

IL PENSIERO COSTITUZIONALISTICO DI CARLO ESPOSITO

UNIVERSITÀ DI MACERATA  
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*Seconda serie*

79

CONVEGNO NAZIONALE  
IL PENSIERO  
COSTITUZIONALISTICO  
DI CARLO ESPOSITO

UNIVERSITÀ DI MACERATA  
AVULA MAGNA 3-6 APRILE 1991



Il pur suggestivo argomento autonomamente avanzato da Rescio presuppone una *quid* di relazionale, di convenzionale, di stabile, che rimane estraneo ad una funzione di reggitore volutamente eventuale e imprecisa, e che, sotto ambedue questi profili, continua a presupporre la prefigurazione di situazioni straordinarie, al pari di quelle già concordate.

Certo, Esposito si trova un diritto positivo talora quasi esplicito (art. 77), talora muto (art. 5 e 21), altre volte da ricostruire con distribuzione di maggiore peso specifico alle componenti di storia costituzionale e diritto comparato (art. 87) o di opportunità costituzionale (art. 9).

Anche i rimedi alle situazioni straordinarie sono differenti: il Legislatore costituzionale (art. 5), il decreto-legge (art. 21 e 77), il Capo dello Stato. Di più, nel saggio sul decreto-legge ha cura di distinguere le funzioni straordinarie che potrebbero sollecitare decreti-legge di sospensione o rottura costituzionale da quelle che potrebbero far emergere la figura del Capo dello Stato reggitore.

Il suo resta però senza dubbio un tentativo unitario.

« La science juridique — scrive Raymond Carré de Malberg nell'*Avant-propos alla Contribution à la théorie générale de l'Etat* — ne attache pas, d'une façon principale, aux situations moyennes et normales; mais elle vise plutôt les cas extrêmes, les possibilités extraordinaires, et l'on peut même ajouter qu'elles est amenée par là à prévoir habituellement le pire. Or, le pire, en ce qui concerne le fonctionnement de l'Etat, c'est que l'accord n'existe pas complètement entre ses membres sur une question déterminée et que, par conséquent, il ne soit possible à l'Etat d'obtenir d'eux une collaboration unanime ». Queste affermazioni tendono a dimostrare come « la puissance dominante » tuttora « le trait spécifique de l'Etat », e della sua « définition juridique ».

Di fronte alla Costituzione repubblicana, l'ispirazione di Esposito generalmente fondata non sul sospetto o sulla prefigurazione del peggio » ma al contrario sulla « fiducia », parola-chiave del saggio sulla libertà di manifestazione del pensiero come di tanti altri. E se il diritto positivo non rinuncia a prefigurare situazioni straordinarie, non potrà così a dimostrare la sussistenza di una « puissance dominante », ma a predisporre soluzioni differenziate, e tutte utili a rinsaldare la fiducia. L'operazione di Carré è compiutamente rovesciata.

ROBERTO BIN

## CARLO ESPOSITO E LE TEORIE COSTITUZIONALI PER LE « SITUAZIONI DI CRISI »

1. Non è infrequente che alcune delle più note teorie elaborate da Esposito siano oggi giudicate chiaramente superate, smentite dai fatti prodotti e dalle prassi seguite dagli organi costituzionali. E, in effetti, se si pensa, per esempio, alle sue tesi sulla funzione della controfirma ministeriale o sul significato del principio di eguaglianza come parametro di legittimità delle leggi, si può essere tentati di condividere questo giudizio.

Non c'è dubbio infatti che, per quanto riguarda la controfirma, la prassi dei rapporti tra Governo e Presidente della Repubblica abbia segnato una situazione in cui è davvero difficile sostenere ancora « il carattere personale della collaborazione tra Capo dello Stato e ministri » (1), con il corollario della « responsabilità politica dei ministri per qualsiasi atto del Capo dello Stato anche non controfirmato » (2), ossia per « azioni, omissioni o comportamenti ..... comunque rilevanti per il buon esercizio delle funzioni a lui affidate o che possano avere rilievo politico anche sotto il profilo della *adeguatezza dell'atto alla posizione* (alla primazia in posizione) *attribuita al Capo dello Stato* » (3): ed appare del tutto irrealistica la conclusione alla quale Esposito coerentemente giunge con la nota affermazione per cui soggette a controfirma sarebbero anche tutte le c.d. « esternazioni libere » del Presidente (4). Le vicende — assai poco edificanti, per vero — che hanno visto di recente opposizioni clamorose tra Presidente e Governo (*in toto* o in

(1) C. Esposito, *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, X, 285 ss., 286.

(2) *Ibidem*, 287 (corriso aggiunto).

