

**PRASSI, REGOLARITÀ, REGOLE, CONVENZIONI COSTITUZIONALI,
CONSUETUDINI COSTITUZIONALI, CONSUETUDINI GIURIDICHE DI
DIRITTO PUBBLICO***

GIUSEPPE UGO RESCIGNO**

Sommario

1. Premessa. – 2. Sul procedimento di formazione del Governo. – 3. Regole non scritte che sono politicamente irrilevanti oppure convenzioni costituzionali oppure consuetudini costituzionali. – 4. Elenco e descrizione di convenzioni costituzionali esistite e non più vigenti, vigenti, ipotizzabili. – 5. Sullo scioglimento anticipato delle Camere. – 6. Casi di scuola e prassi da cui trarre regole basilari non scritte in tema di procedimento di formazione del Governo, scioglimento anticipato delle Camere, poteri del Presidente della Repubblica. – 7. Altre regole non scritte in tema di scioglimento anticipato delle Camere e poteri del Presidente della Repubblica. – 8. Nomina dei ministri e poteri del Presidente della Repubblica. – 9. Regole non scritte nel caso in cui il Presidente della Repubblica è impedito ma non è in grado di dichiarare l'impedimento. – 10. Sul numero dei senatori a vita. – 11. Consuetudini confermatrici di interpretazioni e interpretazioni divergenti. – 12. La prassi nel diritto pubblico – differenze tra consuetudini di diritto pubblico e tradizionali consuetudini nel diritto privato – Accordo e disaccordo nel diritto.

Suggerimento di citazione

G.U. RESCIGNO, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo è la rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno “La Costituzione tra rigidità e trasformazioni” organizzato dalla rivista Osservatorio sulle Fonti il 18 maggio 2018 presso l’Aula Magna del Rettorato dell’Università degli Studi di Firenze.

** Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico.

1. Premessa

Ho deciso che è più facile e maggiormente persuasivo partire dalla ricostruzione di casi della vita per arrivare a conclusioni di ordine generale intorno alla tematica specifica che mi è stata assegnata, e cioè la tematica del rapporto tra diritto costituzionale e regole non scritte da una autorità ufficiale di livello costituzionale.

2. Sul procedimento di formazione del Governo

Esamino per primo il procedimento di formazione del Governo che si sta svolgendo in questi giorni sotto i nostri occhi.

In base alla prassi costante, in tutti i manuali di diritto costituzionale o pubblico si trova la sua scansione canonica in quattro fasi, più due fasi supplementari eventuali. La prima fase porta il nome di “consultazioni”; la seconda il nome di “incarico”; la terza consiste nell’atto di nomina del Presidente del Consiglio dei ministri da parte del Presidente della Repubblica, e nell’atto di nomina dei ministri sempre da parte del Presidente della Repubblica su proposta del neonominato Presidente del Consiglio (il nome sintetico diventa dunque “nomina”); la quarta consiste nella fiducia (o sfiducia) da parte di ciascuna Camera nei confronti del nuovo Governo (il nome quindi è “fiducia”). Le due fasi eventuali consistono nel c.d. “mandato esplorativo” (o più mandati esplorativi: proprio il procedimento in corso ne ha visti due) e nel c.d. “preincarico” (che nell’attuale procedimento non vi è stato; poiché la vicenda è in corso è bene precisare che nel momento in cui scrivo non siamo ancora alla fase della nomina e la fase incarico sta avendo un curioso e anormale andamento).

A tutti è noto che due delle quattro fasi sono previste dal testo costituzionale: la nomina e la fiducia. Le prime due invece (e le altre due eventuali) non sono previste dal testo né comunque da altra fonte scritta. Da qui la domanda: come qualificare dal punto di vista giuridico queste fasi non previste dal testo della Costituzione?

Quello che possiamo dire senza tema di essere smentiti è che si tratta di una prassi costante fin dall’inizio della vita della Costituzione repubblicana, e che nessuno dubita della loro liceità (prevale anzi a livello di opinione politica che esse sono non soltanto opportune ma addirittura necessarie). Anziché “prassi” possiamo dire “regolarità” (un solo caso o più casi del tutto slegati non costituiscono una prassi o pratica), per ricavare subito dopo la parola “regole”: se vi sono regolarità (che sono fatti; naturalmente presupponiamo regolarità nei comportamenti umani) è segno che vi sono regole che vengono seguite; non si tratta di un fatto fisico, ma di comportamenti umani che manifestandosi in modo regolare automaticamente rinviano a regole che le regolarità, le prassi, manifestano. Inoltre, esaminando ciascuna fase, scopriamo che

