

I fatti, le norme e la responsabilità dell'interprete

1. 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 Kelsen¹ 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 tema qui prescelto, e quindi 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»².

Senza affrontare un tema che è evidentemente troppo esteso e complesso, assumo una definizione consapevolmente restrittiva di 'diritto'. Prendo le mosse dalla proposta di Kantorowitz³: 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 carico di troppa confusione⁴. Più esattamente, 'diritto' è l'insieme delle norme in cui

¹ *Reine Rechtslehre*, tr. it. di M. Losano, Milano 1966, 243.

² N. BOBBIO, *Consuetudine (teoria generale)*, in *Encic. Dir.* IX, Milano 1961, 429.

³ *The Definition of Law*, tr. it. di E. di Robilant, Torino 1962, 143.

⁴ La confusione è indubbiamente soggettiva. Confesso infatti di non riuscire a capire con esattezza, per es., che valore dia Elia (nella voce citata, nota 21) 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

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»⁵. 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»⁶.

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 Ruggeri⁷ (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 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 Elia⁸, 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

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. 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., pubblicato anche in *Ars interpretandi* 1997, 103 ss.), 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.

⁵ N. BOBBIO, *Consuetudine cit.*, 427.

⁶ N. BOBBIO, *Consuetudine cit.*, 431.

⁷ *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli 2012, 33.

⁸ Nella famosa voce *Governo (forme di)*, ora in *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna 2009, 161.

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.

2. 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 precisa⁹. 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 molte 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.¹⁰, 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.

Questo lungo percorso, che congiunge la *disposizione* - a cui si ancora 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"¹¹, 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. 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

⁹ 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).

¹⁰ Si veda ora F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013.

¹¹ Sulla natura entropica dell'interpretazione sono spesso ritornato negli ultimi anni: l'elaborazione più estesa si può trovare in *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013, 61 ss.

libertà di concorrenza o l'abuso di una posizione dominante all'interno del mercato¹², 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 manifesta¹³, «è il mercato che impone le sue leggi»¹⁴, per cui è normale che le regole si ricavano «dall'oggetto da regolare»¹⁵

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 le "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

¹² Cui sono dedicati, rispettivamente, gli artt. 2 e 3 della legge 287/1990.

¹³ 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).

¹⁴ F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna 2002, 7.

¹⁵ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna 2003, 98.

valutazioni in cui gli elementi di concretezza del giudizio¹⁶ 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 convenzioni¹⁷ sull'applicazione concreta della Costituzione contano in questi giudizi¹⁸. I soggetti operano nell'aspettativa che certi modelli comportamentali stabilizzatisi nel tempo continuino a operare anche in futuro, nonostante il continuo mutare dell'assetto politico-istituzionale, e a questa aspettativa adeguano il proprio comportamento. Vale qui quella «aspettativa di reciprocità» che costituisce per alcuni¹⁹ l'origine stessa della consuetudine. Ma questo significa che le consuetudini costituzionali esistono davvero?

3. «...tra le larghe vesti del diritto "consuetudinario"»²⁰

Non credo valga la pena di ripercorrere il consueto cammino²¹ volto a reperire le supposte consuetudini costituzionali, per poi classificarle secondo siano *paeter* o *secundum* consuetudine, vere e proprie consuetudini o mere consuetudini "interpretative"²². 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

¹⁶ Cfr. su questo aspetto M. CAVINO, *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *Digesto disc. pubbl.*, IV Aggiornamento, 57.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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).

¹⁹ 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 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.).

²⁰ La citazione è tratta da O. von BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, tr. it. di A. Sandri e F. Cortese, Seregno 2012, 41.

²¹ 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, un 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.

²² 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.

giurisprudenza costituzionale dedica alle consuetudini le tratta come un puro completamento di un'argomentazione basata sui principi costituzionali²³. Lo aveva previsto già G. Zagrebelsky, nella monografia dedicata alla consuetudine²⁴: «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 gloss*»²⁵); 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 Ruggeri²⁶? 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 illegittima²⁷. 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"²⁸ e non mancano "infrazioni" alla tradizionale procedura dell'accettazione "con riserva" dell'incarico al Presidente del Consiglio²⁹.

Buona parte delle "consuetudini costituzionali" accreditate dalla dottrina in passato oggi non esistono più, si sono davvero mostrate come «barchette di carta

²³ Rinvio a *L'ultima fortezza*, Milano 1996, 44 ss.

²⁴ *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.

²⁵ 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.

²⁶ *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».

²⁷ 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.

²⁸ C. FUSARO, *Il Governo Monti*, in *Quad. cost.* 2012, 392, che ricorda il Governo Pella nominato da Einaudi senza consultazioni.

²⁹ 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.

pronte a essere affondate e, se del caso, criminalizzate e ridicolizzate»³⁰. 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?³¹ Alcune delle c.d. *consuetudini praeter o secundum constitutionem* sono state smentite dai fatti (la rielezione di Napolitano, per es.) o dalle sentenze della Corte costituzionale³² (la reiterazione dei decreti-legge o la contitolarità del potere di grazia³³, 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 convinto³⁴ 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 Bülow³⁵ – 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»³⁶, non richiedono all'interprete di giustificare la loro prescrittività. Di per sé, però, tecniche e ideologie

³⁰ 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.

³¹ Osservava Kelsen (*Teoria generale delle norme*, tr. it. di M.G. Losano, Torino 1985, «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 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).

³² Come osservava Bobbio (*Consuetudine cit.*, 433 s.), ragionando sulle tesi di Austin, Ross, Lambert) se è deve ritenersi 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.

³³ 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 26).

³⁴ È un'opinione che ho già sostenuto in *L'ultima fortezza*, cit., 55 ss.

³⁵ *Op. cit.*, 41.

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

volte a «dissimulare la libertà del giudice e la sua attività creativa di diritto»³⁷ sarebbero comprensibili e, nella pratica comune, persino scusabili; comunque non meriterebbero di essere contestate con tanta insistenza sul piano metodologico. Il problema è che esse producono effetti alquanto negativi sulla capacità della Costituzione di regolare la realtà istituzionale.

4. *Tû-Tû*³⁸

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 incorporandovi 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 costituzionale³⁹. Ossia la Costituzione non serve più 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 comportamento"⁴⁰, si nutre di prassi istituzionali che poi rigenera in "fatti

³⁷ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, tr. it. di G. Gavazzi, Torino 1990, 92.

³⁸ 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 un'espressione priva di senso 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).

³⁹ 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).

⁴⁰ 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.

normativi", consuetudini appunto⁴¹; 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 tollererebbe 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 recenti⁴² 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»⁴³. 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'ispessimento 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 desiderio di rendere il testo costituzionale più stringente⁴⁴, quanto piuttosto

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.

⁴¹ 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).

⁴² Rispettivamente, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, e *La Costituzione è di tutti*, Bologna 2012.

⁴³ S. BARTOLE, *La Costituzione cit.*, 171.

⁴⁴ 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 33), 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.

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*».