(3) *Ibidem*, 289 (corriso aggiunto).

(4) *Ibidem*, 290 n.

singole sue componenti), ed anche il rifiuto di quest'ultimo di assumersi di fronte al Parlamento la responsabilità politica per gli atti e le espresioni provenienti dal primo, queste vicende sembrano dimostrare che il « modello » di Esposito non ha più tratti significativi di rispondenza con la realtà effettuale.

Non diversamente si potrebbe concludere per un'altra celebre tesi di Esposito, sul significato del principio di eguaglianza come parità formale dei cittadini « di fronte alla forza e all'efficacia della legge » (5). Anche in questo caso, infatti, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale — che ha fatto del principio d'eguaglianza il principale pilastro del giudizio di ragionevolezza delle leggi, e che in suo nome giudica e decide la grande maggioranza delle questioni prospettate — sembra smentire nettamente il tentativo di restringere il significato « operativo » del principio al solo divieto delle leggi personali o individuali, basate su « situazioni soggettive, del tutto individue o singole » (6); « la disposizione — affermava Esposito (7) — non stabilisce in alcun modo che le leggi debbano essere giuste, oppure non arbitrarie, oppure genericamente proporzionate ai meriti o ai demeriti assoluti e comparativi dei cittadini ».

Sarebbe davvero arduo esaltare le virtù profetiche di Esposito (e mi par certo, d'altra parte, che la profezia non rientrasse affatto negli scopi per i quali quei saggi erano stati pensati). Mia intenzione sarebbe però di mostrare che questi scritti, non solo rappresentano un modello esemplare di « teoria costituzionale », ma conservano la loro attualità, se letti in una chiave opportuna. Per sostenere questa tesi, è necessario però prendere le mosse da due ipotesi. Esporrò per prima un'ipotesi — si scusi l'audacia — sulla funzione della Costituzione scritta come standard regolativo dell'applicazione (par. 2-3); poi avanziò una seconda ipotesi, simmetrica alla prima, sulla natura delle teorie costituzionali, (par. 4). Infine, alla luce di queste premesse, cercherò di riconsiderare il significato operativo *attuale* delle tesi di Esposito (par. 5).

2. La prima ipotesi muove dalla constatazione di un fenomeno che è sotto gli occhi di tutti: la Costituzione scritta, benché venga invocata molto spesso (troppo spesso, come poi si dirà) quale fondamento su cui poggiare la soluzione dei problemi istituzionali che i fatti pongono, solo in pochi casi è *effettivamente* utilizzata come standard regolativo del caso, come base *restruale* a cui ancorare la « regola » del caso.

La riprova più evidente si trova nella stessa applicazione giudiziale della Costituzione, cioè nella giurisprudenza costituzionale. Se è vero che le tesi di Esposito sulla portata del principio di eguaglianza sono smentite dall'enorme spazio che il giudizio in termini di ragionevolezza ha occupato nel complesso delle strategie decisionali impiegate dalla Corte costituzionale, egualmente smentite sono però anche le aspettative di coloro che ritengono che la Corte debba, nei suoi giudizi, dare applicazione alla Costituzione (e solo ad essa). Lo si può verificare nei due contesti in cui la Corte si trova più spesso a giudicare in termini di ragionevolezza: il bilanciamento degli interessi e il giudizio di eguaglianza (ma altrettanto potrebbe ripetersi per altri contesti in cui emerge la « ragionevolezza » delle scelte del legislatore: come, ad esempio, nella valutazione della discrezionale commisurazione delle pene ai delitti, della congruità rispetto alle « clausole finalistiche » della Costituzione, o della « leale cooperazione » tra Stato e Regione).

a) La giurisprudenza ispirata al *bilanciamento degli interessi* muove da un presupposto: che la garanzia di nessun diritto sia « assoluta », nel senso di prevalere sempre e comunque su qualsiasi interesse confliggente: non solo perché è pur sempre necessario garantire (e perciò regolare) l'accesso di tutti al godimento di quel diritto, ma soprattutto perché infinite sono le « rotte di collisione » tra il godimento di quel diritto e il soddisfacimento di altri interessi. Non esistono perciò « gerarchie » predeterminabili tra gli interessi concorrenti; la necessità di regolare il concorso degli interessi legittima l'intervento « discrezionale » del legislatore alla ricerca di un loro « ragionevole bilanciamento ».

Rispetto ai suoi antecedenti storici — quale la dottrina dei « limiti naturali » o « impliciti » dei diritti costituzionali, con cui la Corte ha inaugurato la sua serie storica di pronunce — la giurisprudenza del

(5) Cfr. *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione Italiana*, Milano 1974, 17-66.

