

Osservatorio sulle fonti

DOTTRINA DEL MOTO DELLE COSTITUZIONI E VICENDE DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA*

di *Massimo Luciani***

SOMMARIO: 1. La tensione delle costituzioni all'eternità. - 2. Forme e direzione del moto delle costituzioni. - 3. L'attuazione e il suo rapporto con l'applicazione della costituzione. - 3.1. Il problema delle norme costituzionali programmatiche. - 3.2. Attuazione costituzionale per via di giurisdizione? - 3.3. Crisi della politica e supplenza della giurisdizione. - 4. Spazi "vuoti di Costituzione"? - 5. Attuare, cambiare o alterare la Costituzione? - 6. La Costituzione repubblicana è inattuata e inattuale?

1. La tensione delle costituzioni all'eternità

Le costituzioni aspirano all'*eternità ordinamentale*. Sebbene anche le leggi - fatta eccezione per quelle che si qualificano dichiaratamente e volutamente temporanee - siano pensate per durare, solo la costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da *quella* costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno¹. Così descritta, si tratta di un'ambizione che è logicamente destinata ad essere sempre soddisfatta: l'ordinamento e la "sua" costituzione stanno e cadono assieme, sicché la morte di una costituzione e la morte dell'ordinamento che ne è fondato non possono essere distinte. Non lo possono quando si tratta di costituzioni scritte (e ad esse, in particolare, sono dedicate le riflessioni che seguono), ma a maggior ragione non lo possono quando si tratta di costituzioni non scritte, per le quali, anzi, fra costituzione e ordinamento complessivo v'è continuità più ancora che contiguità.

Nondimeno, se si esaurisse in questo, la tensione *ad aeternitatem* della costituzione sarebbe poca cosa, risolvendosi nella pretesa di durare tanto quanto le vicende dell'ordinamento di riferimento, di fatto, le consentono di durare. In realtà, quel che una costituzione vuole è molto di più: è plasmare i destini di una comunità politica per il periodo di tempo più lungo possibile. Tende, insomma, non solo all'eternità *nell'ordinamento*, ma all'eternità *dell'ordinamento*.

* Relazione al Seminario "Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana", Ferrara, 24-25 gennaio 2013, in corso di pubblicazione da parte del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno di Firenze. Il saggio è destinato agli *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università di Roma "La Sapienza".

¹ Questa osservazione, che peraltro riprende in forma - forse - nuova acquisizioni consolidate in dottrina è nel mio *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 22 (e, già prima, in *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in AA. VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Giappichelli, Torino, 2007, 41 ss.).

Osservatorio sulle fonti

È per questo che, al contrario di quanto possa apparire a prima vista in considerazione del fatto che l'obiettivo primario cui esse tendono è l'autoconservazione, la prospettiva che le costituzioni abbracciano non è quella della *statica*. Le costituzioni - vichianamente, potremmo dire - sono un fatto dell'uomo, e poiché è la storia la dimensione in cui l'uomo vive ed opera, la tensione *ad aeternitatem* delle costituzioni implica l'accettazione della prospettiva *dinamica*, nel senso che esse debbono raccogliere la sfida della storia e del cambiamento, accettando di essere in parte plasmate da quella stessa realtà sociale che hanno inteso plasmare². In altri termini: le costituzioni, sebbene manifestino una naturale *inerzia*, sono comunque destinate al *moto*.

La questione è di particolare delicatezza e, per evitare equivoci, merita di essere sondata con un minimo di attenzione. È evidente che le costituzioni (scritte) sono manifestazione dell'idea - di matrice illuministica - che il reale possa essere modellato da un atto di volontà *politica*, e cioè da un atto di *ragione* finalizzato al governo della *pólis*³. Se cedessero alla pressione del fatto sociale solo per salvare se stesse, da un lato rinnegherebbero la propria stessa matrice specificamente politica; dall'altro si salverebbero solo formalmente, perché diverrebbero irrimediabilmente altro da sé. Il solo fatto di aver adottato una costituzione scritta, specie quando è lunga e "per valori", non kelsenianamente limitata alle regole dell'organizzazione istituzionale, attesta il rigetto della prospettiva antilluministica dell'ordine sociale spontaneo (ed è, dunque, davvero sorprendente che alcuni si accostino ad una costituzione di questo tipo qual è la nostra come se fosse possibile dimenticare questo suo fondamentale tratto genetico).

Quella prospettiva, al di là delle più o meno convincenti ascendenze "classiche" che le si vogliono trovare, fu aperta da Carl Menger in sede di indagine economica⁴ e soprattutto, in sede di riflessione gnoseologica, da Wilhelm Wundt, al quale si deve l'elaborazione della "legge" della "Heterogonie der Zwecke" (alla quale si affianca la "regola" della "Vervielfältigung der Zwecke"), che domina l'agire umano ("alle geistige

² Analogamente, M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale del diritto costituzionale italiano*, in AA. VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Milano, Giuffrè, 2006, 332; Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, 78 sg. Ora, il "rapporto tra l'eternità della costituzione [...] e il mutamento sociale" è analizzato nella prospettiva della dottrina dell'elasticità costituzionale da L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2012 (le parole citate sono a p. 24).

³ Ho cercato di mettere in luce le varie accezioni di "ordine costituzionale" (naturale o artificiale; statico o dinamico) nel mio *L'ordine costituzionale. Nozione e vicende*, Relazione al Convegno SISD, Parma, 2011, in corso di pubblicazione.

⁴ La premessa di cui si dice nel testo conduceva Menger a tracciare (ovviamente) uno spazio assai esiguo per l'azione statale, ridotta alla sanzione di fenomeni sociali già in atto. Si pensi a quanto scriveva sul danaro: "Das Geld ist keine staatliche Erfindung, nicht das Product eines legislativen Actes und die Sanction desselben Seitens der staatlichen Autorität ist demnach dem Begriffe des Geldes überhaupt fremd. Auch die Existenz bestimmter Waaren als Geld hat sich naturgemäss aus den ökonomischen Verhältnissen herausgebildet, ohne dass die staatliche Einflussnahme hierbei erforderlich gewesen wäre" (C. MENERGER, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, I, Wien, Braumüller, 1871, 260, ed. pdf di G. Grasmann, reperibile in www.mises.de).

Osservatorio sulle fonti

Entwicklung beherrscht”) e in forza della quale raramente gli scopi raggiunti da quell’agire corrispondono alle intenzioni dell’agente (“Jedes nach Zwecken handelnde Wollen erreicht daher Zwecke, die nicht gewollt, weil nicht vorausgesehen waren”⁵. Tuttavia, è soprattutto grazie ad Hayek⁶ ch’essa ha avuto successo tanto in terra liberista (più ancora che liberale) quanto in terra cattolica, trovando un punto di sintesi di queste varie suggestioni negli sviluppi della dottrina ordoliberal. Essa fu non a caso abbracciata dai primi critici delle pretese ordinanti della nostra Costituzione repubblicana, che, temendo gli eccessi dello statalismo, si ponevano ora nella prospettiva della difesa dei diritti individuali (così i liberisti), ora in quella della tutela dell’autonomia dei corpi intermedi (così taluni ambienti cattolici)⁷. La Costituzione, infatti, era criticata da quella prospettiva proprio perché - lo si è accennato - come tutte le costituzioni scritte, specie se “rigide” e “per valori”, esprimeva un’illuministica ambizione ordinante del reale. Quando si postula la necessità dell’adattamento delle costituzioni al fatto, pertanto, non si può intendere, puramente e semplicemente, il passivo recepimento delle esigenze che dal fatto promanano, perché se questo accadesse la contraddizione, storica, logica e ideologica nella quale si cadrebbe sarebbe insostenibile⁸.

L’adattamento al fatto, dunque, se concepito nel senso che si è segnalato, non può tradursi in un semplice cedimento, ma deve essere inteso come uno strumento di salvaguardia del *quid* che le costituzioni intendono preservare. E questo qualcosa è - specificamente - l’essenza di valore che è sottesa alle norme desumibili dal testo costituzionale⁹. Quale sia tale essenza non è possibile definire *a priori*, ma la nota critica luhmanniana sull’inconoscibilità dell’essenza dell’essenza (“das Wesen des Wesens ist unbekannt”)¹⁰ può essere condivisa solo fino ad un certo punto, perché (come normalmente avviene nel mondo dei valori) l’identificazione dell’essenza è possibile nel contesto di un’attività *pratica*, che per quanto ci riguarda è quella che viene svolta dall’operatore

⁵ W. WUNDT, *System der Philosophie*, 2^a ed., Leipzig, Engelmann, 1897, 328.

⁶ Cfr., ad es., F.A. HAYEK, *Scientism and the Study of Society*, in *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, Glencoe, The Free Press, 1952, trad. it. di A. Cimino, *Lo scientismo e lo studio della società*, in *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, Il Mulino, 1988, 180 ss.; ID., *Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde*, München, 1970, trad. it. di G. Minotti, a cura di E. Coccia, *Gli errori del costruttivismo*, in *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Torino, Armando, 1988, spec. 13.

⁷ Sulla questione v. le considerazioni e le opportune indicazioni di M. FIORAVANTI, *L’attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale*, in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino*, a cura di B. Pezzini e M. Baronchelli, n. 68 (Dicembre 2007) di *Studi e ricerche di storia contemporanea*, 69 ss.

⁸ Nel medesimo senso sembra andare L. PATRUNO, *L’elasticità della Costituzione*, cit., 26 (l’elasticità serve alla costituzione “per modificare il reale non per esserne modificata”).

⁹ Diversa - se bene intendo - la posizione di L. PATRUNO, *L’elasticità della Costituzione*, cit., 137, che pare ravvisare l’identità delle costituzioni nella loro corrispondenza al principio politico che le fonda.

¹⁰ Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965, 59 ss., che muove dal presupposto della garanzia del contenuto essenziale sarebbe una *Leerformel* (ivi, 59) e giunge alla conclusione che l’unico ausilio alla soluzione del problema arriva dal consenso ottenuto nella discussione pubblica e dalla forza giuridica delle decisioni dei tribunali costituzionali (*ibidem*, 60)

Osservatorio sulle fonti

del diritto che, di fronte a casi *concreti* di conflitto tra valori costituzionali (o di incisione in un singolo valore), deve stabilire, con tutti gli strumenti dell'interpretazione letterale, sistematica, storica e teleologica, cosa e quanto, *statu nascenti*, si era inteso consegnare all'"eternità".

2. Forme e direzione del moto delle costituzioni

Se un adattamento delle costituzioni al fatto deve postularsi proprio nella prospettiva del soddisfacimento della loro aspirazione alla durata, si tratta di capire quali forme tale adattamento possa assumere. Anche se raramente in una prospettiva unitaria, la questione è stata ripetutamente sondata dalla dottrina costituzionalistica, sicché si può procedere con relativa rapidità. Vanno fatte, però, due precisazioni.

La prima è semplice: non è qui esaminata l'ipotesi del moto distruttivo, che si risolve nel vero e proprio rovesciamento dell'ordine costituzionale, tanto ove comporti non solo il cambiamento della costituzione, ma anche la disintegrazione delle forze sociali che l'avevano prodotta (è la *Verfassungsvernichtung* di cui diceva Carl Schmitt), quanto ove lasci intatte quelle forze, ma sostituendo - comunque - la costituzione come documento scritto (è la schmittiana *Verfassungsbeseitigung*)¹¹. Moti di questo tipo, infatti, non implicano la tendenza all'adattamento (che è il fenomeno che qui interessa), ma la negano, ovvero ne registrano l'impraticabilità.