dentro ciascuna di esse vi sono altre regolarità, e cioè regole che articolano in modo analitico la fase: ad es. nelle consultazioni i soggetti da consultare sono ormai codificati. Gli esperti ricordano che nel 1964 l'allora Presidente della Repubblica, in una consultazione, convocò anche i supremi gradi militari e di polizia, creando sconcerto e proteste fortissime (un politico importante del tempo scrisse che aveva sentito un rumore di sciabole). Si tratta di un precedente giudicato da allora in poi contrario implicitamente alla Costituzione, mai più ripetuto; c'è di più: la codificazione dei soggetti consultabili (ufficialmente consultabili, quelli di cui si dà ampia notizia ed immagine attraverso anche i mezzi di comunicazione di massa) costituisce una indicazione in positivo che impedisce al Presidente della Repubblica di ampliare la platea (immaginate se il Presidente della Repubblica convocasse per consultazioni il capo della Confindustria o di un sindacato: sono certo che si levrebbe un ampio e forte dissenso). Un altro precedente segnala un'altra regola: anni addietro il partito radicale aveva nominato suo segretario uno straniero; il Presidente della Repubblica di allora pretese che la delegazione del partito radicale non comprendesse la persona non italiana; la cosa non si è mai più ripetuta, ma questa assenza significa in realtà presenza di una regola (è il caso nel quale basta un precedente per creare una regola; in questi casi l'*opinio* assorbe l'*usus*, ne fa le veci). Potrei continuare a lungo, entrando nei molti particolari di cui le cronache sono pieni, e volta per volta chiedermi se vi sono regole e che tipo di regole sono; gli esempi fatti sono sufficienti per concludere sul punto nel prossimo paragrafo.

3. Regole non scritte che sono politicamente irrilevanti oppure convenzioni costituzionali oppure consuetudini costituzionali

A monte del procedimento di formazione del Governo c'è una regola non scritta che a me pare una vera e propria consuetudine costituzionale, giuridicamente obbligatoria in modo incondizionato. Questa regola emerse nel 1994 allorché il Presidente del Consiglio Berlusconi diede le dimissioni perché non aveva più la maggioranza, ma pretese con veemenza che il Capo dello Stato sciogliesse immediatamente le Camere, con l'argomento che, essendo stato egli eletto dal popolo, solo il popolo poteva farlo decadere. Come è noto il Presidente della Repubblica di allora sostenne invece che secondo la Costituzione egli doveva prima accertare se nelle Camere esisteva la possibilità di un nuovo Governo e solo se avesse accertato che non era possibile alcuna maggioranza politica avrebbe avuto questa volta il dovere, e non il potere, di sciogliere anticipatamente le Camere. La pretesa di Berlusconi non si è più ripetuta, e lo stesso Berlusconi si è avvalso della possibilità, data una crisi di Governo in corso di legislatura, di procedere ad un tentativo di formare un nuovo Governo. Ogni tanto ritorna la ipotesi e la proposta politica di una regola

c.d. antiribaltoni, ma tutti si rendono conto che sarebbe necessaria una legge di revisione costituzionale: si conferma cioè che esiste una consuetudine giuridica di ordine costituzionale secondo cui, data la crisi di Governo, in Italia il Presidente della Repubblica prima accerta se è possibile formare un nuovo Governo e poi, se l'esito è negativo, scioglie anticipatamente le Camere. Notare le due affermazioni forti contenute in ciò che ho scritto: da un lato ribadisco che la regola si trae dai fatti e non da un testo scritto in Costituzione; dall'altro, sostenendo che si tratta di una consuetudine di livello costituzionale, esigo per il suo superamento una legge di revisione costituzionale. Non mi paiono affermazioni di poco conto.

È vero che alcuni, anziché di consuetudine giuridica, sarebbero indotti a parlare di interpretazione sistematica del testo costituzionale, e quindi in tal modo a ricondurre la regola di cui sopra entro la Costituzione scritta; non vi è dubbio che la regola prima enunciata è coerente con la forma del Governo parlamentare ed è facilmente giustificabile in base ad argomenti tratti dalla logica interna a tale forma; resta il fatto però essa si regge non sulla autorità di una volizione scritta da una autorità riconosciuta (che nel nostro caso dovrebbe essere o direttamente il testo della Costituzione o una legge costituzionale) ma appunto sulla *opinio juris* della collettività ribadita a suo tempo da un Presidente della Repubblica contro un tentativo di andare contro la regola, e confermata dalla prassi settantennale della nostra Costituzione.

Se quello che ho detto è corretto, ne segue che anche la fase delle consultazioni, in quanto fase, è in principio giuridicamente necessaria: data la crisi di un Governo che aveva avuto la fiducia iniziale (si noti la precisazione, che apre la strada per ipotesi diverse con eventuali regole diverse, come vedremo), il Presidente della Repubblica deve accertare ufficialmente se è possibile o impossibile una nuova maggioranza politica, e quindi deve aprire almeno la fase delle consultazioni. Ma, come detto, all'interno della fase, si trovano altre prassi, altre regolarità, ulteriori regole, ora come comportamenti dovuti (ad es. nelle delegazioni dei partiti debbono sempre essere presenti almeno i due presidenti dei gruppi parlamentari di Camera e Senato e prima ancora non vengono consultati partiti che non abbiano propri gruppi parlamentari) ora come comportamenti facoltativi (ad es. le delegazioni dei partiti possono chiedere di essere sentite separatamente ma anche congiuntamente).