(6) *Ibidem*, 53.

(7) *Ibidem*, 60.

bilanciamento mostra un elemento di diversità non affatto trascurabile mentre le prime si accreditavano come teorie dell'interpretazione costituzionale (teorie che, privilegiando l'argomento sistematico, suggerivano di « trovare » nell'ambito di una lettura di tutta la Costituzione i limiti, appunto, « naturali » o « impliciti » dei diritti), la giurisprudenza del bilanciamento appare consapevole di svolgersi fuori dell'attività interpretativa. Va da sé che l'interpretazione esercitata una funzione preeliminatore essenziale: consente di definire i « beni » protetti dalla Costituzione e la sfera di tutela dei diritti, gli interessi individuali e bilanciati dal legislatore, le zone di sovrapposizione degli interessi confliggenti e gli ambiti che ad essi residuano. Ma la valutazione della ragionevolezza del bilanciamento è operazione del tutto estranea all'interpretazione della Costituzione: da essa si prescinde, come è ovvio, ogni qual volta gli interessi che il legislatore ha considerato non richiamino direttamente « valori » costituzionali; da essa si prescinde però anche ogni qual volta sia ammessa la prevalenza di interessi non richiamati dalla Costituzione su quelli da essa solennemente riconosciuti, in base alla considerazione comparativa di quanto di ciascuno di essi venga sacrificato e della operatività che gli residua, della possibilità di individuare soluzioni meno restrittive, ecc. Insomma, se si potesse esprimere in una massima il principio fondamentale che informa il bilanciamento degli interessi, essa suonerebbe pressapoco così: non v'è alcun diritto o interesse costituzionale, per quanto elevato e connaturale ai valori più profondi e gelosi della Costituzione, che, in almeno una circostanza, non possa essere compreso in nome di qualsiasi altro diritto o interesse anche il più lontano dal catalogo costituzionale. In altre parole, non esistono gerarchie « materiali » tra gli interessi, i diritti o i valori e le gerarchie « formali » non sono mai decisive (8).

b) Lo schema « trilaterale », in cui è frequentemente rappresentato il ragionamento che la Corte segue nel giudizio di ragionevolezza (9), mostra con chiarezza come esso si svolga senza un riferimento necessario alle disposizioni della Costituzione, che non entrano

affatto nello schema di ragionamento né vi esercitano alcun ruolo. A ben vedere, infatti, se si esamina la struttura del ragionamento attraverso cui il giudizio si sviluppa, il « vertice » dell'immaginario triangolo non è dato dal principio espresso dall'art. 3 (o dalle numerose altre disposizioni costituzionali in cui la Corte riconosce un'equivalente « carica paritaria »), bensì dalla *ratio legis*: o, per essere più precisi, sarà dato dalla *ratio legis* se si accetta che le due norme messe a confronto sono accomunabili (dal punto di vista fissato nell'ordinanza di rimessione) dall'*eadem ratio* (con la conseguenza che saranno dichiarate illegittime le eventuali differenziazioni poste dal legislatore); mentre « triangolo » non vi sarà neppure se la diversità di *rationes* delle due norme comparate impedisce di fissare il « vertice » dello schema, lasciando « aperta » la nostra immaginaria figura geometrica (con conseguente illegittimità delle eventuali parificazioni di trattamento che fossero disposte dal legislatore).

Il principio costituzionale di eguaglianza non entra perciò nel ragionamento (che è quello classico dell'analogia), ma, semmai, ne è il « fondamento ultimo », la lontana giustificazione costituzionale del particolare esito che si ricollega in questo caso al ragionamento analogico, che non funziona, come per tradizione, da argomento interpretativo « produttivo » di una nuova norma (10), bensì da argomento giustificativo della dichiarazione di invalidità della norma posta dal legislatore.

Ma poiché ogni procedimento per analogia presuppone scelte decisive circa il punto di prospettiva dal quale si deve giudicare la rilevanza di somiglianze e difformità, e poiché il giudizio sulla rilevanza implica la considerazione delle relazioni causali tra gli eventi (sulla possibilità che una proprietà o una circostanza influenzi l'altra, in modo che le variazioni nella prima possano essere indicate come « causa » — e perciò anche come « giustificazione » — delle differenziazioni nella seconda), il ragionamento « triangolare » diviene parte di un procedimento più complesso, in cui vanno valutati la congruità della norma rispetto al suo fine, gli effetti collaterali dello strumento normativo previsto, la sua « economicità » (e quindi la ragionevolezza del « bilancia-

(8) Non è possibile in questa sede andare oltre ad una mera enumerazione di queste tesi: per maggiori approfondimenti, si rinvia a *Diritti e argomenti*, Milano, 1982.