La seconda a me pare metodologicamente essenziale: la nozione di moto delle costituzioni che qui viene considerata è assai diversa da quella di "trasformazione costituzionale" (*Verfassungswandlung*) della quale ha tanto discusso la dottrina di lingua tedesca della prima metà del secolo passato interrogandosi soprattutto sul rapporto tra fatto e diritto, tra efficacia e validità (sollecitata, in questo, probabilmente, dagli spunti hegeliani dei quali si dice appresso). Questa diversa nozione allude - come osservato a suo tempo da Hsü Dau-Lin - alla "incongruenza tra le norme costituzionali da un lato e la realtà costituzionale dall'altro"¹² e con questo presuppone che esista una "realtà" che sia "altro" dal testo costituzionale e rispetto alla quale esso possa e debba raffrontarsi. È qui che a mio parere giace un esiziale errore metodologico. "Una", infatti, è la realtà che possediamo e di essa anche i testi normativi, primo fra tutti quello costituzionale, fanno parte. Ne viene che il quesito non è se e quanto (e perché e come) la realtà si discosti dal testo, ma quale sia la posizione del testo entro la complessiva realtà della quale è una delle innumerevoli componenti. Ne viene anche che non è predicabile un raffronto fra testo e "realtà", ma solo fra elementi (testuali e non testuali) di quella medesima realtà. Ne viene, infine, che, se questo è vero, fra elementi testuali e non testuali della realtà si sviluppano relazioni bidirezionali, nelle quali essi giocano ora la parte del contesto (si: anche il testo può essere "contesto" di ciò che è altro da sé)¹³ condizionante, ora quello

¹¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5^a ed., rist. dell'ed. 1928, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, 99.

¹² HSÜ DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin u. Leipzig, De Gruyter 1932, 17.

¹³ Questo - ovviamente - a condizione di intendere per "contesto" non ciò che "sta con il testo" (*cum texto*), ma ciò che "è tessuto con qualcosa" (*intextus cum*).

Osservatorio sulle fonti

dei fenomeni condizionati, relazioni che vanno ricostruite secondo uno schema analitico indubbiamente assai più complesso di quello disegnato dall'indirizzo criticato, ma indubbiamente più prossimo - è il caso di dirlo - ad una corretta immagine della "realtà". Non si tratta, con questo, di negare la differenziazione logica e posizionale dell'essere e del dover essere, ma di riconoscere che entrambe le dimensioni sono parte della "realtà", della quale determinano - in storico divenire - i contenuti. Solo così - mi sembra - si comprende, ad esempio, l'effetto formante (del sistema politico) della forma di governo in quanto forma¹⁴; solo così si intende esattamente il rapporto fra testo e contesto nell'interpretazione giuridica¹⁵; solo così si coglie la perdurante importanza della dogmatica¹⁶, bambino che taluno ha preteso di gettare assieme all'acqua sporca dei suoi eccessi, peraltro noti da più di un secolo¹⁷; solo così si inquadrano correttamente le vicende di una costituzione.

Precisato questo, mi sembra che si possano elencare le seguenti forme (e direzioni) del moto delle costituzioni:

a) la *revisione*. Si tratta dell'ipotesi che potremmo dire fisiologica, che consiste nella modificazione del testo della costituzione in forza della legge ordinaria (nel caso delle costituzioni flessibili) o di una fonte approvata con un procedimento speciale (nel caso, ormai comune, delle costituzioni rigide). È evidente che la revisione non si risolve nel rovesciamento dell'ordine costituzionale solo a condizione che ne conservi l'identità, e cioè ne rispetti i principi fondamentali. È anche per questa esigenza di coerenza logica (oltre che per più profonde ragioni d'ordine ideologico) che le giurisprudenze costituzionali e la dottrina, un po' ovunque, hanno riconosciuto l'esistenza di limiti assoluti alla revisione costituzionale, comunemente identificati nell'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti, ma in realtà concernenti un complesso assai vario di prescrizioni, che possono riguardare anche l'organizzazione dei poteri;

b) la *rottura*, la *deroga* e la *sospensione*. Queste tre nozioni sono sovente distinte dalla dottrina, ma ritengo più corretto ricostruire le ultime due come mere forme di manifestazione della prima. La rottura costituzionale, infatti, è il fenomeno generale della consapevole¹⁸ rimozione della forza normativa di alcune disposizioni della costituzione da

¹⁴ È quanto ho cercato di dimostrare in *Governo (forme di)* in *Enc. dir. - Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, 538 ss.

¹⁵ Va letta, dunque, con preoccupazione l'affermazione della Corte costituzionale (nella sent. n. 1 del 2013, a definizione del noto conflitto fra Presidente della Repubblica e Procura di Palermo in materia di intercettazioni) che quello dell'interpretazione letterale sarebbe un "*metodo primitivo sempre*": poiché gli altri lo sono almeno altrettanto, se isolati l'uno dagli altri, è difficile non sospettare che il bisogno di sottolineare l'inadeguatezza dell'interpretazione letterale si leghi a quel movimento di complessiva svalutazione del testo di cui rapidamente dico in queste pagine.

¹⁶ Nel medesimo senso, M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale*, cit., 370.

¹⁷ V. almeno le caustiche (ma alla fine, appunto, eccessive) considerazioni di E. FUCHS, *Bovigism und echte Rechtswissenschaft*, (1916), ora in *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Karlsruhe 1965, 174 ss.

¹⁸ Riprendo, qui, applicandola alla rottura costituzionale, la risalente posizione di Jellinek riguardo la distinzione fra revisione e trasformazione costituzionale, la prima caratterizzata dall'essere il frutto di "*azioni volontarie e intenzionali*" e la seconda il frutto di fatti che non necessariamente sono accompa-

Osservatorio sulle fonti

parte delle istituzioni di governo dell'ordinamento¹⁹, perpetrata onde perseguire una finalità politica ritenuta più "alta". La deroga e la sospensione, dunque, ne rappresentano manifestazioni particolari. È da osservare che la dottrina della rottura della costituzione (*Verfassungsdurchbrechung*) elaborata da Schmitt riprendendo uno spunto di Jacobi²⁰ e poi lungamente discussa in periodo weimariano a commento dell'art. 48, par. 2, RV²¹, distingue la *verfassungachtende* e la *verfassungsmißachtende Verfassungsdurchbrechung*, a seconda che la rottura sia determinata osservando ovvero violando il procedimento di revisione costituzionale²². Si deve però aggiungere che, a ben vedere, la prima di queste due ipotesi si può realizzare - essenzialmente - negli ordinamenti in cui le modifiche costituzionali sono tenute ad incidere nel testo della costituzione (è quanto prescrive l'art. 79, par. 1, GG, a tenor del quale "*Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt*"): se così non fosse, la deroga alla costituzione disposta seguendo il procedimento di revisione non sarebbe altro che approvazione di una legge costituzionale²³. E lo stesso può dirsi della *Verfassungstextdurchbrechung* in quanto ipotesi distinta (secondo la sistematica proposta da Ehmke) dalla *Verfassungsdurchbrechung*: poiché la prima ricorrerebbe quando si ha modifica della costituzione senza modifica del docu-

gnati dall'intenzione o dalla coscienza di tale cambiamento" (cors. nell'orig.): cfr. G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Berlin, Haring, 1906 (poi Goldbach, Keip, 1996), trad. it. parz. di M. Carducci, *Mutamento e riforma costituzionale*, Cavallino (LE), Pensa, 2004, 18.

¹⁹ Una rottura che venga interamente "dal basso" non sembra ipotizzabile: anche iniziative popolari finalizzate alla rottura, infatti, debbono contare sulla connivenza delle istituzioni di governo per giungere ad effetto (si pensi ad un *referendum* di iniziativa popolare che, comunque, deve essere dichiarato legittimo, ammesso e indetto).

²⁰ E. JACOBI, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, in *VVdStRL*, 1, (1924), 109, che distingueva tre tipi di misure adottabili dal Presidente del Reich ai sensi dell'art. 48, comma 2, della Costituzione di Weimar: la vera e propria revisione costituzionale come modifica del testo della costituzione (*Verfassungsänderung*); la rottura della costituzione come modifica costituzionale puramente materiale, a testo invariato (*Verfassungsdurchbrechung*); la sospensione di singole disposizioni costituzionali (*Außerkräftsetzung eines Verfassungsartikels*). Queste tre ipotesi, poi, si sarebbero diversamente atteggiare a seconda che avessero avuto a che fare con la parte organizzativa della costituzione o con la parte sui diritti fondamentali, che sarebbero state divise da una vera e propria "*dogmatische Verschiedenheit*" (*ivi*, 111).

²¹ Una sintetica, ma puntuale, ricostruzione di quella discussione è in H. EHMKE, *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, in *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, a cura di P. Häberle, Königstein/Ts., Athenäum, 1981, spec. 145 ss.

²² C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 100.

²³ Si può notare che nella sent. n. 134 del 2002 la nostra Corte costituzionale sembra aver ipotizzato qualche diversità di trattamento delle leggi "solo" costituzionali rispetto alle leggi di revisione. In un caso in cui si trattava di applicare la l. cost. n. 1 del 1989 (relativa alla responsabilità penale dei ministri), infatti, quella sentenza ha affermato che proprio il fatto che non si trattasse di legge di revisione, ma di semplice legge costituzionale, induceva a "*ricercare l'interpretazione che ne permetta il più facile e armonico inserimento nel quadro costituzionale vigente*", quasi che l'"armonico inserimento" sia direttamente operato dal legislatore costituzionale quando opera sul testo della Costituzione, e spetti invece all'interprete quando la legge costituzionale non incide su quel testo.

Osservatorio sulle fonti

mento costituzionale²⁴ e la seconda quando una legge “speciale” (e sempre approvata con la maggioranza necessaria per la revisione) si discosta dalla costituzione²⁵, negli ordinamenti che conoscono il tipo di fonte “legge costituzionale” in quanto distinto dal tipo di fonte “legge di revisione” quella prima ipotesi finisce per essere assorbita in quella - appunto - della legge costituzionale²⁶;

c) l'*attuazione* e l'*applicazione*. L'attuazione e l'applicazione operano su di un piano che appare *prima facie* diverso da quello della revisione e della rottura: se queste sembrano agire in senso traumatico sulla costituzione, le prime sembrano non essere destinate a toccarne i contenuti e la portata prescrittiva. Si tratta, però, di concetti assai sfuggenti e non sempre le cose possono essere ricostruite nella lineare prospettiva cui ora si è accennato. È bene, dunque, trattarne a parte;

d) l'*inattuazione* e la *disapplicazione*. Si tratta di fenomeni speculari a quelli appena menzionati, che (al contrario di essi) sono caratterizzati dalla riduzione della capacità ordinante e prescrittiva della costituzione. Essi mettono in giuoco il rapporto tra validità ed effettività, rapporto talora frainteso in dottrina, quando si confonde tra validità/effettività dell'ordinamento nel suo complesso e validità/effettività della singola norma costituzionale. Mentre la validità dell'ordinamento può dirsi legata alla sua effettività²⁷, infatti, non accade lo stesso per la validità delle singole norme, che resta del tutto sganciata dall'effettività (anche una norma mai applicata può esserlo un bel giorno e in questo caso nessuno potrebbe invocare la precedente inapplicazione per contestarne la validità)²⁸.

3. L'attuazione e il suo rapporto con l'applicazione della costituzione

Cosa si intende per “attuazione costituzionale”? Cosa, in particolare, nella cultura giuridica del nostro Paese? Si tratta di un tema sul quale la nostra dottrina si è esercitata

²⁴ A me sembra che questa ipotesi coincida con quella della *Verfassungswandlung* nell'accezione del concetto come “mutamento del contenuto di norme costituzionali che non comporta una modifica del loro testo,” fatta propria da E.W. BÖCKENFÖRDE, *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel*, in *Festschrift Lerche*, München, Beck, 1993, trad. it. di M. Rampazzo Bazzan, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 608.

²⁵ H. EHMKE, *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, cit., 143, nt. 3.

²⁶ La *Verfassungsdurchbrechung* deve dunque ritenersi, in un ordinamento come il nostro, in via di principio illegittima. Nel senso che lo sia comunque in qualunque ordinamento fondato sul principio democratico (in forza della considerazione che il principio democratico implica “pubblicità”, chiarezza e conoscibilità della dimensione della statualità e soprattutto del suo livello costituzionale), H. EHMKE, *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, cit., 143, nt. 3.

