una fattispecie innovativa – innovativa perché stimolata da "fatti" nuovi per cui una specifica sezione della società ha reclamato la tutela costituzionale.

La «forza generativa dei principi costituzionali» – per usare la terminologia di Silvestri²⁹ - consiste proprio nella loro capacità di concretizzarsi in regole giuridiche sempre nuove, in costante adeguamento al mutamento sociale o tecnologico. Ce lo ha spiegato molto bene la stessa Corte costituzionale nella storica giurisprudenza sull'anacronismo legislativo³⁰. L'evoluzione dei costumi e delle conoscenze scientifiche hanno portato la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme non più adeguate, spesso con dei *revirement* espliciti, alcuni dei quali sono rimasti giustamente celebri³¹. I "fatti" catalizzano i principi, li fanno scendere dal piano dell'enunciazione incondizionata di un *favor* a quello di fattispecie regolativa del bilanciamento tra interessi diversi: innumerevoli fattispecie quanti sono i "fatti", per ognuno dei quali va fissato il punto di equilibrio tra interessi concorrenti.

La «forza generativa» dei principi costituisce la misura dell'effettività della Costituzione. Ogni sentenza di un giudice, non solo della Corte costituzionale, ogni atto del potere legislativo può, che lo dica espressamente o meno, costituire un momento in cui uno o più principi costituzionali si concretizzano in una regola, per lo più cercando un bilanciamento tra essi, entrando in contatto con un "fatto" sino allora non compiutamente regolato. Così i principi "esplodono" in una nebulosa di regole ed esse offrono una risposta alle domande - sempre nuove - che sezioni della società – sempre diverse – propongono in sede politica o in quella giudiziaria. Domande e risposte parlano il linguaggio dei principi costituzionali.

Benché la lacerazione del tessuto sociale possa far emergere la conflittualità tra visioni e valori diversi, sinché sarà nella Costituzione che si radica il principio di ogni domanda e di ogni risposta, essa mostrerà la sua vitalità e una effettività indiscutibile³². Anche se è affermazione comune che la carta costituzionale è stata il

²⁹ Vedi la precedente nota 15.

³⁰ In tema cfr. A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità*, in *Encicl. Giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 23 ss.; M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*.

³¹ Celebre è la svolta giurisprudenziale in tema di adulterio femminile, tra le sent. 64/1961 e la sent. 126/1968. Ma non meno netto è il *revirement* pronunciato dalla sent. 133/1970 in materia di obbligo di alimenti, dalla sent. 153/1979 in tema di successione del binubo, dalla sent. 6/1980 sulla pensione di reversibilità, dalla sent. 134/1985 sul disconoscimento di paternità, o dalla sent. 179/1988 sul sistema tabellare per le malattie professionali.

³² La prospettiva qui delineate è assai diversa da quella stigmatizzata da M. DOGLIANI, *La sovversione dell'immaginario costituzionale ovvero: come è cambiata la percezione del "fatto" nel diritto costituzionale*, in *Lo Stato* 4/2015, 51 ss. (che fa parte anche di questa raccolta di *Atti*), seconda la quale la società sarebbe presa in considerazione «come un mondo (relativamente) capace di autoregolazione», che chiede al diritto un «accompagnamento lieve, volto ad un consolidamento – non particolarmente selettivo – delle regole spontanee: regole che compongano un diritto la cui effettività si acqueta in una funzione complessivamente tranquillizzante, più che pacificante» (61). Non credo affatto nella produzione «spontanea» di regole, né a una loro composizione accomodante. La produzione «spontanea» di rivendicazioni (e di «sensi del diritto») è fortemente conflittuale in una società fortemente frammentata, come ho sottolineato più volte nel testo: è il conflitto, non la «mano invisibile» pacificatrice, ad animare la

frutto di un compromesso, questo non ha generato – come pure per molti anni si è detto e ripetuto – alcun consenso in merito alle priorità tra valori, ideologie e principi³³: la società era divisa allora come lo è oggi, ma allora come oggi vige, nei fatti anzitutto, un accordo a cercare la soluzione dei conflitti nel perimetro della Costituzione pluralista e nelle procedure da essa fissate.

Probabilmente è vero che la propensione della Corte costituzionale e dei giudici ordinari a ragionare sempre più di ragionevolezza e di bilanciamento sia venuta via via allentando i nessi che originariamente legavano la «costituzione formale» al suo sostrato materiale, al «patto costituzionale» da cui un processo di decontestualizzazione ha ormai affrancato l'interpretazione del testo³⁴: quello che conta è che così si è spostata la fonte di legittimazione e la garanzia di effettività della Costituzione dalla «decisione» storica alla sua capacità di fornire risposte quotidiane al disordinato sviluppo sociale. Non è dai sommi principi e dai fatti storici che la Costituzione trae la sua linfa, ma dai "fatti" che la società di continuo confronta con i suoi principi.

In questo senso ha ragione Barbera quando invita ad allargare i confini della «base materiale» della Costituzione, andando oltre le forze politiche che le hanno dato vita o la sostengono³⁵. Infatti vengono in rilievo anche altre «forze sociali e culturali» che vanno a costituire la «base legittimante» dell'ordinamento costituzionale. Ma forse l'idea che ciò riguardi solo le forze sociali "dominanti" – sia di maggioranza che di opposizione - e che esse rappresentino quella base materiale dell'ordinamento costituzionale che concorrono a formare, sia privilegiando certe interpretazioni del testo piuttosto che altre, sia producendo direttamente «norme materialmente costituzionali», è ancora troppo legata all'immagine del «patto costituente», ripopolata dagli incerti profili delle «forze egemoni», e opera una semplificazione irenica della complessità della produzione sociale del diritto. E pone il non trascurabile problema del modo in cui tali forze, i loro accordi, le loro prassi, concorrano a produrre diritto.

Di questo aspetto occorre ora trattare.

scena e a rendere necessario l'intervento «imperiale» delle istituzioni. Che poi queste abbiano perso il «programma» comune (quello segnato dalla fase post-costituente, se mai realmente esistito) è tutt'altro affare.