(9) Per tutti, cfr. L. PALADINI, *Corte costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, aprile 1979 - dicembre 1983, in *Scritti Crisafulli* cit., I, 609 s.

(10) Sull'« argomenti produttivi », cfr. R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in « *Informatica e diritto* » 1985, 7 ss.

mento »), la fondatezza empirica delle relazioni casuali presupposte, la considerazione dei fatti ecc. Tutte queste considerazioni si svolgono del tutto indipendentemente da quanto ci possa essere scritto in Costituzione.

3. Il ricorso del giudice costituzionale alla ragionevolezza ed al bilanciamento degli interessi suscita (nel nostro, come negli altri ordinamenti in cui il fenomeno si è realizzato) forti perplessità. Se tanta parte della applicazione giudiziale della Costituzione si compie senza tirare in ballo (se non per citazioni « di stile ») la Costituzione scritta, attraverso strategie argomentative che prescindono (o possono prescindere) del tutto dalle sue disposizioni, pur quando siano in gioco i diritti costituzionali più gelosamente custoditi (si pensi ai casi di bilanciamento in materia di libertà di espressione, per esempio): allora, a che cosa serve la Costituzione? In che modo si può dire che essa funzioni efficacemente come standard regolativo dei comportamenti tenuti dai soggetti dell'applicazione? E, correlativamente, come possono essere giustificate, alla luce dei nostri paradigmi sulla divisione dei poteri ed il ruolo del giudice, decisioni giurisprudenziali che sovvertono le scelte operate dagli organi rappresentativi senza un fondamento positivo in un testo di legge, ma attraverso valutazioni e operazioni che certo non rientrano nell'interpretazione?

Non pretendo di rispondere a tutte queste domande, ma solo di avanzare un'ipotesi, delineando i contorni di massima di una teoria della Costituzione, che chiamerei « debole » perché minimale e, o più apparire (11), la funzione che in essa viene assegnata al testo costituzionale. La tesi può essere riassunta così: il testo scritto traccia la linea ultima difesa della regolarità del gioco che si svolge tra i protagonisti istituzionali, linea della cui presenza ci si deve accorgere solo nel momento in cui viene varcata. In fondo, un sistema istituzionale perfetto — sotto il profilo dell'effettività costituzionale — dovrebbe essere quello in cui non viene mai posto in questione il rispetto della costituzione scritta, semplicemente perché non ce n'è bisogno: le regole costi-

tuzionali sono in uno stato di semi-quiescenza, perché il gioco politico si svolge nel loro sostanziale ed implicito rispetto.

Non è un fenomeno del tutto sconosciuto neppure in un sistema costituzionale tutt'altro che perfetto come quello italiano. Per lunghe fasi della nostra storia istituzionale certe norme sono rimaste scritte sulla carta senza che vi fosse occasione di applicarle o, meglio, senza che l'applicazione quotidiana fosse avvertita come un *problema costituzionale*. Lo è divenuto invece improvvisamente quando il gioco politico ha varcato quella linea, e d'un tratto il caso di scuola si è trasformato in caso reale. È quanto accaduto — per ricordare esempi recenti (ma non solo) — alle norme sulla responsabilità del Governo per gli atti del Presidente della Repubblica, alle norme sull'organizzazione del Consiglio superiore della magistratura, alle norme sulla designazione dei ministri da parte del Presidente del Consiglio incaricato, alle norme sulla modalità di voto in Parlamento, alle norme sulla « parlamentarizzazione » delle crisi.

Sono state poi vicende istituzionali specifiche, che hanno acceso contrasti drammatici tra le istituzioni o tra le forze politiche — cioè, tra i protagonisti del « gioco istituzionale » — a far riscoprire il testo costituzionale. In questi momenti di crisi, ad esso ci si rivolge per cercarvi il limite invalicabile, la regola del gioco che non può essere derogata dai concorrenti nel corso della competizione; e la Costituzione mostra allora la sua trama essenziale ma più resistente, sicuramente (*rectius*, necessariamente) efficiente come standard regolativo dei comportamenti di chi è chiamato ad applicarla. Che questa regola si possa e si debba individuarla nella Costituzione appartiene — è bene chiarirlo — alle aspettative di chi si trova a dover risolvere il problema prospettato; quelle aspettative possono essere soddisfatte solo in forza di un'adeguata opera di interpretazione del testo, il cui successo non dipende mai esclusivamente dalla qualità (di contenuto o di fraseggio) di determinate disposizioni, ma semmai dalla capacità dell'interprete di proporre una teoria istituzionale nel cui ambito quelle disposizioni acquistino pieno significato. In altri termini, non si sta affermando affatto che esistano *disposizioni* capaci di per sé di atteggiarsi ad efficiente standard di regolazione degli atteggiamenti dei protagonisti istituzionali: tutto all'opposto, si sostiene che possono presentarsi *circostanze* che impongono (anche in assenza di disposizioni specifiche cui riferirsi)