²⁷ Il che mi sembra coerente con quella concezione unitaria della “realtà” (composta di testi normativi e di fatti; di dover essere e di essere) cui ho accennato più sopra.

²⁸ Del resto, già Jellinek aveva giustamente osservato che la desuetudine non può determinare l'abrogazione delle corrispondenti previsioni costituzionali (G. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale*, cit., 48).

Osservatorio sulle fonti

a lungo, sia per distinguere (quando ha distinto)²⁹ attuazione e applicazione della Costituzione, sia per definire lo spazio che la Costituzione lascia - appunto - alla propria attuazione rispetto a quello che resta libero e che potremmo dire *verfassungsrechtsleerer*.

3.1. Il problema delle norme costituzionali programmatiche

La prima questione ha una tale rilevanza pratica - oltre che un'evidente centralità teorica - che la nostra Corte costituzionale è stata costretta ad occuparsene subito, sin dalla sent. n. 1 del 1956. In quella notissima decisione la Corte prese posizione sulla nozione di "norma programmatica", ma per riuscire a farlo fu costretta quanto meno a sottintendere un'*actio finium regundorum* fra attuazione e applicazione della Costituzione.

Ebbene: la Corte mise molto bene in evidenza il dubbio che la "*nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche*" potesse avere una qualche utilità (oltre che su quello dell'abrogazione) sul piano dell'annullamento delle norme di legge incostituzionali. Infatti, tra le "*norme che si dicono programmatiche [...] sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa*". Senza contare che "*vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione*". In questo modo - mi sembra - la differenza concettuale dell'attuazione e dell'applicazione della Costituzione (per quanto fatalmente elastica nella concreta pratica dell'ordinamento) era definita con puntualità: la prima sarebbe consistita nel realizzare, secondo le cadenze e le priorità della politica, la volontà progettuale dei costituenti (per come oggettivatasi nel testo delle norme costituzionali); la seconda nel far valere la sua supremazia nei riguardi delle fonti subordinate. Protagonista della prima attività sarebbe stato il legislatore, mentre della seconda sarebbe stato lo stesso giudice costituzionale.

Questa sistemazione sinteticamente data all'intera problematica dalla Corte (sebbene lasciasse in ombra il ruolo del giudice comune, sul quale si tornerà più avanti) era, a me tuttora sembra, convincente. Se, infatti, per attuazione di una fonte normativa intendiamo (come si deve logicamente intendere) il portare ad effetto il suo contenuto prescrittivo (il contenuto prescrittivo delle sue disposizioni), la semplice applicazione di quella fonte (delle sue disposizioni) costituisce una forma della sua attuazione. L'attuazione in senso proprio, dunque, si può distinguere dalla semplice applicazione solo se e quando è

²⁹ Non mancano, infatti, i casi in cui fra attuazione e applicazione non si propone alcuna sostanziale differenziazione (cfr., ad es., S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/garanzie/bartole.html>, che non a caso parla anche, con formula generica e giuridicamente imprecisa, di "implementazione" della Costituzione; per la sostanziale sovrapposizione fra attuazione e applicazione, peraltro, v. già, dello stesso A., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, 165).

Osservatorio sulle fonti

proprio il contenuto precettivo delle disposizioni da attuare a richiedere qualcosa di più della semplice applicazione³⁰. È quanto accade quando una costituzione introduce istituti nuovi, per la cui operatività è richiesto l'intervento del legislatore (si tratta dell'ipotesi sulla quale ci si è maggiormente soffermati e sulla quale si scatenò da noi, specie fino agli anni Settanta, la polemica sull'inattuazione costituzionale)³¹, ma (ed è ciò che qui maggiormente interessa) è anche quanto accade allorché una costituzione traccia percorsi di sviluppo sociale, indica obiettivi, disegna scenari futuri. In queste ipotesi, l'eccedenza progettuale sottesa alle previsioni costituzionali impedisce che ci si accontenti della semplice applicazione e pretende che si metta in campo la capacità - appunto - progettuale della politica³².

Nel caso della nostra Costituzione la politica evocata dall'esigenza di attuazione non è solo quella delle istituzioni di governo. Come più volte mi è capitato di osservare, la Costituzione disegna tre distinte sfere dell'agire politico: la "politica nazionale", che i cittadini associati in partiti hanno il potere di "determinare" (art. 49); la "politica generale del Governo", attraverso la quale l'Esecutivo può svolgere il proprio indirizzo politico; su un piano intermedio fra le due, la "politica parlamentare", come quella che deve costituire la prima formalizzazione delle scelte compiute in sede di determinazione della politica nazionale (rielaborate in scelte legislative e di indirizzo condivise o comunque negoziate o almeno discusse) e il paradigma dell'indirizzo politico governativo. In questo articolato e raffinato scenario, è chiaro, il posto dei partiti (e dei cittadini in essi associati) non è "dentro" le istituzioni, ma "prima", sicché la progettualità politica evocata dalla Costituzione è - davvero - a tutto campo. Sempre, però, di *progettualità* specificamente *politica* (finalizzata, cioè, al governo della *pólis*) si tratta, sicché non sembra condivisibile la posizione di chi ritiene che l'attuazione costituzionale possa essere implicata, oltre che dall'esercizio di un potere politico, anche dall'esercizio di qualunque libertà (intesa come attività alla quale non si è giuridicamente vincolati)³³. È vero che, come può ben dirsi sulla scia di Esposito, i diritti costituzionali possono essere concepiti come frammenti di sovranità³⁴, ma, a parte il fatto che per Esposito questo valeva essenzialmente per i diritti connessi alla partecipazione politica (manifestazione del pensiero, riunione, associazione, iscrizione ai partiti), a me pare che l'attuazione della Costituzione possa distinguersi dalla sua applicazione solo se, come accennavo, non si ri-

³⁰ Analoga premessa, anche se, come subito vedremo, con diverse conclusioni, in V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, 148.

³¹ La stessa manualistica ebbe modo di dare conto di quel dibattito e di parteciparvi: basti pensare a C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., II, Padova, Cedam, 1975, 94.

³² A scanso di equivoci: la progettualità politica cui si fa riferimento nel testo non evoca la mera "disposizione *negoziale* dei c.d. attori costituzionali" della quale parla criticamente M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale*, cit., 333: se così fosse la precettività delle norme programmatiche svanirebbe e l'attuazione costituzionale si ridurrebbe alla registrazione dei risultati del libero (e non più solo discrezionale) confronto politico.

³³ Così V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito*, cit., 150.

³⁴ C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, rist., 10.

Osservatorio sulle fonti

duce all'occupazione degli spazi di libertà lasciati dalle norme costituzionali, ma si qualifica per la consapevole intenzione di realizzare un voluto costituzionale dinamicamente proiettato nel futuro.

È evidente che, così concepita, la questione dell'attuazione (come dimostra anche la ricordata sent. Corte cost., n. 1 del 1956) evoca quella delle norme programmatiche³⁵. Essa, a mio parere, è stata in genere ricostruita con toni agiografici, se non da trama cinematografica. È opinione diffusa, infatti, che in quella vicenda ci fossero i buoni (alcuni giudici di merito, alcune sezioni semplici della Suprema Corte); ci fossero i cattivi (altri giudici di merito e le Sezioni Unite della Cassazione) e ci fosse l'eroe capace di salvare i buoni dai cattivi (la Corte costituzionale). Lo schematico di questa ricostruzione, almeno se viene proiettata oltre la contingenza, non mi ha mai convinto³⁶ e credo che la cosa più interessante da fare sia vedere cosa, in termini dommatici, ci fosse sotto il duro scontro sulle norme programmatiche, che mise a rumore il mondo giuridico fra l'entrata in vigore della Costituzione e il 5 giugno del 1956, giorno in cui la Corte costituzionale depositava la propria prima sentenza, che - almeno in apparenza - metteva fine alle ostilità nei termini che sono ben noti.

Paradigmatico era stato il problema del rapporto fra l'art. 113 del t.u.l.p.s. del 1931 (a tenor del cui comma 1 *“Salvo quanto è disposto per la stampa periodica e per la materia ecclesiastica, è vietato, senza licenza dell'autorità locale di pubblica sicurezza, distribuire o mettere in circolazione, in luogo pubblico o aperto al pubblico, scritti o disegni”*) e l'art. 21 Cost.: il primo era stato abrogato - per incompatibilità - a seguito dell'entrata in vigore del secondo, oppure l'abrogazione non si era prodotta, poiché la natura dell'art. 21 Cost. - programmatica e non precettiva - l'aveva impedito?

La prima posizione fu sostenuta, ad esempio, dalla Terza Sezione della Cassazione penale, affermando che *“è evidente che si è voluto coll'art. 21 abolire ogni controllo anteriore alla sua espressione, che è sottoposta solo a quello successivo dell'A. giudiziaria, ove concreti un illecito penale (diffamazione, vilipendio, ecc.). Indiscutibile conseguenza di questa premessa è pertanto l'incompatibilità dell'art. 113 della legge di P.S., che tali preventivi controlli stabilisce, con l'art. 21 della Costituzione, secondo l'opinione in dottrina stabilita da chiari autori. [...] Le norme consacranti diritti di libertà sono, di massima, precettive e di immediata applicazione, purché non abbiano bisogno di essere integrate dal legislatore ordinario (Sez. unite, 7 febbraio 1948). E la norma dell'art. 21 risponde a tali requisiti per la sua formula completa, categorica, sostanzialmente analoga a quella dell'art. 111 successivo, relativamente alla quale questo*

³⁵ Nelle pagine che seguono riprendo anche testualmente, sulla questione delle norme programmatiche, le considerazioni svolte nel mio *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, Relazione al Convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura a Torino il 6 marzo 2012 su *“La Magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita”*, in corso di pubblicazione.

³⁶ Nella contingenza, in effetti, qualche *“cattivo”* c'era, perché la diffidenza nei confronti dell'integrale precettività delle norme programmatiche era perfettamente coerente con la cultura che (nella migliore delle ipotesi) potremmo dire *“acostituzionale”* di buona parte della magistratura. È quando dalla contingenza si esce, però, che lo schematico della posizione ricordata nel testo mostra la corda.

Osservatorio sulle fonti

*supremo Collegio già ha riconosciuto natura precettiva (Sez. unite, 25 giugno 1949)*³⁷. In sostanza: per quanto il dettato costituzionale fosse d'ampia portata, non era necessaria la sua "integrazione" da parte del legislatore e per questo la norma di legge che disponeva in difformità doveva ritenersi implicitamente abrogata per incompatibilità.

La seconda posizione trovò accoglienza da parte delle Sezioni Unite della Cassazione penale, che affermò che *"Il citato articolo [e cioè l'art. 21 Cost.], per la sua astratta dizione, non ha carattere precettivo di valore attuale, contenendo solo principii direttivi e programmatici che hanno bisogno di essere concretati e completati da ulteriori leggi ordinarie, le quali dovranno altresì fissare i limiti della libertà di manifestazione del pensiero che nell'articolo stesso non è stabilita in modo indiscriminato. [...] È da aggiungere che la dizione usata dal comma 2° («la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure») si adegua assai più ad una norma direttiva e programmatica, che non ad una norma precettiva di immediata applicazione, quale sarebbe apparsa quella del comma in questione se si fosse usata la diversa formulazione «la stampa non è soggetta ad autorizzazioni o censure»*³⁸. In sostanza: l'art. 21 conteneva precetti non definiti, sicché un contrasto diretto e puntuale non si poteva determinare e di abrogazione non si poteva parlare.

Entrambe le pronunce, si badi, postulavano l'esistenza della categoria delle norme "programmatiche", ma mentre la prima (secondo l'orientamento - poi abbandonato - che in quel torno di tempo andava sostenendo Vezio Crisafulli)³⁹ ravvisava la programmaticità nell'assunzione del legislatore a destinatario esclusivo della norma costituzionale, la seconda la ravvisava nella peculiare genericità o vaghezza di questa.