³³ Come giustamente osserva G. BOGNETTI, *Che cos'è la Costituzione. A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in *Quad. cost.* 2008, 5 ss.

³⁴ In questi termini cfr. G. BARCELLONA, *Metamorfosi della sovranità e strategia dei diritti*, Troina (EN) 2010, 83 ss.

³⁵ A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e testi costituzionali*, in *Quad. cost.* 2010, 326.

Sezione II - I fatti, le norme e la responsabilità dell'interprete³⁶

7. Seguendo Kelsen

«Come non è possibile, determinando la validità, fare astrazione dalla realtà, così non è possibile identificare la validità con la realtà. Se in luogo del concetto di realtà, intesa come efficacia dell'ordinamento giuridico, si pone il concetto di potere (Macht), allora il problema del rapporto fra validità e efficacia viene a coincidere con quello, molto più corrente, di diritto e potere... il diritto non può esistere senza forza, però non si identifica con la forza».

Queste parole di Kelsen³⁷ mi sembrano a tutt'oggi segnare le coordinate necessarie e insuperate per la comprensione del problema dei rapporti tra il mondo delle disposizioni costituzionali scritte e quello dei fatti, prassi, consuetudini, convenzioni e di tutte le altre forme di (supposta) «normatività del fattuale». Intendono inquadrare il problema del rapporto tra diritto e realtà sul piano teorico-generale del nesso tra validità ed effettività. Riportate alla dimensione del ruolo dei "fatti" nel diritto costituzionale, le parole di Kelsen potrebbero esse così riformulate: il diritto costituzionale non può fare astrazione dalla realtà, ma neppure confondersi con essa.

Assumendo questa impostazione, è necessario premettere due precisazioni: (a) che cosa s'intende per 'diritto' (e 'diritto costituzionale' segnatamente) e (b) che cosa significa 'fare astrazione dalla realtà'. Nel contesto del tema che mi propongo di affrontare, queste due precisazioni sono condizione imprescindibile per evitare i tanti equivoci che vi si annidano, dato che «nella teoria relativa alla giuridicità delle norme consuetudinarie si ritrova la varietà delle teorie intorno alla nozione di diritto»³⁸.

Senza affrontare un tema che è evidentemente troppo esteso e complesso, assumo una definizione consapevolmente restrittiva di 'diritto'. Prendo le mosse dalla proposta di Kantorowitz³⁹: diritto è «*un insieme di norme sociali prescriventi una condotta esterna e considerata applicabile dal giudice*». Non pretendo di dare valore assoluto a questa definizione (il diritto è palesemente anche altro, specie perché molti e diversi sono i contesti in cui la parola è impiegata), ma mi sembra che grazie ad essa si possa fare qualche passo avanti nel tema prescelto senza trainarsi il

³⁶ Una prima versione di questa sezione (§§ 7-10) è in corso di stampa, con lo stesso titolo, negli *Scritti in onore di Gustavo Zagrebelsky*.

³⁷ *Reine Rechtslehre*, tr. it. di M. Losano, Milano 1966, 243.

³⁸ N. BOBBIO, *Consuetudine (teoria generale)*, in *Encic. Dir.* IX, Milano 1961, 429.

³⁹ *The Definition of Law*, tr. it. di E. di Robilant, Torino 1962, 143.

carico di troppa confusione⁴⁰. Più esattamente, ai limitati fini di questa relazione, 'diritto' sarà inteso come l'insieme delle norme in cui il giudice riconosce il fondamento sufficiente e esclusivo della sua decisione.

Una definizione così restrittiva serve a uno scopo preciso, evitare di confondere quella che si invoca come base legale della decisione con altri elementi che concorrono invece o a interpretare le disposizioni richiamate o a inquadrare il "caso" in decisione. Questa mi sembra una distinzione fondamentale: Bobbio l'ha riproposta nei termini della contrapposizione tra *fonti di produzione* e *fonti di cognizione*, laddove queste ultime sono intese come «quel complesso di materiali» da cui «tanto il legislatore quanto il giudice possano trarre materiali idonei alla produzione di norme giuridiche»⁴¹. Per norma giuridica – e quindi per «fonte di produzione» – s'intende invece uno schema di qualificazione dei comportamenti tale per cui «l'atto contrario sia da considerarsi illecito e quindi assoggettabile ad una sanzione giuridica»⁴².

La confusione tra i due piani è fonte di molti equivoci, costituendo un caso tipico di violazione della «grande divisione» tra *essere* e *dover essere*. Essa però è alimentata da un interrogativo inevitabile, che sposta lo sguardo all'altro punto che mi proponevo di chiarire: che cosa significhi 'fare astrazione dalla realtà' e perché questa sia una pratica sconsigliata. Lo spiega bene Ruggeri⁴³ (anche se poi la confusione tra i piani del discorso lo induce a conseguenze – come vedremo - non accettabili): vi sono «regolarità della politica ormai stabilizzatesi... tradottesesi in convenzioni sistematicamente osservate, siano o no poi commutate in vere e proprie consuetudini, tali da obbligare gli interpreti degli enunciati della Carta a tenerle nella giusta considerazione». Lasciamo da parte per il momento la questione

⁴⁰ La confusione è indubbiamente soggettiva. Confesso infatti di non riuscire a capire con esattezza, per es., che valore dia Elia (nella celebra voce *Governo (forme di)*, Milano 1970, 639, nota 20) alle «regole convenzionali», le quali non hanno valore meramente descrittivo, essendo appunto regole, ma non possono neppure funzionare come criterio di giudizio davanti alla Corte costituzionale. Sono «oneri politici» che però non condizionano la validità degli atti, come invece accadrebbe per le «consuetudini che fanno capo ai principi della Costituzione». Dal punto di vista della definizione di diritto assunta nel testo, queste per me sarebbero delle «regolarità», non certo delle «regole giuridiche». Non mi è del tutto chiaro neppure il brillante tentativo di M. Dogliani (*La codificazione costituzionale cit.*), il quale ammette le consuetudini integrative come fonti che non si collocano sul piano gerarchico della Costituzione (con cui non possono contrastare) ma insistono «in materia» costituzionale e valgono se sono riconosciute da un interprete qualificato (tipicamente la Corte costituzionale). Ma a che pro? Quello che Dogliani non dice è se l'interprete qualificato le usa come strumenti d'interpretazione oppure per invalidare atti (non costituzionali) o comportamenti. Nel primo caso esse non rientrerebbero nella definizione di consuetudine che propongo qui di assumere.