(11) Perché ineludibilmente andrebbe classificata tra le teorie « valutative » della costituzione da chi assume come categorie di M. DOCCIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982, 27 n. e 95 nn.

di ricercare nella Costituzione la soluzione del problema prospettato, cioè la *regola* del caso, e che questo è il compito specifico dell'interprete.

Gli esempi ed i riferimenti usati sinora sono tutti attinenti a quella parte della costituzione che si occupa dell'organizzazione dei poteri dello Stato. È il contesto più facile, più direttamente percepibile nei termini della metafora del gioco. Qui risulta più evidente la separazione tra ciò che i costituenti hanno disciplinato, che (per fortuna) è poco, e ciò che hanno lasciato all'invenzione della prassi politica, che è molto, ma in certi casi insufficiente: e, in questa contrapposizione risalta anche la funzione di limite all'invenzione che il testo può (e deve) svolgere.

Ma il significato « debole » della costituzione — come la stessa metafora del gioco, in fondo — ha senso anche in riferimento alle altre parti del testo costituzionale. Può valere senz'altro, per esempio, laddove si parli dei *diritti costituzionali*: anzi, in questo ambito, la maggior accentuazione dell'aspetto giudiziale dell'applicazione della Costituzione rende più immediata la traduzione della teoria « debole » della Costituzione in strategie argomentative.

Anche nella « gestione » dei diritti costituzionali si alternano fasi « ordinarie » e « straordinarie »: nelle prime, la difesa dei diritti non richiede forti prese di posizione in merito al significato del testo costituzionale; nelle seconde, che sono fasi di crisi, il ricorso è necessario, perché il testo segna il « limite invalicabile ».

Nelle prime gli strumenti che dominano la giurisprudenza del giudice costituzionale sono quelli del giudizio di eguaglianza e del bilanciamento degli interessi: in una parola, della ragionevolezza. Si tratta di amministrare — come direbbe la Corte — « lo sviluppo armonico » della legislazione, di completare le « rime obbligate », di opporre al legislatore, più che la linea estrema di difesa dei diritti di libertà, quella ben più flessibile e spezzata della considerazione equilibrata di tutti gli interessi in gioco, per evitare, più che la lesione eccezionale dei valori fondamentali, lo strisciante sopruso degli interessi privilegiati su quelli più deboli, delle maggioranze sulle minoranze (12), della morale corrente

(12) Sono i casi di « mal funzionamento » nel sistema del governo rappresentativo cui si riferisce J.H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass. 1980, §§ 104.

sulle devianze o sulle innovazioni (13). In queste fasi, la funzione del testo costituzionale è assorbita nello strumentario retorico della Corte costituzionale: richiamarne le disposizioni è uno degli argomenti produbili, rappresentata più spesso una chiusura « di stile », una soluzione deresponsabilizzante, che un uso pregnante volto a giustificare le premesse della decisione.

Nelle seconde fasi, quelle « straordinarie », il testo costituzionale entra invece nella diretta considerazione del giudice costituzionale, perché egli è chiamato ad indicare il limite invalicabile della « discrezionalità legislativa », oltre al quale non è più in discussione l'uso del potere « discrezionale » del legislatore, cioè il modo in cui si svolge il gioco, ma la legittimità stessa del potere, cioè le regole costitutive del gioco (14).

4. La Corte (come, più in generale, gli altri soggetti dell'applicazione costituzionale) mostra di disporre di due marce: l'una per i tratti ordinari, per affrontare i quali basta la meccanica del giudizio di ragionevolezza; l'altra per i percorsi più impervi, in cui bisogna ricor-

(13) È questo il senso della « istituzionalizzazione of prophecy », che giustificherebbe la *noninterpretive review* della Corte suprema secondo M.J. Perry, *The Constitution, the Court and Human Rights*, New Haven, London 1982.

(14) Non è un caso che le pagine più impegnative in materia di libertà — impregnate sul piano dell'attribuzione di significati al testo costituzionale — siano state scritte dalla Corte costituzionale con riferimento alla legislazione pre-repubblicana. Non si può credere che allora, come pure taluno ha supposto, la Corte fosse più motivata o politicamente impegnata sul terreno delle garanzie costituzionali: anzi è proprio in quegli anni che si è sviluppata la teoria dei limiti « naturali » dei diritti costituzionali, fonte di una consistente riduzione del significato letterale del testo (perché essa stessa avrebbe dovuto produrre, in fondo, un criterio per distinguere i casi « ordinari », risolvibili con il bilanciamento degli interessi, da quelli « straordinari », che pretendevano l'applicazione di una « regola costituzionale »).