È evidente che sulla discussione gravava una pesante ipoteca dommatica, cioè che i rapporti tra la Costituzione e le leggi anteriori potessero ricostruirsi solo nei termini dell'abrogazione e non in quelli dell'invalidità. Se, infatti, si fosse applicato il criterio gerarchico e non quello cronologico (meglio: se quest'ultimo fosse stato applicato nei limitati casi in cui può esserlo quale criterio ordinatore dei rapporti tra fonti di diverso grado)⁴⁰, la problematica sarebbe stata impostata in termini più corretti e anche le soluzioni prospettate avrebbero potuto essere più attentamente costruite⁴¹.

³⁷ Cass. pen., Sez. III, 24 gennaio 1950, *Rossi e Fatti*, in *Sinossi giur.*, marzo-maggio 1950, fasc. 644. È interessante ricordare che, dopo la pronuncia delle Sezioni Unite che appresso si menziona, la Sez. III penale mutò indirizzo e affermò che *"per mancanza di concretezza conviene attribuire all'art. 21 della Costituzione l'efficacia di semplice, per quanto solenne, monito rivolto, oltre al futuro legislatore, anche agli altri poteri dello Stato, di guisa che, nel sistema delle leggi vigenti esso non venga trascurato dagli organi giudiziari e da quelli amministrativi"* (sent. 12 ottobre 1950, ora nella rivista telematica *Consulta on-line*).

³⁸ Cass. pen., Sez. un., 15 aprile 1950, *Bonazzi*, in *Sinossi giur.*, loc. cit.

³⁹ Cfr. V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, originariamente pubblicato negli *Scritti in memoria di Luigi Cosattini* (1948), ora in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 30 ss.

⁴⁰ Come si sa, la giurisprudenza è ferma nell'ammettere che anche una fonte sovraordinata possa determinare, in limitati casi, l'abrogazione (e non l'invalidità sopravvenuta) delle norme della fonte subordinata. Così, per quanto riguarda specificamente i rapporti fra Costituzione e legge, la Corte costituzionale (a parte quanto già aveva anticipato nella sent. n. 1 del 1956, della quale poi si dice nel testo) chiari,

Osservatorio sulle fonti

In verità, il tema dell'ammissibilità del sindacato di costituzionalità sulle leggi anteriori alla Costituzione si intersecava fatalmente con quello della natura programmatica o precettiva delle norme costituzionali e ne condizionava la soluzione: se - infatti - si fosse ammesso che le leggi anteriori alla Costituzione si potessero qualificare *invalide*, ove con esse contrastanti, la natura delle norme-parametro sarebbe divenuta recessiva, perché da molto tempo, ormai, l'ordinamento si era abituato ad ammettere l'invalidità di un atto anche in carenza di un contrasto diretto e puntuale con un paradigma normativo di altrettanto puntuale precettività. L'intera vicenda della giustizia amministrativa, dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato in poi, si era orientata in questo senso e, se si vuole, addirittura la stessa elaborazione del vizio di eccesso di potere poteva essere ricostruita nella chiave dell'ammissione di vizi derivanti dal contrasto con paradigmi fluidi ed elastici.

I tempi, però, non erano maturi perché si giungesse ad un simile approdo: la Costituzione aveva costruito un sindacato accentrato di costituzionalità, ma l'organo cui lo aveva affidato non era ancora in funzione, sicché era fatale che le istituzioni che, nelle more, avevano avuto in consegna il controllo di costituzionalità (i giudici comuni, ai sensi del comma 2 della VII Disposizione transitoria e finale) lo esercitassero secondo i moduli concettuali e argomentativi cui erano abituate.

I giudici italiani, a questo proposito, erano in possesso della più raffinata conoscenza della problematica dell'abrogazione, mentre esitavano - comprensibilmente, ad applicare al contrasto tra Costituzione e legge un criterio gerarchico che (nelle more della concreta istituzione della Corte costituzionale) avrebbe imposto di raggiungere il medesimo esito già determinatosi quanto al contrasto tra legge e regolamento: la disapplicazione. La tradizione del precedente ordinamento statutario e la difficoltà di abbandonare, tutto d'un tratto, il principio di supremazia della legge rendevano questa strada particolarmente impervia e suggerivano di imboccare il più agevole e conosciuto sentiero tracciato dal criterio cronologico.

La limitazione dell'orizzonte al criterio cronologico portava con sé l'accentuazione dell'importanza di due elementi che non sarebbero stati altrettanto centrali nell'universo

nella notissima (per le sue affermazioni in tema di continuità dell'ordinamento) sent. n. 13 del 1974, che, in linea di principio, "*il sopravvenire di nuove norme formalmente costituzionali, dotate come sono di forza giuridica prevalente rispetto a quella delle leggi formali ordinarie, determina l'invalidazione delle norme anteriori che divengano con esse incompatibili*", ma può anche "*- quando ricorra l'ipotesi di puntuale contrasto di precetti sul medesimo oggetto - provocarne l'abrogazione ex art. 15 disp. prel. cod. civ.*".

⁴¹ La vicenda mi sembra valutata in modo diverso da S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., 127 sgg., che ravvisa, nell'affermazione del principio gerarchico a scapito di quello cronologico, sancita dalla sent. Corte cost. n. 1 del 1956 (e confermata dalla sent. n. 13 del 1974, ricordata alla nota che precede) un indebolimento della forza precettiva della Costituzione e una riduzione del raggio della diretta applicabilità delle sue norme. La diversità di valutazione si deve, credo, al fatto che qui si considera il periodo immediatamente successivo l'entrata in vigore della Costituzione (nel quale la diffidenza nei suoi confronti era massima), mentre nel volume ora ricordato si ragiona soprattutto dell'atteggiamento della giurisprudenza a ridosso dell'entrata in funzione della Corte costituzionale (quando la rivoluzionaria novità dell'avvento della Costituzione aveva cominciato ad essere assorbita).

Osservatorio sulle fonti

del criterio gerarchico: la puntuale precettività della norma-parametro; il puntuale contrasto fra questa e la norma-oggetto⁴². Il principio di esclusione, che, nell'ipotesi del contrasto fra due previsioni normative, impone di applicare o l'una o l'altra, si può declinare nelle variegate forme dei singoli criteri per la risoluzione delle antinomie tra le fonti, ma l'opzione per l'una o per l'altra non è innocente e non è priva di conseguenze.

Sul piano dommatico, in realtà, la questione del rapporto fra Costituzione e legge sarebbe stata di grande semplicità. Come scrisse Crisafulli nella *Introduzione* alla sua notissima raccolta di saggi su *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, pubblicata nel 1952, "una Costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo"⁴³. In questo modo, sebbene lo stesso Crisafulli non lo ricordasse esplicitamente, il problema dell'antinomia tra legge e Costituzione veniva impostato come già il *Chief Justice* Marshall aveva indicato nel 1803: se la Costituzione è *paramount law*, è la Costituzione, non la legge, che deve prevalere. Dunque, come si legge - è ben noto - in *Marbury vs. Madison*, "Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it". Se, come è giocoforza fare, si opta per la prima alternativa, la conseguenza è che la legge contraria alla Costituzione è invalida: "If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable"⁴⁴.

Data questa logica premessa la conseguenza è infallibile: la legge è invalida per qualunque forma di contrasto con qualunque norma della Costituzione, nessuna esclusa. Il grado di difformità, che può essere importante nell'apprezzamento di un'intervenuta abrogazione, non conta quando ci si trova sul terreno dell'invalidità, perché il criterio gerarchico non conosce le medesime *nuances* di quello cronologico, non tollera problematiche coesistenze, ma impone l'espunzione dall'ordinamento (o quanto meno la disapplicazione) della norma di fonte inferiore che sia in contrasto con quella superiore.

Come accennavo, però, il principio del primato della Costituzione in quanto *paramount law* non bastò alla nostra giurisprudenza per risolvere compiutamente il problema dell'antinomia tra Costituzione e legge: scartata l'ipotesi dell'invalidità sopravvenuta una volta che si era operato lo slittamento dal criterio gerarchico a quello cronologico, si aprivano le porte alla contaminazione della problematica del primato della Costituzione con quella dell'abrogazione, che implica l'applicazione di schemi concettuali affatto inadatti alla soluzione delle nuove questioni poste dall'avvento di una Costituzione rigida. Di tutto questo fu pienamente consapevole la Corte costituzionale, che nella già ricordata sent. n. 1 del 1956 esordì proprio contestando il metodo seguito sino allora. Si

⁴² Ha correttamente parlato di un "contenuto normativo minimo atto a consentire ad una disposizione costituzionale di intervenire con effetti abrogativi sull'esistente tessuto legislativo" S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., 57.

⁴³ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 11.

⁴⁴ *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137.

Osservatorio sulle fonti

legge, infatti, in quella decisione, che “*Non occorre [...] fermarsi ad esaminare se e in quali casi, per le leggi anteriori, il contrasto con norme della Costituzione sopravvenuta possa configurare un problema di abrogazione [...]. I due istituti giuridici dell’abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell’abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge*”. Conclusioni ineccepibili, ma che - come ho cercato di dimostrare qui sopra - solo la Corte costituzionale, solo il giudice chiamato - in posizione di monopolio - ad esercitare il rivoluzionario potere di annullamento delle leggi, poteva, probabilmente, raggiungere.

Restava ancora annodato, invece, un più complesso groviglio problematico: quale sarebbe stato, in questo scenario, il compito del giudice comune? Avrebbe dovuto limitarsi a investire la Corte dei dubbi di legittimità costituzionale ai sensi dell’art. 23 della l. n. 87 del 1953 o avrebbe potuto e dovuto anche applicare direttamente (ai rapporti dedotti nei giudizi confidatigli) le norme costituzionali? E vi sarebbe stata differenza in ragione del maggiore o minore grado della precisione precettiva delle norme costituzionali (fermo restando che la precettività – finalmente - si sarebbe dovuta predicare di tutte)? Questi interrogativi, in qualche misura, sono aperti ancora oggi. Qui ci si limiterà a sfiorarli nella prospettiva del rapporto fra giurisdizione e attuazione costituzionale.

3.2. Attuazione costituzionale per via di giurisdizione?

È evidente che il compito di *applicare* la Costituzione deve essere assolto anche dalla giurisdizione. È la stessa supremazia della Costituzione che lo impone, reclamando che *tutte* le sue previsioni normative siano portate ad effetto. Ed è altrettanto evidente che nei lunghi anni dell’inerzia legislativa la magistratura ha contribuito con meritorio impegno alla difesa e al progresso dei principi costituzionali. È possibile (intendo: è ragionevole e legittimo), però, affidare alla giurisdizione il compito di *attuare* la Costituzione, esercitando una vera e propria funzione di “supplenza”⁴⁵?

All’interrogativo non si può rispondere correttamente se non si considera che la giurisdizione continua ad essere un problema, nell’architettura dei sistemi costituzionali. Non a caso Locke, fondatore della moderna dottrina della divisione dei poteri, disegnava, nel Cap. XII del secondo *Treatise*, un modello nel quale il giudiziario non era menzionato, ma implicitamente rientrava entro il potere esecutivo, chiamato a vigilare “all’esecuzione delle leggi”. E ancor meno a caso, un secolo e mezzo più tardi, Hegel,

⁴⁵ Che supplenza vi sia stata è un fatto (v., per tutti, sul punto, S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., spec. 163 sgg.). L’interrogativo che si pone nel testo, però, riguarda la coerenza di quel fenomeno con il disegno costituzionale dei rapporti fra i poteri.

Osservatorio sulle fonti

nei *Lineamenti di filosofia del diritto*⁴⁶, entro una concezione che negava la divisione dei poteri in quanto divisione (in quanto - cioè - “*autonomia assoluta* dei poteri, l’uno di fronte all’altro”), capace di distruggere l’unità dell’organizzazione statale (§272), identificava tre poteri dello Stato, concepiti come mere funzioni, diversi da quelli indicati nella fortunata sistemazione montesquieuiana: il legislativo, l’esecutivo e il sovrano, affidando al secondo la “sussunzione delle sfere *particolari* e dei casi singoli sotto l’universale” (§273, ma anche §283), e precisando che “dalla decisione è distinta l’esecuzione” (consistente nella “applicazione delle decisioni del principe”) e che “questo compito della sussunzione in generale comprende in sé il *potere governativo*, nel quale sono compresi il *potere giudiziario* e quello di *polizia*” (§287).