⁴¹ N. BOBBIO, *Consuetudine cit.*, 427.

⁴² N. BOBBIO, *Consuetudine cit.*, 431.

⁴³ *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli 2012, 33.

delle consuetudini – che per definizione apparterebbero alle *fonti di produzione* – e concentriamo invece l'attenzione sulle *regolarità*. Dice Ruggeri che gli interpreti devono tenerle «nella giusta considerazione» (ecco un primo senso del «non fare astrazione»): ma l'espressione è ambigua, non ci dice ancora nulla di quale sia l'atteggiamento consigliato o, per dirla con Elia⁴⁴, quale sia «il *quantum* e il *quid*» che dagli elementi conoscitivi trapassa negli elementi prescrittivi.

Quello che mi pare fuori discussione è che l'interprete – e quindi in primo luogo il giudice – non deve ignorare come operano concretamente le istituzioni politiche e, più in generale, deve essere consapevole del modo con cui vengono interpretate e applicate le leggi (il c.d. *diritto vivente*). È tutto qui? Non sembra, perché nulla ancora si è detto su come separare le *regolarità* dalla *consuetudine*, il mondo dei fatti (e delle fonti di cognizione) da quello delle norme (e delle fonti di produzione). Occorre quindi approfondire l'indagine.

8. Dentro l'entropia

Nella nostra cultura giuridica, molto più che nei paesi di *common law*, il giudice è vincolato alle disposizioni poste dal legislatore. Non è una *consuetudine culturale*, come la chiamerebbe Ruggeri, ma una precisa norma costituzionale, uno dei perni del sistema: è l'art. 101.2 a dirci che «giudici sono soggetti soltanto alla legge». Ragione per cui nessuna decisione giudiziaria appare ben formata se non individua la sua base giuridica in una disposizione precisa⁴⁵. Ovviamente spetta all'interpretazione colmare il divario che separa la disposizione dal caso in esame, spiegare cioè quale norma sia da essa ricavabile e ad esso applicabile. È un percorso che può essere anche molto lungo, tanto quanto può separare la genericità della disposizione dalla specificità del caso. È noto che tale distanza è molto grande per la gran parte delle disposizioni costituzionali, ma non lo è di meno per diverse disposizioni, a dirne una, del codice civile: formule come la «buona fede», la «diligenza del buon padre di famiglia» o il «danno ingiusto» pongono notoriamente problemi definitivi assai complessi; da ciò la fioritura di una vasta letteratura, specie di lingua tedesca, sulle clausole generali, i concetti indeterminati, gli standard valutativi ecc.⁴⁶, per non dire di tutto quello che si è scritto in tutte le lingue del mondo attorno al processo di interpretazione e applicazione dei principi.

⁴⁴ Nella citata voce *Governo (forme di)*, 634.

⁴⁵ Come giustamente osserva Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano 2002, 76, salvo poi superare questa premessa ritenendola un'«angusta prospettiva formalistica» (85).

⁴⁶ Si veda ora F. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013.

Questo lungo percorso, che congiunge la *disposizione* - a cui si àncora la decisione del giudice - alla *norma* modellata per essere applicata al caso che egli ha di fronte, noi lo chiamiamo 'interpretazione'. È un processo "entropico"⁴⁷, nel senso che in esso confluisce una quantità imprecisabile di informazioni che si legano e fondono in un risultato che cancella la traccia originaria di esse. Come in ogni attività intellettuale, i fattori che la determinano sono innumerevoli e neppure tutti coscientemente assunti da chi la svolge. La motivazione della decisione non ne può ricostruire l'intero processo produttivo, ma si limita a dare conto degli elementi essenziali, a partire in primo luogo dalla disposizione che si è scelta come punto d'ancoraggio del processo e dai criteri che hanno presieduto a questa scelta. Che la motivazione ne dia o meno conto, i "fatti" entrano in questo percorso e vi incidono in misura spesso relevantissima. Le stesse disposizioni scritte invitano a prendere cognizione dei fatti: le intese restrittive della libertà di concorrenza o l'abuso di una posizione dominante all'interno del mercato⁴⁸, richiedono all'interprete un'attenta considerazione della situazione di fatto, non meno che la valutazione della sopravvenuta onerosità della prestazione contrattuale o la determinazione di quali siano gli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini», consentono al legislatore di derogare al canone dell'eguaglianza formale. Sono solo degli esempi particolarmente eloquenti, perché in ogni operazione di interpretazione i "fatti" che formano il contesto del caso in esame devono essere «presi in considerazione» e incorporati nel processo intellettuale in atto. Che siano i dati economici che fanno apprezzare l'equilibrio sinallagmatico del contratto, gli elementi di criminologia che ci consentono di apprezzare la pericolosità sociale, le conoscenze mediche o terapeutiche necessarie a valutare la responsabilità dei sanitari, o le somiglianze e le diversità delle situazioni poste a confronto nell'ambito di un giudizio di eguaglianza, i "fatti" occupano e rendono molto fitta l'intercapedine che si pone tra la disposizione da applicare e il caso da decidere, rendendo assai arduo il compito di separare gli elementi "fattuali" del caso dalla configurazione circostanziata della norma da applicare. Da qui l'impressione che il "fattuale" sia normativo. Il "mercato" è il luogo tipico in cui questa trasformazione si manifesta⁴⁹, «è il mercato che impone le sue leggi»⁵⁰, per cui appare normale che le regole si ricavino «dall'oggetto da regolare»⁵¹.