Il fatto è che nel giudizio sulla legislazione fascista era spesso indispensabile far valere il limite del testo, il limite « esterno » che il legislatore (presente o passato che fosse) non poteva valicare. E se oggi quelle pagine di giurisprudenza sembrano così lontane, vuol dire semplicemente che i diritti fondamentali sono meno direttamente minacciati. Oggi, più che a « fatti » di crisi, si assiste a singoli episodi isolati di lesione « diretta » dei diritti costituzionali. In cui la Corte è chiamata a riaffermare la linea invalicabile della garanzia costituzionale. Forse con un' semplificazione, si potrebbe dire che tali sono i non frequenti casi di *content-based abridgments* della libertà, che non a caso sembrano sottoposti anche dalla Corte costituzionale italiana ad uno *strict scrutiny*.

rere alle ruote dentate del riferimento « forte » al testo costituzionale, proprio perché serve qualcosa che ancori il giudizio sulle leggi o sugli eventi ad una guida esterna alla legge o all'evento, ad essi contrapposta, qual è la regola costituzionale.

Simmetricamente si possono ipotizzare anche due diverse prospettive della teoria del diritto costituzionale. Da un lato, una teoria ed una critica dell'argomentazione della Corte, che ha il compito di assicurare a questa un « uditorio » in cui si eserciti il controllo sui requisiti di coerenza e congruità del ragionamento che essa svolge per giungere alle decisioni « ordinarie » e per giustificarle. Sul versante dell'applicazione non giudiziale, a questa prospettiva appartiene senz'altro l'analisi critica gli eventi istituzionali, mossa dall'intento di comprendere le implicazioni di essi in termini di congruità ed efficienza rispetto al sistema istituzionale.

Dall'altro lato, si colloca la teoria dei « limiti invalicabili » posti dalla Costituzione. Il suo compito è di ispezionare i limiti di resistenza dell'ordinamento costituzionale, in tutti i punti in cui è possibile che esso entri in crisi. Qui, è ovvio, è richiesto l'impiego degli strumenti più complessi e raffinati dell'interpretazione costituzionale, perché si tratta di trovare una « regola » anche laddove — ed è la gran maggioranza dei casi — non v'è alcuna disposizione scritta su cui fare presa sicura, perché non sono le disposizioni che consentono di « dedurre » le regole, ma sono le situazioni che esigono che le regole vengano costruite e ciò, ovviamente, non si può sempre fare per mezzo della deduzione dalle disposizioni, ma è il principale compito della teoria costituzionale. L'individuazione dei principi e della loro formazione storica, le considerazioni sistematiche e comparative, la costruzione di una « morale costituzionale » (15), sono le basi su cui formulare la « regola » e il valore delle teorie viene misurato in rapporto alla loro capacità di fornire regole coerenti con il testo, congrue rispetto ai principi e alla « morale » che conformano il sistema costituzionale, capaci di dare una risposta convincente ed univoca ai problemi che gli eventi pongono.

(15) L'espressione, come è noto, è impiegata da R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, 101-130, per designare quella teoria, che l'interprete ritiene più rispondente alle leggi e alle istituzioni della comunità, e sulla cui base può proporre una soluzione degli *hard cases*.

È fin troppo evidente che questa distinzione non può reggere a lungo ad un esame critico, perché separa artificialmente atteggiamenti teorici che il più delle volte « in natura » si trovano fusi e indistinti. Mentre di una decisione della Corte costituzionale o di un parere emesso da un funzionario parlamentare si può sempre dire se segua la logica dei « tempi ordinari » o stia applicando la « regola » costituzionale inderogabile, elaborata con tutte le difficoltà del caso, lo stesso non si può fare di solito con gli scritti teorici. A dire il vero, spesso non è affatto da encomiare la confusione tra questi due aspetti della teoria costituzionale: si pensi a quanti scivolamenti si realizzano così dal piano della descrizione della « costituzione vivente » a quello dell'interpretazione del significato delle disposizioni scritte e della giustificazione di decisioni o eventi. Tuttavia non mi serve difendere questa distinzione di là dello specifico uso che intendo farne, che è limitato all'inquadramento delle tesi di Esposito.