Ora, la giurisdizione, in quanto applicazione della legge, tende, in effetti, ad accostarsi fatalmente all’amministrazione, che non ha - essa stessa - funzione diversa da quella dell’applicazione della legge (per ragioni che non è necessario approfondire in questa sede credo che sia improduttivo il tentativo di operare una distinzione fra applicazione ed esecuzione della legge). Specularmente, si allontana dalla legislazione, tanto vero che la *ius-dictio*, già pel profilo terminologico, non si confonde con la *legis-latio* (tra *dicere* e *ferre* corre una differenza radicale). Tuttavia, poiché per essere applicata la legge richiede d’essere interpretata, poiché, anzi, l’interpretazione giuridica è - come chiarito da Gadamer⁴⁷ e assai più cautamente da Betti - interpretazione “per” l’applicazione,⁴⁸ e poiché i margini di apprezzamento dell’interprete sono molto ampi, l’idea che la legge possa essere applicata da giudici automi, mere *bouches de la loi*, ha dovuto essere da tempo abbandonata. Basta questo, però, per sovrapporre giurisdizione e legislazione, assecondando le suggestioni che vengono dai tardi riscopritori della *Freirechtsschule* ai fautori (di una certa lettura) dei modelli di *common law*, dai nostalgici della giurisprudenza antica o medievale a taluni neokelseniani? Non credo. Al di là d’ogni considerazione d’ordine teorico-generale, infatti, è doveroso tenere conto, nella nostra esperienza costituzionale, di un dato giuridico-positivo. Qualunque forma di governo democratica incorpora qualche elemento aristocratico, ma non per questo rinuncia ad assumere quello democratico quale principio fondamentale di legittimazione. È per questo che esse seguono la duplice (ma sovente coordinata) strategia di delimitare l’ambito di azione di quegli elementi, o di ricondurli tutti, magari indirettamente, al generale principio legittimante (democratico). Tra gli elementi aristocratici è la giurisdizione.

⁴⁶ I passi citati nel testo sono tratti dalla traduzione italiana di F. Messineo, Roma - Bari, Laterza, 1974. Si noterà che questa posizione, probabilmente antiliberal, non è necessariamente antidemocratica. Lo è solo a condizione che non sia democratica la politica cui essa subordina la giurisdizione.

⁴⁷ Per il quale, in effetti, “la conoscenza di un testo legale e la sua applicazione al caso giuridico concreto non sono due atti separati, ma un processo unico” (H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1960, trad. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 8^a ed., 19912, 361).

⁴⁸ Anche se non per la “immediata applicazione” (ché, altrimenti, non vi sarebbe spazio per un’interpretazione scientifica), “bensì nel senso di un orientamento dei consociati al lume di quelle direttive, la cui scoperta costituisce il più nobile compito della giurisprudenza teorica e pratica” (E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1990, II, 809).

Osservatorio sulle fonti

zione, il cui trattamento, da noi, non fa eccezione alla regola⁴⁹. È appunto per temperare l'inevitabile coloritura aristocratica della giurisdizione che l'art. 101, comma 1, Cost., vuole ch'essa sia "amministrata in nome del popolo", di quel popolo - cioè - che esercita la propria sovranità nelle forme stabilite dalla Costituzione (art. 1), epperò anche nelle forme rappresentative (tramite la legge parlamentare). Del popolo, si badi, non della nazione: questa previsione costituzionale, legando la giurisdizione al popolo e non alla nazione, vieta che le "correnti profonde" che l'interprete ritenga di percepire nel corpo sociale prevalgano sulla volontà popolare, per quanto contingente e per quanto mediata dalla rappresentanza (dalla legge) essa possa essere.

Non si potrebbe pensare che un passo come quello qui criticato sia suggerito dall'esistenza stessa di una Costituzione rigida e per valori, accoppiata ad una giurisdizione di costituzionalità, qual è la nostra. Non è vero, infatti, che la bickeliana *counter-majoritarian difficulty*⁵⁰ sia insormontabile e che l'accoppiata costituzione rigida più giurisdizione costituzionale sia inspiegabile nei termini del principio democratico di legittimazione. Da tempo, infatti, sono convinto che il problema sia esclusivamente di prospettiva, perché rigidità e controllo di costituzionalità non sono altro che strumenti di realizzazione della volontà *democratica* sottesa al patto costituzionale, patto destinato a prevalere sulle successive manifestazioni di volontà legislativa (ma non sull'eventuale volontà popolare di darsi un nuovo ordine costituzionale, che non può essere logicamente preclusa). È sempre il principio democratico, dunque, il fondamento delle costituzioni e delle loro garanzie, né le costituzioni sono - come peraltro molti sostengono - diritto naturale positivizzato, che sollecitino il loro interprete a svelare quanto, sotto la crosta del "positivo", v'è di "naturale": al di là del fatto che raramente le costituzioni sono intese a codificare la trascendenza⁵¹, fermo restando che in esso si può *credere*, nessuno è mai riuscito a *dimostrare* l'esistenza (e i contenuti) del diritto naturale, positivizzato o meno che sia, né il *fatto* (l'essere) della sempre maggiore ampiezza del consenso di cui

⁴⁹ La presenza di elementi aristocratici nelle costituzioni democratiche (di funzioni e poteri - cioè - apprezzati in ragione del principio di qualità e non di quello di quantità) è più diffusa di quanto comunemente si ritenga. La stessa rappresentanza scaturisce storicamente da un presupposto aristocratico, tanto vero che risulta logicamente abusivo (ma ormai fattualmente inevitabile) parlare di "democrazie rappresentative" (sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Articolo 75 - Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2005, Cap. I).

⁵⁰ Come è noto, essa è stata enunciata da A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven - London, Yale University Press, 1986 (1^a ed. 1962), 16, e si radicava nella constatazione della difficoltà di giustificare che nove uomini (e donne), privi di legittimazione democratica, dichiarassero invalide leggi liberamente approvate dagli organi della rappresentanza politica.

⁵¹ E certamente non lo ha fatto la nostra, come attesta il rifiuto di aprirla con l'invocazione a Dio, pur caparbiamente richiesta da La Pira sino all'ultimo ("mi pare che in Dio tutti possiamo convenire": *Atti Ass. Cost.*, 1^a ed., vol. X, 22 dicembre 1947, 3577) e abbandonata per la lucida comprensione della sua impraticabilità e per la generosa volontà di non introdurre, proprio nell'imminenza del voto finale, elementi di divisione ("Francamente, se tutto questo dovesse produrre la scissione nell'Assemblea, io per conto mio non posso dire che questo: che ho compiuto secondo la mia coscienza il gesto che dovevo compiere": *Atti Ass. Cost.*, 1^a ed., vol. X, 22 dicembre 1947, 3583).

Osservatorio sulle fonti

oggi godono certi diritti “umani” può valere (in presenza del divieto humaneo della fallacia naturalistica) a qualificare come *diritto* (come oggettivo sistema ordinato di dover essere) il loro fondamento. Né a me sembra che si possa sostenere che il diritto per principi, tipico delle costituzioni moderne, reclami dall’interprete un posizionamento analogo a quello di colui che si incontra con il diritto naturale, in ragione del fatto che, “in presenza dei principî, la realtà esprime valori e il diritto vale *come se* vigesse il diritto naturale”⁵². Fra il diritto naturale e il diritto positivo (ancorché di rango costituzionale) corre infatti una differenza non riducibile, che è data dall’intermediazione della volontà positivizzante. E la presenza di questo elemento volontaristico fa irrompere nel ragionamento dell’interprete elementi quali il testo, la storia, la vicenda politica, le soggettività sociali, che precludono qualunque sovrapposizione di logiche e di effetti tra due mondi (quello del diritto naturale e quello del diritto positivo) che restano irriducibili l’uno all’altro (fosse pure nella chiave di un evocativo *Als-Ob*).

Bene. Se la distinzione funzionale tra giurisdizione e legislazione è imposta dalla stessa Costituzione; se al giudice non è richiesto (né consentito) di farsi interprete, oltre che del diritto positivo, del sentimento o delle oggettive necessità della nazione; se al giudice non si chiede di fare giustizia sostanziale secondo la sua personale lettura dei valori costituzionali⁵³; se tutto questo è vero, allora la questione della distinzione tra norme programmatiche e norme precettive può darci ancora utili ammaestramenti. Non nel senso, si badi, che quella distinzione possa essere riproposta e rivitalizzata: la sua debolezza dommatica è stata dimostrata da tempo e senza appello. Nel senso, invece, che quella distinzione aveva comportato la soluzione praticamente corretta, anche se in termini dommaticamente errati, di una questione autentica e delicata come quella dell’attuazione della Costituzione. Che passa dalle aule parlamentari (e comunque dai processi decisionali democratici) e non dalle aule di giustizia. È vero che le norme costituzionali non si indirizzano al solo legislatore, ma a tutti i poteri pubblici e (aggiungo) a tutti i cittadini, ma non per questo si può dire che “la Costituzione rompe il monopolio legislativo dell’attuazione”⁵⁴. Chi sostiene questa tesi, non a caso, sottolinea le virtù della “applicazione diretta”⁵⁵, ma - come ho cercato di dimostrare - l’attuazione in senso proprio è cosa diversa dalla (pur diretta) applicazione⁵⁶. E la stessa applicazione, da noi, è segnata dalla previsione del sindacato accentrato di costituzionalità, che, se non esclude la possibilità della diretta utilizzazione delle norme costituzionali da parte del giudice

⁵² Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 162, sulla premessa che nelle costituzioni moderne si realizzi l’aspirazione alla “determinazione della giustizia e dei diritti umani” (*ivi*, 155).

⁵³ Come, invece, sempre più frequentemente è accaduto. Correttamente lamenta il fatto che “la costituzione è stata intesa come limite dell’interpretazione, non più invece come suo fondamento”. G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Costituzionalismo.it*, 26 giugno 2010, 4.

⁵⁴ Così, invece, R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1986, 89.

⁵⁵ R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, cit., 90.

⁵⁶ Ai fini propri di questo scritto è sufficiente mettere in luce la differenza specifica fra l’applicazione e l’attuazione della Costituzione. Non è necessario, invece, interrogarsi sulle caratteristiche interne del procedimento intellettuale che qualificiamo, appunto, applicazione (che sono definite in sede di teoria dell’interpretazione e di dottrina dell’azione giudiziaria e amministrativa).

Osservatorio sulle fonti

comune, non gli permette di farne uso in luogo di quelle legislative, il cui effetto di vincolo può essere eliminato solo a condizione che sia sollecitata una pronuncia della Corte costituzionale e che questa sia di accoglimento⁵⁷.

3.3. Crisi della politica e supplenza della giurisdizione

Ora, è evidente che il modello costituzionale dell'attuazione, tutto centrato nell'attivazione del complesso e raffinato circuito delle tre sfere della politica che ho prima menzionato, in tanto può funzionare in quanto sia ben operativo il meccanismo dal quale quell'attivazione dipende, e cioè il raccordo cittadini-partiti. Quel raccordo, però, entra in crisi con gli anni Ottanta⁵⁸, quando, per un verso, la competizione politica per la Presidenza del Consiglio (ormai contendibile dai partiti laici) comincia a fare aggio sul confronto tra i partiti sui contenuti della politica nazionale e, per l'altro, le élites di partito diventano autoreferenziali, il professionismo politico (weberianamente inevitabile) smarrisce la sua funzione (oltre che egoistico-individuale) altruistico-sociale e la personalizzazione della lotta per il governo della cosa pubblica (alimentata dai mezzi di informazione e dallo scadimento delle culture politiche) conduce i leader politici a pronunciare molti più "io" di quanti "noi" non siano in grado di proferire⁵⁹.