⁴⁷ Sulla natura entropica dell'interpretazione sono spesso ritornato negli ultimi anni: l'elaborazione più estesa si può trovare in *A discrezione del giudice cit.*, 61 ss.

⁴⁸ Cui sono dedicati, rispettivamente, gli artt. 2 e 3 della legge 287/1990.

⁴⁹ Come già Bobbio aveva percepito con chiarezza, «la sfera del libero scambio economico è quella tradizionalmente più feconda per la formazione di regole consuetudinarie» (*Consuetudine cit.* 441).

⁵⁰ F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna 2002, 7.

⁵¹ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2003, 98.

Ci sono tipi di giudizio in cui la rilevanza delle circostanze fattuali è particolarmente avvertibile. Tale è per esempio il giudizio di ragionevolezza, di proporzionalità e di bilanciamento degli interessi. Essi si snodano attraverso "tappe" diverse: la valutazione della *congruità* della norma rispetto al suo fine, alla *ratio legis*; la valutazione del *costo* della misura legislativa in termini di compressione effettiva degli altri interessi in gioco; la valutazione della strumentazione sufficiente dell'interesse che risulta sacrificato. Nessuna di esse può svolgersi "in astratto", prescindendo cioè dall'accertamento delle circostanze di fatto. Ancora più evidente è la rilevanza di queste nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato. In essi, infatti, ci troviamo di fronte a due fattori molto incisivi: da un lato, l'estrema rarefazione delle norme direttamente fissate dalla Costituzione in tema di forma di governo, che infatti è la causa dell'insistente invito ad aprire la porta alla «normatività del fattuale» con tutte le sembianze di cui si rivestirebbe (consuetudini, convenzioni, prassi ecc.); dall'altro l'esigenza che il giudice dei conflitti, la Corte costituzionale, assicuri non solo la divisione dei poteri e le attribuzioni assegnate ad ognuno di essi, ma anche un sostanziale equilibrio tra i poteri stesso. Bilanciamento, equilibrio, ragionevolezza, proporzionalità sono tutte valutazioni in cui gli elementi di concretezza del giudizio⁵² non consentono di prescindere dalla situazione di fatto in cui si muovono gli organi politici, i portatori di interessi, il mercato ecc.

È evidente che le prassi, i precedenti, le implicite o esplicite convenzioni⁵³ sull'applicazione concreta della Costituzione contano in questi giudizi⁵⁴. I soggetti operano nell'aspettativa che certi modelli comportamentali stabilizzatisi nel tempo continuino a operare anche in futuro, nonostante l'incessante mutare dell'assetto politico-istituzionale, e a questa aspettativa adeguano il proprio comportamento. Vale qui quella «aspettativa di reciprocità» che costituisce per alcuni⁵⁵ l'origine

⁵² Cfr. su questo aspetto M. CAVINO, *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *Digesto disc. pubbl.*, IV Aggiornamento, 57.

⁵³ La letteratura italiana sulle convenzioni è ormai imponente: rinvio per un esame attento a G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino 2003, 9-23.

⁵⁴ Questo aspetto è ben colto da A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 155 ss., il quale osserva che «la Corte, nel giudizio per conflitto, «consolida» le risultanze normative vigenti, individua la competenza per come essa è concretamente istituzionalizzata, etichetta il «precipitato» di questo processo di consolidamento "come" norme costituzionali e conseguentemente decide il conflitto tra poteri» (168).

⁵⁵ Cfr. in particolare G. LAZZARO, *Reciprocità e consuetudine*, in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a N. Bobbio*, a cura di U. Scarpelli, Milano 1983, 231 ss. L'argomento è ripreso in G. ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto costituzionale. I-II sistema delle fonti del diritto*, Torino 1990, 263 (e già prima nella voce *Convenzioni costituzionali*, in *Enc. giur.* X). La reciprocità è poi spesso richiamata a fondamento dell'obbligatorietà delle convenzioni: cfr. G. DEMURO, *op. cit.*, 15 ss., che risolve la questione della vincolatività delle regole non scritte in quanto sono percepite come tali da

stessa della consuetudine. Ma questo significa che le consuetudini costituzionali esistono davvero?

9. «...tra le larghe vesti del diritto "consuetudinario"»⁵⁶

Non credo valga la pena di ripercorrere il consueto cammino⁵⁷ volto a reperire le supposte consuetudini costituzionali, per poi classificarle secondo siano *paeter* o *secundum constitutionem*, vere e proprie consuetudini o mere consuetudini "interpretative"⁵⁸. Non credo sia un'operazione utile, perché non porterebbe ad alcun risultato. Nessuna decisione della Corte costituzionale fissa in una consuetudine la sua esclusiva *ratio decidendi*: nei pochi e ben noti richiami che la giurisprudenza costituzionale dedica alle consuetudini, le tratta come un puro completamento di un'argomentazione basata sui principi costituzionali⁵⁹. Lo aveva previsto già G. Zagrebelsky, nella monografia dedicata alla consuetudine⁶⁰: «le norme consuetudinarie possono venir in rilievo davanti alla Corte costituzionale sotto forma di principi generali», principi che se riportati alla fonte costituzionale possono poi tradursi in limite per il legislatore ordinario. È proprio così: prassi e comportamenti consolidati possono essere assunti come "concretizzazioni" di un determinato principio, come tali non indifferenti al tessuto prescrittivo: non perché assumano lo *status* di fonte consuetudinaria, ma perché si pongono come un'interpretazione-applicazione del principio costituzionale («a practice-based

coloro che si trovano ad agire in un contesto di cooperazione, e si pongono perciò come «regolarità di comportamento sostenute da un interesse al coordinamento delle azioni e da una aspettativa di un contesto cooperativo» (48 s.).

⁵⁶ La citazione è tratta da O. von BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, tr. it. di A. Sandri e F. Cortese, Seregno 2012, 41.