5. È bene chiarire che non intendo cimentarmi in un'opera storiografica, e non mi occuperò delle intenzioni che hanno mosso l'Autore a scrivere i suoi saggi — per capire, per esempio, se le sue tesi sul principio d'eguaglianza fossero o meno dovute alla volontà di sconfermare ogni possibile lettura della Costituzione, e del suo uso giudiziale, in chiave giusnaturalista; o per valutare se le tesi sulla controfirma derivino o no da un confronto polemico sullo stile e gli eventi che hanno diversamente caratterizzato le prime due presidenze e i rapporti intrattenuti da esse con il Governo. Mi interessa invece cercare di cogliere il significato che le tesi di Esposito possono avere come *teorie attuali*: e non c'è dubbio che esse vanno viste *oggi* nella prospettiva delle teorie costituzionali delle situazioni « di crisi ».

Prendo le mosse dalla tesi che crea più imbarazzo, quella sulla funzione del principio di eguaglianza. Tale è oggi l'estensione del campo di applicazione del sindacato di ragionevolezza sulle classificazioni legislative — interamente fondato, come già si è detto, sulla valutazione dei motivi e della *ratio* delle differenziazioni (o delle parificazioni) — che la teoria « formale » di Esposito non sembra più in grado di spiegare alcun fenomeno rilevante. Va tenuto presente tuttavia che anche nell'applicazione giurisprudenziale del principio di eguaglianza non tutto

si riduce al giudizio di ragionevolezza: come ha mostrato Cerri (16), il principio contiene un « nucleo forte » corrispondente a quella che è stata la sua funzione storica nello Stato liberale e liberal-democratico ed un contenuto più ampio corrispondente all'esigenza attuale di garantire un minimo di razionalità nell'ordine legislativo ».

L'apologista potrebbe osservare che Esposito si mostra consapevole della distinzione tra questi due « contenuti » dell'eguaglianza, se, come nota Agrò (17), affrontando problemi relativi a singole fattispecie, il nostro Autore non esita ad impiegare criteri basati sulla valutazione degli interessi che il legislatore ha voluto tutelare e sulla congruità di tale tutela. Ma il mio compito non è storiografico (e tantomeno agiografico); mi preme invece osservare come una teoria « formale » del principio di eguaglianza possa servire proprio a definire quel « nucleo forte » del principio, ogni incisione del quale deve suscitare una reazione del giudice costituzionale non in termini di controllo « ordinario » di ragionevolezza, ma con gli strumenti dello *strict scrutiny*, necessari a fronteggiare le situazioni « straordinarie » di crisi. Gli esempi di incisione del « nucleo forte » portati da Cerri (differenze di trattamento tra culti religiosi, esclusione dall'amnistia o dall'indulto, privilegi del potere pubblico, ecc.) indicano con chiarezza come in questi casi sia necessaria una teoria costituzionale che individui le « linee invalicabili » della discrezionalità legislativa, superando le quali la misura legislativa si rivela un attacco diretto ai principi costituzionali, e non una semplice manifestazione di irragionevolezza.

Tutto diventa più chiaro se spostiamo l'attenzione su un altro argomento a cui Esposito si è dedicato: la libertà di manifestazione del pensiero. Qui la distinzione tra momenti « ordinari » e momenti « straordinari » dell'applicazione costituzionale è tratteggiata con un'evidenza che la complessa operatività del principio di eguaglianza viceversa impedisce. Mi riferisco al problema se le garanzie costituzionali coprano o meno i « mezzi » di diffusione del pensiero. La tesi di Esposito è ben nota: le modalità di uso dei mezzi di diffusione e della loro organizzazione sono oggetto delle scelte del legislatore ordinario, le

quali incontrano « un solo limite assoluto e per il resto solo prescrizioni indicative. Il limite assoluto è che non sia riservato l'uso di un mezzo in generale solo a manifestazioni di un determinato contenuto... La prescrizione indicativa è che la disciplina dei mezzi di diffusione del pensiero sia quanto più è possibile conforme o adeguata al raggiungimento del fine, ed in particolare che nella disciplina dell'uso dei mezzi siano evitate le misure preventive, le censure e le condanne, che, per impedire le poche manifestazioni condannate, intralcerbbero o difficolterebbero le molte manifestazioni garantite dalla Costituzione » (18).