Ma non basta. Se gli anni Ottanta avevano segnato un punto di crisi del modello costituzionale dell'agire politico, la fine del secolo porta con sé una più radicale e generale crisi della politica, alla quale fa da contraltare il rafforzamento della giurisdizione nell'adozione delle scelte pubbliche⁶⁰.

In estrema sintesi, possiamo dire che la crisi della politica, in particolare di quella politica parlamentare nella cui sfera si svolge l'attività legislativa, si spiega con:

a) i fenomeni di globalizzazione e sovranazionalizzazione (che tuttavia, deve essere ben chiaro, sono il portato non solo di processi oggettivi, ma anche e soprattutto della

⁵⁷ Vanno fatti salvi, ovviamente, i casi di diretta abrogazione delle leggi anteriori da parte della Costituzione, dei quali si dice, qui, al par. 3.1.

⁵⁸ Per la verità, alcuni anticipano le manifestazioni della crisi agli anni Settanta (le c.d. "leggine" ne sarebbero un esempio: M. FIORAVANTI, *La trasformazione del modello costituzionale*, in AA. VV., *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta*, vol. IV, *Sistema politico e istituzioni*, a cura di G. De Rosa e G. Monina, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, 301 sgg.), ma l'apparire delle prime crepe nell'edificio costruito dai Costituenti non deve essere scambiato con le scosse telluriche che lo scuoteranno un decennio più tardi.

⁵⁹ È bene che non vi siano equivoci. Quanto si dice nel testo non significa che prima degli anni Ottanta il sistema politico-partitico italiano fosse privo di difetti e che i meccanismi costituzionali della decisione pubblica funzionassero perfettamente: sono arcinote le critiche all'ingessatura della formula politica, agli eccessi di occupazione partitica delle istituzioni, alla debolezza della società civile e alla limitatezza della sfera pubblica di quella "che conta". Nondimeno, quella degli anni Ottanta è un'autentica svolta, perché più che di violazioni del modello costituzionale del circuito decisionale pubblico si può cominciare a parlare del manifestarsi della tendenza ad un suo abbandono.

⁶⁰ Diversa la periodizzazione proposta - fra gli altri - da S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., 166, che vede un punto di svolta già nel Congresso di Gardone dell'ANM del 1965. A mio avviso, se allora si registrò un indiscutibile salto culturale, i suoi effetti pratici avrebbero potuto compiutamente dispiegarsi solo in corrispondenza di una parallela crisi della politica che allora era ben lontana dal manifestarsi.

Osservatorio sulle fonti

diffusa e concorde volontà delle classi politiche nazionali, che quei processi hanno accompagnato e favorito, se non addirittura originato);

b) il consapevole ritrarsi della politica (democratica) da alcune decisioni fondamentali, abbandonate alla giurisdizione (è il caso dell'obiezione di coscienza, della libertà religiosa, del diritto di non farsi curare, etc.) o alle autorità indipendenti (è il caso della regolazione dei mercati);

c) l'abbassamento della qualità della classe parlamentare e degli stessi apparati serventi della politica.

A sua volta, e sempre in sintesi estrema⁶¹, la centralità della giurisdizione (oltre che, ovviamente, alla libertà di campo aperta dalla crisi della politica e della legislazione) si deve almeno a:

a) l'"accresciuto flusso di domanda verso la funzione giurisdizionale", collegato alla crisi delle altre autorità sociali⁶²;

b) il diffondersi di un atteggiamento culturale che vede l'essenza del diritto assai più nella giurisdizione che non nella legislazione (il diritto non sarebbe "anche", ma "solo" quello "detto" da un giudice);

c) l'affermarsi nella giurisprudenza di alcuni indirizzi teorici particolarmente favorevoli all'espansione del giudiziario, come la lettura molto rigida del divieto di *non liquet*⁶³, l'applicazione estrema della norma generale inclusiva (che postula che il diritto non tolleri lacune e che - comunque - sia compito della giurisdizione colmarle), l'utilizzazione anomala del principio dell'interpretazione conforme (che ha condotto alla crisi dell'incidentalità e allo sviluppo di una sorta di improprio sindacato diffuso di costituzionalità)⁶⁴, l'ampliamento del raggio delle questioni sulle quali si ritiene che la giurisdizione sia legittimata a pronunciarsi, testimoniata dal difficile momento che (nonostante quanto statuisce il diritto positivo)⁶⁵ vive la dottrina dell'insindacabilità

⁶¹ Un esame più diffuso di alcuni dei fattori che appresso si elencano si trova, da ultimo (ma con accenti di condivisione) in F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, *passim*.

⁶² V., ad es., i rilievi di A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998, 40 ss.

⁶³ Cfr., ad es., Cass. civ., Sez. V, 12 settembre 2008, n. 23517.

⁶⁴ Rinvio, per alcune considerazioni critiche, al mio *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, ne *Il Foro amministrativo*, suppl. al n. 7-8/07, *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, a cura di M.A. Sandulli, pp. 87-101.

⁶⁵ Cfr., in particolare, l'art. 3, comma 1, della l. 20 giugno 2003, n. 140, a tenor del quale "L'articolo 68, primo comma, della Costituzione si applica in ogni caso per la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altro atto parlamentare, per ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento", e l'art. 7, comma 1, cod. proc. amm., a tenor del quale "Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

dell'atto politico (peraltro ripresa, di recente, da un'importante pronuncia della Corte costituzionale)⁶⁶.

I fenomeni ora sommariamente descritti potrebbero essere minimizzati sostenendo che la giurisdizione e la legislazione si muovono, in realtà, su due piani diversi, che sono quello della fattispecie singola e concreta (per la prima) e quello delle fattispecie generali e astratte (per la seconda)⁶⁷. In verità, a parte ogni considerazione sulla possibilità di una “attuazione costituzionale caso per caso”⁶⁸, non è sempre così sul piano degli effetti (come dimostrano le leggi provvedimento e l'estensione *erga omnes* degli effetti delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale)⁶⁹, ma non è sempre così

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 81 del 2012. Ivi si legge che l'affermazione della “esistenza di spazi riservati alla scelta politica” è “condivisibile e suffragata da elementi di diritto positivo. Ciò nondimeno, gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate”. La sentenza è stata variamente commentata in dottrina, ma in genere sostenendo che la Corte avrebbe, in realtà, dichiarato la fine dell'atto politico come atto insindacabile in sede giurisdizionale (così, con vari accenti, F. BILANCIA, *Ancora sull'“atto politico” e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, spec. 2; R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quad. cost.*, 2012, spec. 7; M. G. RODMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *Federalismi*, 2012, spec. 6 sg.). A mio avviso, invece, la Corte non ha fatto altro che delimitare i confini della sindacabilità degli atti di pubblico potere, rilevando come la politicità insindacabile si arresti di fronte alla sindacabilità giuridicità del limite. Che questo, poi, significhi che la categoria dell'atto politico è stata salvaguardata, ma precisata nei suoi presupposti, oppure che si è finito per rendere irrilevante la distinzione fra atto politico e atto di alta amministrazione, badando all'esistenza o meno di limiti imposti dal diritto positivo (come ritiene M. BELLETTI, *“Torniamo allo Statuto”... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie*, in *Forum di Quad. cost.*, 2012, 9, laddove osserva che occorre “emanciparsi dalla distinzione tra attività politica e attività amministrativa, per muovere a verificare i margini di sindacabilità di un'attività che comunque resta nella sua natura politica, ma che deve svolgersi entro «binari» normativamente stabiliti”) è cosa tutto sommato irrilevante sul piano degli esiti pratici.

⁶⁷ È quanto ha fatto Roberto Bin nella discussione svoltasi in occasione del Convegno del quale si è detto in *Avvertenza* e per il quale questo scritto è stato elaborato. Lo stesso A. aveva parlato, in scritti precedenti, di una separazione fra legislazione ed esecuzione della legge che si risolveva nella costruzione di due diversi “circuiti”: l'uno “dominato dalla volontà politica”; l'altro “dominato dal ragionamento giuridico” (cfr. *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del XX Convegno annuale dell'AIC (Roma 27-28 ottobre 2006), Napoli, Jovene, 2010, 215).

⁶⁸ Ammessa, ad es., da S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., 414.

⁶⁹ Senza contare la tendenza a rafforzare anche il rigore degli effetti delle pronunce della Corte di cassazione, come dimostra l'art. 360-bis cod. proc. civ., a tenor del quale, come è noto, il ricorso per cassazione è inammissibile (in realtà: manifestamente infondato) “quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non of-

Osservatorio sulle fonti

nemmeno sul piano delle premesse, perché la giurisdizione (in particolare, ma non solo, costituzionale) assume proprio le stesse premesse da cui muove la legislazione una volta che - sganciata dal testo - risolve il caso concreto che è chiamata a giudicare bilanciando i diversi interessi in giuoco e prospettandosi gli effetti di sistema della propria decisione⁷⁰. Una volta che, in definitiva, essa “interpreta in senso normativo il principio funzionale che mira alla migliore attività d’integrazione possibile da parte della costituzione” (con la conseguenza che “tale principio, che nella sua applicazione può rendere necessarie delle modifiche costituzionali, viene assunto fin dall’inizio come punto di riferimento per una interpretazione costituzionale, presa coscientemente come mutevole”)⁷¹.

In ogni caso, questi fenomeni non sempre sono stati valutati negativamente dalla dottrina costituzionalistica. È comprensibile: lo è sul piano - diciamo così - sociopsicologico, perché sviluppi di questo genere favoriscono una buona collocazione sociale del ceto dei giuristi e, quindi, ne sollecitano la condivisione; lo è anche sul più nobile piano scientifico, perché la riduzione dello spazio dell’intermediazione legislativa, frutto della discrezionalità politica, e l’ampliamento di quello della giurisdizione sembrano esaltare l’efficacia prescrittiva delle norme costituzionali. È comprensibile, dunque, ma non per questo è condivisibile.

Tralasciando ogni considerazione sugli interessi di ceto (per i quali ciascuno deve interrogare la propria coscienza), basta dire che quella che sembra esaltazione della prescrittività costituzionale è, in realtà, radicale alterazione del modello disegnato dalla Costituzione repubblicana, che è strutturato secondo le linee direttrici prima indicate ed è fortemente caratterizzato dal positivo apprezzamento dell’agire politico, inteso anzitutto come strumento di compimento del percorso di sviluppo della personalità di tutti e di ciascuno tracciato dall’art. 3, comma 2. E se un sociologo può limitarsi a registrare e spiegare il fenomeno, uno studioso del diritto costituzionale non può non segnalarne lo scostamento dal dover essere rinvenibile nello *ius positum*. Anche in fatto, del resto, si può dubitare della tenuta dell’indirizzo che è andato maturandosi: la stessa Corte costi-

fre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa”). Sulla questione, le notazioni critiche di M. ESPOSITO, *Iurisdiction in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, spec. 814 ss.

⁷⁰ Lo stesso R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantitativa delle fonti del diritto*, in AA.VV. *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, Jovene, 2009, I, 46) ha riconosciuto che talora i giudici, specie quelli “di grado più elevato”, compiono talora operazioni di “interpretazione *in abstracto*”, in ragione delle quali stabiliscono “non tanto quale sia lo schema dei possibili significati di una determinata posizione, ma addirittura il senso istituzionale più generale che va attribuito ad un atto, ad un determinato principio o *allo stesso compito loro affidato*” (cors. mio).

È proprio procedendo come si dice nel testo che specie la Corte costituzionale ha cessato di esercitare il controllo sull’attuazione della Costituzione per farsene (dell’attuazione) essa stessa soggetto (M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale*, cit., 359), peraltro senza avere tutti gli strumenti di cui dispone il legislatore (e quindi con gravi effetti di inefficienza del sistema: v. quanto sempre Esposito precisa *ivi*, 334).

⁷¹ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Note*, cit., 624.