⁵⁷ Per il quale cfr. già G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 2002, 117-133, e Q. CAMERLENGO, *op. cit.*, 88-98. Si potrebbero aggiungere alcune sentenze dei giudici comuni che avvalorano l'esistenza di qualche «consuetudine costituzionale», citate da C. VOLPE, *Fuori ruolo, elettorato attivo e Corte costituzionale: il Consiglio di Stato individua una consuetudine «di rilievo costituzionale»*, in *Foro amm. C.d.S.* 2004, 414 ss. Quanto alla dottrina, una quadro ricostruttivo delle consuetudini costituzionali che vi emergono si trova in M. PIAZZA, *Consuetudine e diritto costituzionale scritto. Dalla teoria generale all'ordinamento italiano*, Roma 2009, 223 ss.

⁵⁸ Si può trattare la consuetudine come «un comune strumento ermeneutico... però, se è tale, non è consuetudine»: G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano 1950, 127.

⁵⁹ Rinvio a *L'ultima fortezza*, Milano 1996, 44 ss.

⁶⁰ *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino 1970, 187-190 (la citazione è a pag. 187). Curioso notare che un argomento simile si trova già in S. TRENTIN, *Corso di Istituzioni di Diritto pubblico - Appunti delle lezioni A.A. 1923-1926*, Padova 1926, 293 s.

"gloss"»⁶¹); in quanto tale, benché non sia obbligatorio rispettarla e preservarla, non può neppure essere ignorata se ciò rischia di "sbilanciare" il sistema.

Ma allora perché non riconoscere ad esse la natura di consuetudine, come vorrebbe la «consuetudine culturale» richiamata da Ruggeri⁶²? Perché la consuetudine è una fonte del diritto e pertanto la sua violazione comporterebbe l'invalidità dell'atto conseguente. Se, per esempio, le consultazioni del Presidente della Repubblica venissero elevate a consuetudine, come in effetti larga e autorevole dottrina ritiene, si dovrebbe dedurre che una legge ordinaria che escludesse le consultazioni dall'*iter* formativo del Governo sarebbe illegittima⁶³. Dar retta a questa opinione ha spinto il Presidente della Repubblica a svolgere un simulacro di consultazione (con la ritualità conseguente del conferimento dell'incarico, della sua accettazione con riserva ecc.) anche quando tutto era già chiaro e deciso: e ciò nonostante molti sono i governi repubblicani formati «lontani dal figurino classico»⁶⁴ e non mancano "infrazioni" alla tradizionale procedura dell'accettazione «con riserva» dell'incarico al Presidente del Consiglio⁶⁵.

Buona parte delle «consuetudini costituzionali» accreditate dalla dottrina in passato oggi non esistono più, si sono davvero mostrate come «barchette di carta pronte a essere affondate e, se del caso, criminalizzate e ridicolizzate»⁶⁶. Le c.d. *consuetudini facoltizzanti* sfidano, sotto il profilo della teoria scientifica, il principio di falsificabilità di Popper: se, per esempio, il Governo per un certo periodo non nominasse i viceministri, che ne sarebbe della consuetudine?⁶⁷ Alcune delle c.d.

⁶¹ L'espressione è del giudice Frankfurter in un'opinione concorrente: cfr. C.A. BRADLEY, T.W. MORRISON, *Historical Gloss and the Separation of Powers*, in 126 *Harv. L. Rev.* 2012, 413.

⁶² *Op. cit.*, 19: «c'è una consuetudine culturale, sia dottrinale che giurisprudenziale, di riconoscere le consuetudini come fonti a se stanti e non semplicemente come sussidio dell'interpretazione».

⁶³ In questi termini si esprime ad esempio L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998³, 242: però ritiene che questa illegittimità deriverebbe dalla violazione dell'art. 94 Cost., nella parte in cui prescrive il rapporto di fiducia, lasciando non chiaro il rapporto che intercorre tra la disposizione costituzionale e la supposta consuetudine. In effetti l'ex Presidente Cossiga avanzò dubbi sulla legittimità della legge elettorale che forzava la mano al Presidente della Repubblica affidando al voto l'indicazione del candidato alla guida del Governo: cfr. D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, Milano 2012, 123.

⁶⁴ C. FUSARO, *Il Governo Monti*, in *Quad. cost.* 2012, 392, che ricorda il Governo Pella nominato da Einaudi senza consultazioni.

⁶⁵ Come nel caso del conferimento dell'incarico a Berlusconi nel 2008, che non fu neppure preceduto dalle rituali consultazioni: cfr. D. GALLIANI, *op. cit.*, 120-123.

⁶⁶ A. DI GIOVINE, *Dieci anni di presidenza della Repubblica*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna 1997, 29.

⁶⁷ Osservava Kelsen (*Teoria generale delle norme*, tr. it. di M.G. Losano, Torino 1985) che «il permettere in modo negativo un certo comportamento ... non è oggetto di una norma giuridica perché non è comandato né vietato da una norma giuridica» (204). «'Permettere' in questo senso negativo non è

consuetudini *praeter* o *secundum constitutionem* sono state smentite dai fatti (la rielezione di Napolitano, per es.) o dalle sentenze della Corte costituzionale⁶⁸ (la reiterazione dei decreti-legge o la contitolarità del potere di grazia⁶⁹, per es.), oppure sono riassorbite in disposizioni scritte (il parere preventivo delle commissioni parlamentari sui testi dei decreti legislativi, per es.).

Allora a che serve parlare ancora di consuetudini costituzionali? Resto fermamente convinto⁷⁰ che si tratti di un artificio retorico con cui l'interprete cerca di "oggettivizzare" il frutto del proprio lavoro. Se l'interpretazione che sto proponendo la posso presentare non come un prodotto della mia attività intellettuale, che tiene in giusta considerazione i "fatti", ma come il derivato di una *fonte-fatto* di cui ho accertato l'esistenza, l'operazione si consolida e perde le caratteristiche di soggettività che ogni interpretazione inevitabilmente porta con sé: è la «prescrittività del fattuale», non le mie argomentazioni, la fonte della norma che sto avvalorando. Ciò spiega – lo rilevava già von Bülow⁷¹ alla fine del XIX secolo - perché «la creazione giurisprudenziale del diritto sia rimasta tanto a lungo nascosta e celata sotto l'ingannevole involucro del diritto consuetudinario».