Il pregio di queste notazioni di Esposito è di fornirci gli strumenti teorici per separare con chiarezza, in un campo difficile come la libertà di espressione, l'ambito del giudizio di ragionevolezza dallo *strict scrutiny*, cui è chiamata la Corte costituzionale nei casi « straordinari ». Poco importa a noi oggi che per Esposito il giudizio sulla adeguatezza della disciplina legislativa dei mezzi fosse un giudizio di mera opportunità, sottratto al sindacato di legittimità costituzionale. L'esperienza ha smentito questa sua convinzione, ma non ha affatto inaccettato l'utilità della chiave che ci ha consegnato. Essa opera in sintonia con quanto è stato elaborato, sullo stesso problema, dalla giurisprudenza e rielaborato dalla dottrina statunitense (19): la fondamentale distinzione tra regolazione « diretta » ed « indiretta » della libertà, la prima rivolta ai « contenuti » del pensiero, la seconda alla condizioni di tempo, spazio e modalità; tra gli interventi « indiretti », la distinzione tra limitazioni che sono « neutrali » rispetto al messaggio da quelle che risultano sostanzialmente discriminatorie; la conclusione che devono essere sottoposte a *strict scrutiny*, perché sospettabili di colpire il cuore del diritto di libertà, tutte le limitazioni che incidono su o discriminano per il contenuto del pensiero (o, si può aggiungere seguendo il suggerimento di Esposito, ostacolano l'« operatività minima » (20) del diritto), men-

(18) *La libertà di manifestazione di pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 24.

(19) Nella letteratura più recente cfr. L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, N. Y., 1978, 584 ss.; G. R. STONE, *Content-Neutral Restrictions*, in 54 *U. Chi. Law Rev.* 1987, 46 ss.; R. SINCLAIR, *The Indirect Regulation of Speech: A Time and a Place for Everything?*, in *Public Law* 1988, 212 ss.

(20) L'espressione è testualmente impiegata dalla Corte costituzionale nella sent. 28/1982 (in *Cin. cost.* 1982, I, 247 ss., 257 s.), ma il concetto è assai frequentemente richiamato (per indicazioni cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., par. 18).

(16) *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1976, 62 ss. (la citazione è tratta dalle pagg. 65 s.).

(17) Nel suo *Commento all'art. 3*, in *Commentario della Costituzione* (art. 1-12), a cura di G. Bianca, Bologna-Roma 1975, 131.

tre sono suscettibili di un controllo di ragionevolezza (soprattutto in termini di bilanciamento degli interessi) gli altri interventi legislativi, « indiretti » e « neutrali ».

Ovviamente si possono contestare tutti i punti forti della teoria di Esposito, a partire (come hanno fatto Fois e altri) dalla possibilità di distinguere i mezzi dai contenuti della manifestazione del pensiero: ma resta fermo che quella teoria possiede i requisiti di coerenza, congruenza e ragionevolezza sufficienti per fungere da strumento di interpretazione capace di offrire le « regole » necessarie alla soluzione degli *hard cases*; e che contestare i presupposti di questa teoria non basta a fornire risposte più convincenti, se non si riesce a sviluppare una teoria costituzionale diversa, almeno altrettanto coerente e capace di ambientarsi nella nostra Costituzione.

Queste ultime considerazioni valgono senz'altro anche per le tesi di Esposito sulla controfirma ministeriale. Si potrà dissentire dalla ricostruzione, che vi viene proposta, dei rapporti tra Capo dello Stato e Governo, e da ogni altra conseguenza che viene tratta da questo presupposto fondamentale. Ma sta il fatto che questa teoria è capace di offrire risposte precise e coerenti a qualsiasi questione sorga nella prassi costituzionale: come quelle che si sono poste negli ultimi tempi sui limiti del « potere di esternazione », sul significato « tecnico » o « politico » della controfirma di determinati atti, sulla possibilità che il Governo rifiuti di rispondere politicamente delle dichiarazioni del Presidente, ecc. Sono risposte che « si tengono » per una forte reciproca coesione; sono congrue rispetto ai principi costituzionali che informano la forma di governo; rispondono ad una « morale costituzionale » che valorizza il fondamentale circuito rappresentanza-responsabilità politica; non rischiano di compromettere il necessario significato giuridico costituzionale di questo circuito, spezzandolo ed inserendovi, con nozioni vaghe come la c.d. responsabilità diffusa, una via di fuga che obbliga i meccanismi giuridico-istituzionali della responsabilità a sfociare in sanzioni che avranno tutt'al più un significato socio-politologico; sono perciò risposte in termini di diritto, di regole fornite di sanzioni, che esaltano la « precettività » della Costituzione.

Naturalmente si può obiettare che esse sono smentite dai fatti e dai comportamenti tenuti dagli organi costituzionali. Ma le teorie giuridiche

che hanno questo di particolare: anche quando sono smentite dai fatti, non per questo sono esse ad essere invalidate. Esistono anche fatti e comportamenti illegittimi, che possiamo riconoscere e qualificare, però, solo se disponiamo di una « regola ».