Osservatorio sulle fonti

tuzionale, quando ha ampliato le tutele dei diritti (specie sociali) o ne ha costruiti di (apparentemente) “nuovi”, sovente non ha fatto altro che dare forma di precetto costituzionale ad iniziative già avviate dal legislatore⁷², ovvero ad utilizzare gli spazi *applicativi* aperti dagli interventi *attuativi* del legislatore⁷³.

Non basta. I critici della Costituzione repubblicana hanno denunciato l'incoerenza dei suoi principi, spesso ritenuti in contraddizione l'uno con l'altro, e la debolezza del suo quadro istituzionale, che ci avrebbe consegnato una sorta di Italia invertebrata. Ho sempre ritenuto che la critica fosse infondata in diritto e strumentale in fatto. Tuttavia, su un punto si può concordare: la Costituzione non disegna un quadro di principi pacificato e pronto ad un lineare e composto sviluppo. Quello che ai critici, però, sembra sfuggire è che questa apparente incoerenza è, in realtà, ricchezza di pluralismo e consapevolezza dell'ineliminabilità del conflitto⁷⁴. È anche per questo che, come rilevavo più sopra, l'attuazione della Costituzione non si accontenta delle aule dei tribunali (foss'anco costituzionali) ma pretende di passare attraverso le aule parlamentari. E pretende, anzi, di generarsi primariamente fuori da qualsivoglia aula, nel contesto della competizione e del confronto che sono gli strumenti per quella definizione della politica nazionale che l'art. 49 affida ai cittadini, liberamente associati in partiti.

Qui la questione dell'attuazione costituzionale si salda con quella del sistema politico e della sorte della forma-partito. Non si può immaginare di affidare alla giurisdizione il compito di sorreggere una comunità politica che non può contare su un corretto funzionamento del circuito della rappresentanza: la supplenza può essere un *fatto*, ma ciò non toglie che questo fatto non corrisponda al *modello* costituzionale e che, comunque, non può essere questa la soluzione del problema. Certo, lo scadimento della qualità della politica è evidente, come è evidente la sua incapacità di comprendere la stessa funzione che le è propria, accompagnata all'abdicazione in favore di una tecnica autoreferenziale e (alla prova dei fatti) distruttiva. Non per questo, però, possiamo dare per scontato d'essere rimasti orfani della politica e possiamo immaginare di rifugiarci nella giurisdizione, quasi che il “governo dei custodi” possa sostituirsi al “governo dei governanti”. Il nostro ordinamento ha un disperato bisogno *sia* di giurisdizione, *sia* di legislazione, perché nessuna delle due basta a se stessa.

⁷² In questo senso, giustamente, da ultimo, S. SCAGLIARINI, *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, spec. 43 (può leggersi al link <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapaniscagliarini.pdf>).

⁷³ Già anni addietro si faceva, esattamente, l'esempio delle conseguenze determinate sugli indirizzi giurisprudenziali dalla legge sul Servizio sanitario nazionale (V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito*, cit., 184).

⁷⁴ L'importanza del conflitto come categoria primaria (anche) del diritto costituzionale è stata opportunamente sottolineata, da ultimo, ma in chiave di teoria generale e non con specifico riferimento alla Costituzione italiana, da G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

Osservatorio sulle fonti

4. Spazi “vuoti di Costituzione”?

Ma torniamo alla questione dell’attuazione costituzionale. È diffusa la tesi che la Costituzione reclaims sempre e comunque il massimo di attuazione e che essa pervada, con precetti immediatamente applicabili, ogni settore della vita associata. Non è così.

A parte il fatto che è evidente la presenza di spazi, in tutto o in parte “vuoti di Costituzione” (si pensi alla stessa “formula” del sistema elettorale, che i Costituenti lasciarono volutamente aperta, consentendo passaggio dal proporzionale al maggioritario e ritorno)⁷⁵; a parte il fatto che qualunque costituzione “non può che lasciare «libera» da prescrizioni, per quanto estese ed incisive siano le sue proposizioni, una serie, storicamente variabile, di rapporti sociali e di manifestazioni giuridiche”⁷⁶, va detto (come mi è parso di dover osservare in altra occasione)⁷⁷ che la Costituzione non intende essere totalizzante, non nutre eccessi giacobini, non impone modelli astratti, ma traccia concrete linee di tendenza e offre - alla politica che sappia e voglia servirsene - gli strumenti per assicurare il progresso dei singoli e dell’intera comunità nazionale. L’art. 3, comma 2, disegna un grande *processo* di emancipazione personale e sociale, non indica un preciso *modello* di società. Esso assume come meritevole di protezione l’interesse a che *ciascuno* realizzi il proprio progetto di emancipazione personale, ma la Costituzione non pretende di definirlo in positivo, limitandosi - invece - a contenerne la realizzazione entro i confini necessari perché non ne siano impediti gli analoghi progetti di tutti gli altri. Ciò conferma che l’attuazione (non l’applicazione, è bene ribadire) costituzionale non può passare direttamente per l’azione del giudice e che la politica ha ancora un suo spazio, ha ancora il compito di identificare tempi e modi del compimento del percorso indicato dalla Costituzione.

Non per questo, però, può essere condivisa la tesi (avanzata a suo tempo da Franco Modugno)⁷⁸ che la legge sia costantemente lo svolgimento (per di più doveroso) della Costituzione. Ad escludere questa conclusione stanno sia la sussistenza di spazi che la Costituzione lascia fatalmente liberi, sia la segnalata natura aperta del percorso di sviluppo e trasformazione sociale che questa ha tracciato. Postulare l’essenzialità dell’intermediazione legislativa al fine dell’attuazione (in senso proprio) costituzionale non equivale a funzionalizzare la legge, sempre e comunque, all’attuazione.

⁷⁵ Rileva S. BARTOLE, *Interpretazioni*, cit., 205 ss., che gli spazi vuoti di normazione costituzionale (immediatamente applicabile) si concentrano nella materia dell’organizzazione. Nondimeno, per le ragioni che subito si diranno nel testo, il carattere aperto della nostra Costituzione comporta l’esistenza di numerosi spazi lasciati alla libera determinazione dei cittadini anche nella materia dei rapporti fra di loro e con lo Stato.

⁷⁶ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito*, cit., 147.

⁷⁷ Rinvio nuovamente agli spunti del mio *Unità nazionale e struttura economica*, cit. 685 ss., nonché, già molto prima, de *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, spec. 128 ss.

⁷⁸ F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, I, *Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1970, 123 ss.

Osservatorio sulle fonti

5. Attuare, cambiare o alterare la Costituzione?

La politica (a partire dalla legislazione), dunque, come strumento di attuazione della Costituzione. Questa conclusione, tuttavia, rimanda ad un paradosso e sollecita un interrogativo.

Il paradosso è quello che l'attuazione della Costituzione è stata sollecitata, da una parte della dottrina, non allo scopo di esplorare compiutamente le potenzialità del modello costituzionale, ma per far dischiudere i germogli di un modello alternativo, che - pure - la Costituzione porterebbe in grembo. È paradigmatico, in questa prospettiva, il pensiero di Maranini. Questi registrava la logica proporzionalistico-partitocratica che, visto come era stata eletta la Costituente, aveva presidiato alla nascita stessa della Costituzione⁷⁹. Vedeva, però, nella Costituzione i segni (per dirla con Lijphart)⁸⁰ non solo di una *consociational* (o *consensus*) *democracy*, ma anche di una *majoritarian* (o *Westminster*) *democracy*. In particolare, la precarietà degli equilibri tra le forze politiche avrebbe indotto all'adozione di "istituti che esprimevano idee contraddittorie e inconciliabili", dalle quali sarebbe derivato un disegno indeciso e aperto, tanto aperto che "la stessa varietà di soluzioni rese possibili dalle sue contraddizioni, con la sua sostanziale elasticità lasciò aperta la porta a larghezza di adattamenti e di interpretazioni"⁸¹. Secondo questa impostazione, in buona sostanza, centralità parlamentare e protagonismo della partecipazione popolare attraverso i partiti sarebbero stati il prezzo contingente da pagare alla diffidenza reciproca tra le forze politiche e ai condizionamenti della situazione internazionale, ma non sarebbero stati le scelte autenticamente qualificanti il disegno costituzionale, che, anzi (con l'attuazione delle Regioni e della Corte costituzionale e con il rafforzamento dei poteri del Governo e del capo dello Stato), avrebbe potuto evolvere verso approdi (per Maranini) più condivisibili, sostanzialmente coincidenti - mi pare - con il modello presidenzialista e federalista americano. In sostanza: "dal testo della Costituzione italiana potrà svolgersi forse, sotto pretesto e nome di attuazione della Costituzione stessa, un assetto costituzionale ben diverso da quello presente"⁸². *Sotto pretesto e nome di attuazione della Costituzione*: gli sconfitti della storia, coloro che avevano dovuto subire *ob torto collo* scelte costituzionali incompatibili con i loro ideali, rivelavano, con questa piccola frase, che la loro dottrina di una Costituzione futura nascosta "dentro" quella presente altro non era che pura ideologia e che il preteso disvelamento di questa Costituzione nascosta sarebbe stato, in realtà, la creazione (con mero nome di "attuazione") di un modello interamente nuovo e da loro vagheggiato.

⁷⁹ G. MARANINI, *Le istituzioni costituzionali*, in AA. VV., *Aspetti di vita italiana contemporanea*, Bologna, Cappelli, 1957, 1 ss., ora ripubblicato (a cura di T. E. Frosini) con il titolo *Il mito della Costituzione*, Roma, Ideazione, 1996, 56 ss. (da questa edizione, qui e oltre, si cita).

⁸⁰ A. LIJPHART, *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*, New Haven-London, Yale Univ. Press, 1977 (rist. 1980), spec. 25 sgg.; ID., *Patterns of Democracies, Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, New Haven-London, Yale Univ. Press, 1999, spec. 9 ss., 31 ss.

⁸¹ G. MARANINI, *Il mito della Costituzione*, cit., 59.

⁸² G. MARANINI, *Il mito della Costituzione*, cit., 85.

Osservatorio sulle fonti

L'interrogativo è questo: a quale livello delle fonti può situarsi l'intermediazione legislativa funzionale all'attuazione della Costituzione? In chiaro: la revisione della Costituzione può essere un mezzo della sua attuazione⁸³? La risposta al quesito dipende, a mio avviso, dalla teoria della Costituzione dalla quale si prendono le mosse. Solo chi condivide l'idea che le costituzioni siano essenzialmente tavole di valori (ancorché, come a me pare, non "universali" o "trascendenti", bensì negoziati o imposti all'atto dell'esercizio del potere fondativo del nuovo ordine costituzionale) e che il loro interesse sia preservare l'essenza di valore racchiusa nelle singole prescrizioni giuridico-positive, infatti, può dare una risposta affermativa⁸⁴. E può darla, anzi, solo a certe condizioni, che variano a seconda che la revisione incida sulla c.d. costituzione dei diritti oppure sulla c.d. costituzione dei poteri (da noi: sulla prima o sulla seconda parte della Costituzione). Quando si incide nella costituzione dei poteri, la revisione può essere concepita come un mezzo di attuazione solo se - come a me sembra necessario fare - si postulano l'unitarietà della costituzione e un nesso di strumentalità della costituzione dei poteri rispetto alla costituzione dei diritti (e dei doveri). Quando, invece, si incide nella costituzione dei diritti, si tratta di distinguere tra la revisione che si limita ad un aggiustamento delle norme costituzionali senza intervenire sul valore costituzionale ch'esse positivizzano e quella che - invece - opera proprio sul valore (anche, eventualmente, allungando il catalogo dei diritti fondamentali)⁸⁵. Mentre la prima ipotesi non pone problemi, la seconda può essere letta nella chiave dell'attuazione costituzionale solo a condizione che si presupponga l'esistenza di un valore costituzionale "più alto" o di un metavalore, che consenta ovvero imponga la modificazione addirittura dei valori costituzionali per assicurare nella massima misura possibile il suo inveroamento.