La pretesa oggettività dei «fatti normativi» e del loro accertamento toglie all'interprete la responsabilità della creazione della norma di cui propone l'applicazione e lo sottrae all'onere di una giustificazione adeguata: in fondo, se sono «fatti che portano in se stessi la ragione della loro giuridicità»⁷², non richiedono all'interprete di giustificare la loro prescrittività, essendo sufficiente accertarne l'esistenza. Di per sé, però, tecniche e ideologie volte a «dissimulare la libertà del

quindi minimamente la funzione di una norma... Esiste soltanto un essere permesso quale proprietà di un comportamento che non costituisce oggetto di nessuna norma... il fatto che un comportamento sia permesso è dato soltanto quando non è in vigore nessuna norma che prescriva questo comportamento o la sua omissione» (158).

⁶⁸ Come osservava Bobbio (*Consuetudine cit.*, 433 s.), ragionando sulle tesi di Austin, Ross, Lambert, se si deve ritenere che sia consuetudine quella applicata dai giudici, allora la trasformazione del diritto consuetudinario in diritto giudiziario comporta la scomparsa di un diritto consuetudinario propriamente detto.

⁶⁹ La sent. 200/2006, su cui poi si ritornerà, riportando al Presidente della Repubblica la titolarità del potere di grazia, avrebbe infatti infranto non una semplice prassi, ma una vera e propria consuetudine costituzionale secondo L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo*, in *associazione de i costituzionalisti.it*. La tesi che si fosse formata una consuetudine è opinione peraltro condivisa in dottrina e persino in giurisprudenza, come ricorda (criticamente) M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giur.* 2007, 194 (nota 27).

⁷⁰ È un'opinione che ho già sostenuto in *L'ultima fortezza*, cit., 55 ss.

⁷¹ *Op. cit.*, 41.

⁷² Così nel suo precedente studio N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* (1942), riedito con Prefazione di P. Grossi, Torino 2010, 36.

giudice e la sua attività creativa di diritto»⁷³ sarebbero comprensibili e, nella pratica comune, persino scusabili; comunque non meriterebbero di essere contestate con tanta puntigliosità sul piano metodologico. Il problema è che esse producono effetti alquanto negativi sulla capacità della Costituzione di regolare la realtà istituzionale.

10. *Tû-Tû*⁷⁴

Se noi assumiamo prassi, regolarità, comportamenti consolidati come elementi che integrano la prescrizione costituzionale - in quanto consuetudini, precedenti vincolanti o comunque fonti normative - l'*open texture* delle disposizioni costituzionali viene a ridursi, il tessuto normativo si fa più fitto e, conseguentemente, meno elastico. Lo stesso può dirsi anche delle interpretazioni del testo costituzionale che puntano ad estenderne il significato *magis ut valeat* o incorporarvi quanto si è capaci di trarre dalla costituzione materiale. Tutto questo concorre a inspessire la disciplina costituzionale e a renderla più rigida. Con la conseguenza di fare della Costituzione un testo asfittico e poco capace ad adattarsi al mutamento e ciò proprio in quelle parti in cui la scelta del costituente - che mai sarà abbastanza ammirata e lodata - è stata proprio di ridurre al minimo indispensabile l'apparato delle regole. Visto che «il soggetto del ritratto cambia continuamente» (Bagehot), la Costituzione perde la necessaria duttilità per incorniciarla e per tracciare la linea di separazione tra quelle che sono le prassi legittime e quelle che invece violano la cornice costituzionale⁷⁵. Ossia la Costituzione non serve più in modo efficace al suo fondamentale e insostituibile compito di qualificare giuridicamente i fatti.

Non meriterebbe dedicare tanta attenzione alle consuetudini e agli altri fenomeni connessi se ad essi non fosse addebitabile una funzione funesta per la stessa immagine della Costituzione rigida, in concorso necessario con alcune teorie interpretative non meno contestabili. Le teorie mirano all'elaborazione di principi e modelli prescrittivi, i "fatti" assunti dalle prassi confermano tali principi e modelli, ottenendone in cambio un valore normativo in termini di consuetudine, convenzione ecc. Il "figurino" del governo parlamentare, che da schema esplicativo di un modo di organizzare i rapporti tra organi politici diventa un «modello di

⁷³ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, tr. it. di G. Gavazzi, Torino 1990, 92.

⁷⁴ Il titolo è preso in prestito da un noto saggio di Alf Ross (*Tû-Tû*, in *70 Harv. L. Rev.* 1957, 812 ss.) in cui si narra di un'espressione priva di senso che viene impiegata da una popolazione primitiva e superstiziosa per assolvere le due principali funzioni del linguaggio, descrivere e prescrivere, esprimere asserzioni sui fatti ma anche comandi e regole (813).

⁷⁵ Su questo cfr. M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv.trim.dir pubbl.* 2006, 307 ss. (da cui è tratta anche la citazione di Bagehot riportata sopra).

comportamento»⁷⁶, si nutre di prassi istituzionali che poi rigenera in «fatti normativi», consuetudini appunto⁷⁷; il tratto «proporzionalistico» della costituzione materiale si riflette in sospetti di incostituzionalità nei confronti di sistemi elettorali che si allontanano da quel modello; l'opzione per un'economia mista implicita nella «costituzione economica» non tollerebbe un'accentuata liberalizzazione dei mercati: e così via. Però quei fenomeni accadono e la Costituzione non può più servire a contenerli.

Sergio Bartole ha dedicato i suoi due libri più recenti⁷⁸ all'indagine sulle trasformazioni che la Costituzione italiana ha visto affermarsi nelle prassi applicative e sulle teorie della Costituzione che queste prassi hanno accompagnato. Interpretazioni innovative e trasformazioni di fatto della Costituzione sono state rese possibili dalla potenzialità semantica dei suoi principi: esse hanno dato volto alla *costituzione vivente*, quella che oggi *di fatto* è. Ma in ciò non c'è nulla di prescrittivo, perché essa non costituisce «una soglia invalicabile per ulteriori sviluppi costituzionali», ma semmai «la base d'appoggio, dalla quale si possono prendere le mosse per successive argomentazioni ed elaborazioni di ulteriori sviluppi costituzionali»⁷⁹. La costituzione vivente – la Costituzione interpretata tenendo «nella giusta considerazione» i fatti - è uno strumento indispensabile alla conoscenza del diritto costituzionale e anche all'interpretazione della stessa carta nel contesto della sua applicazione attuale. Purché poi non si trasferisca ciò che accade nella realtà sul piano del dover essere, trasformandolo in ciò che deve accadere. L'inspessimento del "segno" tracciato dal testo costituzionale non serve alla valorizzazione di esso, così come il liberarlo dalle incrostazioni depositate dal tempo e dall'uso che se ne è fatto nella prassi istituzionale non lo rende affatto più debole e meno significativo. Vale semmai l'esatto opposto. L'ipertrofia prescrittiva rende la Costituzione meno capace di porsi come regola alla cui stregua valutare interpretazione e applicazioni nuove, giustificando chi pretende di considerarla non più adeguata e quindi «da aggiornare». Spesso a indurre all'ipertrofia non è tanto il

⁷⁶ Cfr. E. di ROBILANT, *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna 1968. L'espressione «figurino delle forme di governo» deriva invece dalla Prefazione di M.S. Giannini all'edizione italiana del *Le régime parlementaire* di G. Burdeau. Sul problema del valore e la funzione dei modelli di forma di governo cfr. M. DOGLIANI, *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giur. cost.* 1973, 214 ss.

⁷⁷ Lo afferma espressamente Leopoldo Elia nella voce citata, proprio in critica a Giannini: «la costruzione per tipi non serve ad uno scopo meramente conoscitivo... ma tende a «riempire» le formule adottate dai *framers* della Costituzione italiana e di altre Costituzioni, e a confrontare poi con questo contenuto le norme scritte e non scritte (consuetudinarie e convenzionali) che vigono (o che sono proposte per la vigenza) in questo settore della pubblica organizzazione» (162).

⁷⁸ Rispettivamente, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, e *La Costituzione è di tutti*, Bologna 2012.

⁷⁹ S. BARTOLE, *La Costituzione cit.*, 171.

desiderio di rendere il testo costituzionale più stringente⁸⁰, quanto piuttosto l'umana tendenza alla nostalgia e alla difesa di un passato migliore - forse mai realmente esistito, la baudelairiana «*nostalgie de pays et de bonheurs inconnus*».

11. Conclusione

La separazione netta del “diritto” dai fatti è un’utopia infelice. Basti considerare che la teoria della norma giuridica è tradizionalmente costruita sul concetto di “fattispecie”, che inevitabilmente ci riporta al fatto, ad un fatto tipizzato e descritto nei suoi termini astratti⁸¹, rispetto al quale vanno “sussunti” i fatti concreti che la realtà genera quotidianamente. Ma i principi – tutti i principi, non solo quelli costituzionali – sono enunciazioni che tendono a sottrarsi all’obbligo di specificare la “fattispecie”: in ciò consiste la principale differenza tra i principi e le regole. Come si è visto⁸², a innescare la capacità generativa dei principi sono i *fatti* che la realtà genera e la società propone e che non trovano ancora nell’ordinamento una fattispecie che li contenga, e però richiedono una qualificazione giuridica proprio stimolando la capacità generativa dei principi: «*il fatto media il valore, perché, senza il fatto, il valore resterebbe allo stato di mera virtualità*»⁸³.

Per l’altro verso, l’attribuzione di una «forza normativa» di qualche tipo ai “fatti”, ricorrendo a figure ambigue come le convenzioni, le consuetudini costituzionali ecc., confonde la linea di demarcazione tra i fatti e le prassi, da un lato, e le norme costituzionali, dall’altro - tra regolarità e regole. Anche questa impostazione, come ho cercato di mostrare, è figlia dell’idea che i fatti e le norme

⁸⁰ Anzi, può servire talvolta persino a svalutare la lettera della disposizione costituzionale, com'è accaduto nella sent. 200/2006, sul potere di grazia. In quel caso si sarebbe violata una *consuetudine costituzionale*, come è stato sostenuto (v. sopra, nota 69), ma in nome di un'altra consuetudine, cioè alla «interpretazione successivamente invalsa» che – a proposito della controfirma - equipara la locuzione 'ministro proponente' a 'ministro competente'. Secondo G.U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giur. cost.* 2006, 2010, si tratterebbe di una vera e propria consuetudine, per altro contraria alla chiara lettera del testo costituzionale. Ma non era stata la Corte costituzionale ad affermare, in una delle sue sentenze storiche sull'ammissibilità del *referendum* in materia elettorale (sent. 47/1991), che «a questa Corte non è dato... di riscrivere alcun punto del testo della Carta costituzionale, quale sancito dalla votazione finale del 27 dicembre 1947. La Costituzione vale per ciò che risulta scritto in quel testo, promulgato dal Capo provvisorio dello Stato e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale»?

⁸¹ «Ipotesi di fatto classificate per tipi, e così orientate nelle direttive di una valutazione giuridica», secondo la definizione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, Torino 1950, 2.

⁸² §§ 3 e 4.

⁸³ A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica* (1929), in *Formalismo e sapere giuridico – Studi*, Milano 1963, 280.

possano e debbano restare distinti, pur se ammette che alcuni dei primi possano transitare nel mondo delle altre e trasformarsi in «fatti normativi», ossia in fontifatto. Entrambe sono figlie di una visione *antropomorfica* del diritto e della sua applicazione, in cui la *legge* (o la *disposizione*, ma anche il *fatto normativo*) viene accertata e “applicata” al caso. Sono “dati” staccati dall’interprete, oggetto che gli prescinde e di cui egli accerta l’esistenza e il significato⁸⁴.