È evidente che le questioni più formidabili le pone quest'ultima prospettiva, che in genere è coltivata da coloro che disegnano una gerarchia dei valori costituzionali e collocano al suo vertice la dignità umana. È una dottrina che, però, non mi convince sul piano teorico (per l'imprecisione giuridica dei concetti utilizzati) e che a mio avviso si rivela praticamente insostenibile (come dimostrano i numerosi casi in cui la stessa dignità umana entra nel bilanciamento tra valori). Per ragioni di economia del lavoro non è peraltro possibile, qui, esplicitare le ragioni di questa posizione critica⁸⁶.

⁸³ Per la verità, la dottrina sembra dare al quesito un'implicita risposta affermativa, almeno tutte le volte in cui, trattando dell'attuazione della Costituzione, finisce per discutere della sua revisione (così, ad es., S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *L'attuazione della Costituzione tra recenti riforme e ipotesi di revisione*, in AA. VV., *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, a cura dei medesimi, Pisa, Plus, 2002, 5 ss.

⁸⁴ Non seguirei, dunque, necessariamente M. ESPOSITO, *Ipotesi sulla evoluzione convenzionale*, cit., 330, laddove afferma che la funzione della revisione "solo per paradosso può ritenersi di conservazione della Costituzione".

⁸⁵ Anche l'introduzione di un nuovo diritto, infatti, come è stato più volte rilevato da Alessandro Pace e da chi scrive, ha un costo, perché comporta l'allungamento del catalogo dei doveri e altera la posizione relativa dei diritti preesistenti nel contesto del reciproco bilanciamento.

⁸⁶ La mia posizione sul punto è accennata in *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli, Jovene, 2009, 1055 ss.

Osservatorio sulle fonti

6. La Costituzione repubblicana è inattuata e inattuale?

La questione dell'attuazione costituzionale nell'Italia repubblicana, sondata nelle pagine che precedono, non ha senso per chi ritiene che la nostra Costituzione sia ormai datata e inattuale (epperò anche inattuabile). Chi la pensa in questo modo muove da una precisa nozione di "costituzione inattuata" e avanza, in genere, tre ordini di argomenti: che al testo delle disposizioni costituzionali non corrisponda più la *realtà* dei rapporti sociali; che la Costituzione sia *inadeguata* rispetto ai bisogni del momento storico presente; che il venir meno del *blocco sociale* che ha negoziato (al proprio interno) e imposto (all'esterno) la Costituzione abbia travolto anche quest'ultima. Con questa opinione è indispensabile confrontarsi, se non si vuole dubitare che l'itinerario percorso sin qui valesse la pena d'essere esplorato.

i) L'argomento della *realtà* si radica in una molteplicità di suggestioni teoriche, tutte unificate, comunque, dalla svalutazione del testo delle fonti normative. È, questo, l'approccio del realismo giuridico (nelle sue molteplici forme di manifestazione), ma anche quello dell'idealismo. Già in un passaggio dello scritto (risalente al 1801, ma) pubblicato *post mortem* con il titolo *La Costituzione della Germania*, Hegel aveva proclamato che "una teoria dello Stato [...] parla davvero di stato e di costituzione solo se essa coincide con la realtà"⁸⁷, ma ancor più nettamente, alcuni decenni dopo, Savigny affermava che lo spirito deve prevalere sulla lettera della legge, tanto che, in caso di contrasto, l'interpretazione della lettera dev'essere corretta ("il testo stampato, nel suo rapporto con la vera espressione, è da considerarsi solamente come la lettera della lettera, dunque esso è anche inferiore a quella, e non dovrà per conseguenza sfuggire a quella stessa correzione")⁸⁸.

Nella prospettiva dell'attualità o meno della Costituzione, fra le ragioni teoriche che inducono a rigettare le posizioni che predicano la svalutazione del testo in favore della "realtà di fatto"⁸⁹ assume un rilievo particolare la semplice considerazione, già avanzata in precedenza, che di quella realtà di fatto fa pienamente parte lo stesso testo costituzionale, sicché non si tratta tanto di contrapporre la realtà al testo, quanto di ricostruire compiutamente il ruolo che il secondo gioca nella strutturazione della prima. La sola esistenza di un testo costituzionale, infatti, delimita le possibili strategie degli attori politici e regala una preziosa riserva di legittimazione a tutti coloro che vogliono difendere

⁸⁷ G.W.F. HEGEL, *La Costituzione della Germania*, in *Scritti politici*, a cura di C. Cesa, 2^a ed., Torino, Einaudi, 1974, 23. Nell'edizione curata da Georg Mollat (con il titolo *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, Stuttgart, Frommann, 1935, 1), si dà conto di un illuminante frammento di una precedente versione, nel quale la crisi della statualità tedesca è ricondotta alla riduzione della generalità (*Allgemeinheit*) a particolarità (*Besonderes*), sicché la generalità ha finito per esistere solo come pensiero, non come realtà.

⁸⁸ F. K. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, Torino, UTET, 1886-1898, L. I, 249 ss.

⁸⁹ Per alcune minime osservazioni nella specifica prospettiva della dottrina dell'interpretazione costituzionale, mi permetto di rinviare nuovamente al mio *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore*, cit., 22 ss.

Osservatorio sulle fonti

la Costituzione, preservandone la forza precettiva⁹⁰. I pluridecennali tentativi di “grande riforma” della nostra Costituzione non si spiegherebbero se il testo fosse irrilevante: che interesse vi sarebbe, infatti, a cambiarlo?

ii) L’argomento dell’*inadeguatezza* è smentito dalla straordinaria attualità di molti contenuti costituzionali, a partire dalla fondazione sul lavoro della Repubblica democratica. Quella del lavoro è forse la più viva delle questioni del presente e la Costituzione la inquadra nel modo più compiuto e fruttuoso.

Mi ha sempre colpito il fatto che per molto tempo la dottrina italiana non si sia sufficientemente interrogata sulla straordinaria originalità della scelta costituente di fondare la Repubblica democratica sul lavoro, coniugando la sfera della libertà (addirittura politica) con quella della necessità (di mantenimento e di riproduzione materiale). E mi colpisce, ora, che sulla questione si sia cominciato a riflettere con più compiuta attenzione da qualche anno: anche i costituzionalisti, più o meno consapevolmente, hanno dovuto prendere atto che dalla precarizzazione, dalla parcellizzazione e dalla delocalizzazione del lavoro (al pari della libertà di movimento dei capitali finanziari frutto di scelte consapevoli e strategiche, si badi, non della logica “oggettiva” del mercato) è venuto lo sconvolgimento dell’intero panorama sociale e hanno dovuto constatare che proprio l’opposta prospettiva offerta dalla Costituzione indica la strada da percorrere. Inattuale e inadeguata, dunque, una Costituzione che ha guardato così lontano⁹¹?

iii) L’argomento del *blocco sociale*, infine, coglie, effettivamente, un dato importante, ma in una prospettiva solo parziale. È vero, infatti, che il blocco sociale dominante non è più quello dei tempi della Costituente. È vero, anzi, che il blocco sociale dominante è frequentemente cambiato negli ultimi anni e che proprio le linee di mutamento spiegano le vicende della politica economica nazionale⁹². Nondimeno, alcune invarianti del sistema sociale italiano, profondamente radicate nella storia del nostro Paese, sono rimaste intatte. Penso al peso politico della Chiesa cattolica (che ha influito e influisce sulla stessa articolazione del sistema dei partiti), alla robustezza delle tradizioni culturali non cattoliche, alla forza economica della rendita (sebbene, negli anni, spostatasi dalla proprietà agraria a quella urbana e a quella finanziaria), alla diversità del Mezzogiorno e del Settentrione del Paese (che peraltro non ha mai escluso la loro dipendenza reciproca).

⁹⁰ Lo stesso fascismo, pur trionfante, non poté fare a meno di prendere atto della necessità di alcuni passaggi formali, a livello ordinamentale, per poter consolidare il proprio assetto di potere (v. le significative considerazioni di M.S. PIRETTI, *Intervento*, in AA. VV., *Parlamento e storia d’Italia*, a cura di V. Casamassima e A. Frangioni, Pisa, Scuola Normale Superiore, 2012, 112, sulla vicenda della legge Acerbo).

⁹¹ Ho cercato di esporre quella che a me sembra la corretta lettura dell’art. 1 Cost. in *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 628 agg. (e in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, Giappichelli, 2010, Vol. V, 2013 ss.). Ivi ulteriori indicazioni bibliografiche, cui *adde*, per la dottrina più recente (e a conferma del pur tardivo risveglio di interesse della dottrina italiana per la questione, segnalato in quello scritto), T. GROPPI, “*Fondata sul lavoro*”. *Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 665 ss.

⁹² Cfr. l’opportuna analisi di B. AMABLE, E. GUILLAUD, S. PALOMBARINI, *L’économie politique du néolibéralisme. Le cas de la France et de l’Italie*, Paris, Rue d’Ulm - Presses de l’École normale supérieure, 2012, *passim*.

Osservatorio sulle fonti

ca), all'importanza della tradizione municipalista e a molto altro ancora: le grandi trasformazioni sociali intervenute da sessant'anni a questa parte non possono essere negate, ma si sbaglierebbe a cogliere la trama del cambiamento e non l'ordito della continuità storica.

Anche il fenomeno della scomparsa dei partiti della Costituente non deve essere sopravvalutato. Anzitutto, il venir meno della loro proiezione partitica non cancella la presenza delle costanti storiche di fondo già segnalate. In secondo luogo, gli ultimi processi di riassetto del sistema politico dimostrano la tendenza a ricostruire alcune identità antiche, sebbene - ovviamente - rielaborate entro il rinnovato contesto storico attuale.

Del resto, che un fiume carsico di continuità attraversi la vicenda costituzionale italiana deve pur essere riconosciuto: come spiegare, altrimenti, l'esito del *referendum* costituzionale del 2006, che, rigettando una riforma costituzionale che avrebbe comportato un autentico passaggio ordinamentale⁹³, ha dimostrato una resistenza della Costituzione e del suo *testo* (rispetto alla radicale metamorfosi proposta) che molti non si aspettavano?

Il fatto è che nessun discorso sulle costituzioni, sulla misura della loro prescrittività attuale, sulle loro prospettive storiche, insomma sui loro destini, può reggere se non è condotto da una molteplicità di prospettive e con l'ausilio degli apporti di molte discipline. È forte, dunque, la sensazione che la tesi dell'inadeguatezza della Costituzione repubblicana rispetto alle sfide del presente e del prossimo futuro (oltre, nessuno sa ragionevolmente vedere) si appoggi su una serie di semplificazioni teoriche e su una povertà di acquisizioni probatorie che ne segnano negativamente la capacità esplicativa. Come tutte le cose umane anche la nostra Costituzione avrà, prima o poi, una fine. Ma non sembrano questi i giorni del suo inevitabile trapasso⁹⁴.

⁹³ Che proprio questo fosse l'effetto determinato dalla legge di revisione bocciata nel 2006 hanno detto molti. Per tutti, v. i contributi raccolti in AA. VV., *Studi, note e commenti sulla riforma della seconda parte della Costituzione*, a cura di F. Bassanini, Firenze, Passigli, 2004, ed ivi, in particolare, M. FIORAVANTI, *Sulla riforma costituzionale*, 368.

⁹⁴ Né, più in generale, sembrano questi i giorni del definitivo tramonto della rappresentanza e della forma-partito. Ipotesi palinogenetiche come quelle vagheggiate da alcuni studiosi mostrano tutta la loro debolezza quando dalla *pars destruens* di critica all'esistente passano alla *pars construens* di proposta istituzionale: v., ad es., da ultimo, M. HARDT, A. NEGRI, *Declaration*, trad. it. di S. Valenti, *Questo non è un manifesto*, Milano, Feltrinelli, 2012, spec. 86 ss. (dove, ad es., per la riforma del potere legislativo si ipotizza una versione aggiornata dei consigli di fabbrica estesa a tutti i livelli e tipi di produzione, senza considerare che nei consigli la soggettività politica - della classe operaia - precedeva la sua forma istituzionale, mentre qui alla forma istituzionale dovrebbe conseguire - in forza di oscuri meccanismi generatori - la soggettività politica).