Che tra soggetto e oggetto dell’interpretazione e applicazione del diritto non ci sia affatto separazione, ma che sia l’interprete a creare l’oggetto della sua interpretazione appare ad alcuni come una posizione un po’ eretica, criticabile perché sembra diretta a decostruire il «dato giuridico» – la *legge*, la *disposizione costituzionale* ecc. – e aprire la porta a concezioni irrazionalistiche del diritto e indebolire il rigore della lettera della Costituzione.

Quello che ho cercato di sostenere è esattamente l’opposto. Ciò che preserva il rigore della lettera della Costituzione – e dello stesso vincolo che lega il giudice alla legge – non può essere disgiunto da una piena consapevolezza dello statuto epistemologico che caratterizza le operazioni riassunte nella locuzione ‘interpretazione costituzionale’: statuto che è confuso dalla rassicurante ma offuscata immagine della separazione tra il soggetto e l’oggetto dell’interpretazione. Ho cercato di mostrare come i *fatti* siano parte ineliminabile dei significati che il testo costituzionale genera attraverso l’interpretazione, ma anche come l’interpretazione della costituzione sia un *fatto* sociale che non è riservato alla sola comunità degli interpreti “qualificati”. Il che non significa affatto sposare «una concezione anarchica della società e una visione "decostruzionista" del diritto», come ritiene Dogliani⁸⁵. Anche se ammetto di non provare né simpatia né nostalgia per una teoria della Costituzione che ne leghi a filo doppio l’interpretazione al «patto costituzionale» e ai «fatti storici» che hanno segnato la fase costituente e i decenni successivi. Mi pare anzi che quella sia una concezione ideologica della Costituzione che non fa pienamente i conti con la storia. L’Italia di quegli anni ha conosciuto profonde divisioni sociali e ha subito una drammatica riduzione del significato della «rivoluzione costituzionale» imposta dalle forze politiche di maggioranza. Siamo un paese che solo dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 ha abbandonato una concezione patriarcale e padronale delle relazioni tra coniugi e tra genitori e figli; e che ancora oggi mantiene in vigore il fascistissimo codice penale - cioè il corpo legislativo che riassume i valori fondamentali della

⁸⁴ Alla critica di questa visione antropomorfica dell’applicazione della legge ho dedicato *A discrezione del giudice*, cit., 21 ss.

⁸⁵ *La sovversione cit.*, 62.

comunità, quelli la cui difesa merita l'*extrema ratio* della sanzione penale⁸⁶. È vero che è stato depurato dalle norme meno tollerabili grazie a una gloriosa serie di decisioni pronunciate dalla Corte costituzionale, ma non è meno vero che in tutte quelle occasioni il Governo della Repubblica si è sempre costituito in giudizio per difendere la vigenza del codice, a scapito dell'affermazione dei principi costituzionali. La nostalgia per una visione della Costituzione dominata dal «programma costituzionale» mi sembra talvolta assomigliare al dolce sapore della *madeleine* e al ricordo proustiano del piccolo Marcel.

La conclusione a cui mi sembra di poter giungere è che, più della funzione dei *fatti* nel diritto costituzionale, a costituire il problema più difficile per il diritto costituzionale è quale sia la funzione del *testo*, di come esso operi nella selezione "imperiale" delle ricostruzioni concorrenti del "senso" dei principi costituzionali proposte dalla società, dalle istituzioni, dagli interpreti. È forse il problema speculare a quello che si è affrontato sin qui, perché la funzione del "testo" dipende in modo determinante dal grado di "inspessimento" del testo che siamo disposti a accreditare: dalla misura in cui *fatti* storici e *fatti normativi* sono associati (dall'interprete) al "significato" del testo.

Talvolta tali inspessimenti hanno portato addirittura a sovrapporre le incrostazioni da essi provocate alla stessa lettera della Costituzione (si ricordi il caso della controfirma ministeriale⁸⁷, per esempio), con buona pace di quanti vorrebbero che il testo costituzionale fosse difeso da supposte spinte «decostruzioniste». Invece, un testo assunto per quello che vi è scritto può e deve costituire un argine efficace all'interpretazione, la lettera con cui fare i conti, il «limite negativo», l'elemento di raffronto alla luce del quale il modello interpretativo è suscettibile di falsificazione⁸⁸.

⁸⁶ Così come mantiene in vigore la disciplina del Consiglio di Stato, che risale al 1924, e quella della Corte dei conti, del 1934, che in seguito sono state solo rabberciate dal legislatore repubblicano. L'art. 100 Cost. prevede questi due organi "ausiliari" come strumenti essenziali di tutela della legalità dell'amministrazione, il primo, e di controllo dell'attività del governo e di verifica dell'esercizio del bilancio, il secondo. Entrambi operano nelle relazioni tra parlamento e governo, per assicurare il rispetto della legge da parte dell'amministrazione e per consentire alle camere di esercitare il controllo sul rispetto delle leggi e dell'equilibrio finanziario. Possibile che il fascismo avesse così brillantemente anticipato lo "spirito" della costituzione e correttamente strumentato la forma di governo parlamentare da essa voluta? Rinvio per qualche altra riflessione sul punto a *Una Costituzione applicata, ma non attuata*, intervento al Seminario *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 103, 2013, 323 ss.

⁸⁷ Cfr. *supra*, nota 80.

⁸⁸ Così già R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.* 2007, 42.

Come ha spiegato Edward H. Levi⁸⁹, proprio questa è la funzione di una costituzione scritta, quella di fornire la leva per rovesciare prassi e precedenti ormai consolidati nel tempo e che solo il riferimento al testo può consentire di interrompere. Per spezzare le regolarità consolidate in nome della regola.

⁸⁹ *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago-London 1949, 58 s.