In generale, quando nella vita politica di livello costituzionale mi trovo di fronte a regole di comportamento che comunque non producono effetti giuridici né positivi (non creano diritti o obblighi o altre situazioni giuridiche) né negativi (non costituiscono illeciti) preferisco di gran lunga ricorrere alla figura delle convenzioni costituzionali, secondo il modello inglese: regole non giustiziabili create quasi sempre tacitamente dagli interessati; regole quindi politicamente significative, la cui rottura in generale provoca reazioni negati-

ve negli interessati che subiscono la rottura, a meno che non vi sia unanimità, ma che non sono giuridiche, appunto perché non giustiziabili (non giustiziabili vuol dire che non esiste e non può esistere decisione di un terzo imparziale che obbliga al rispetto della regola; diversa la domanda sui criteri in base ai quali decidere se c'è un giudice e quale esso sia: nel diritto parlamentare il giudice potrebbe essere il Presidente di assemblea o i due Presidenti congiuntamente: in tal caso non parlerei di convenzioni ma di nuovo di consuetudini giuridiche).

In conclusione: di fronte a prassi (ma anche a precedenti) e quindi a regole ricavabili da esse, vedo tre possibili risposte: a) si tratta di regole politicamente e quindi costituzionalmente irrilevanti (per es. molte regole del cerimoniale); b) si tratta di convenzioni costituzionali; c) si tratta di vere e proprie consuetudini giuridiche (esiste una *opinio juris* che ritiene tali regole giuridicamente obbligatorie e quindi in principio giustiziabili).

4. Elenco e descrizione di convenzioni costituzionali esistite e non più vigenti, vigenti, ipotizzabili

Scrivo ora un rapido elenco di convenzioni costituzionali o non più esistenti ma seguite in passato, o attuali; indico anche campi nei quali oggi non riesco a individuare convenzioni praticate ma che forse sono governati da convenzioni: 1) presidenza di una delle due Camere al maggior partito di opposizione; fu una convenzione praticata nella ultima parte della c.d. prima Repubblica, lasciata cadere con il passaggio da un sistema elettorale proporzionale ad uno maggioritario, senza contestazioni per quanto ricordo (del resto tutti i partiti della prima repubblica erano scomparsi); 2) è in vigore invece la convenzione per cui le commissioni cosiddette di garanzia (di controllo su attività amministrative e non) sono presiedute da un parlamentare designato dalle opposizioni; a questo proposito si ricorda una vicenda piuttosto ridicola di qualche anno fa: le opposizioni avevano designato una certa persona per la presidenza della commissione sulla Rai-TV; va ricordato che nella commissione esiste la maggioranza che corrisponde alla maggioranza dell'aula, e che comunque per essere eletto presidente bisogna raggiungere il quorum previsto dal regolamento (cioè la maggioranza si impegna a votare il membro designato dalla opposizione); nella vicenda a cui mi riferisco la maggioranza non accettò la designazione della opposizione, e le opposizioni invece insistettero sulla loro designazione, col risultato che la commissione per molto tempo non riuscì a funzionare, finché la maggioranza ebbe la curiosa e sorprendente trovata di scegliere essa stessa un membro delle opposizioni e di votarlo, con le ovvie e furibonde proteste delle opposizioni; la cosa poi divenne ancora più grottesca allorché maggioranza e minoranze trovarono un accordo su un nuovo nome, ma il presidente nominato rifiutò di dimettersi ed anzi cercò di

esercitare la sua funzione, convocando la commissione alla quale mancarono sempre i numeri legali per funzionare; la vicenda ridicola si concluse con un decreto di scioglimento della intera Commissione da parte dei due Presidenti delle Camere (che in tal modo inventarono una nuova regola giuridica di diritto parlamentare), la nomina di una nuova Commissione senza il presidente della precedente, e finalmente la nomina di un parlamentare designato dalla opposizione, come da convenzione in tal modo ristabilita; 3) ufficio di presidenza delle Camere: nella prima Repubblica, fino al 1971 (se la memoria non m'inganna), fu in vigore una convenzione in base alla quale dall'ufficio di presidenza veniva escluso il Movimento sociale italiano (si parlava allora, in questo ed in altri casi, dell' "arco costituzionale", cioè dei partiti che avevano votato la Costituzione); oggi non saprei dire se e quale sia la convenzione in materia; 4) oggi il Consiglio superiore della magistratura ha otto membri laici perché quando fu approvata l'ultima riforma in materia vigeva un sistema elettorale maggioritario per cui nelle Camere esistevano due blocchi: quindi quattro sarebbero stati designati dal blocco di maggioranza e quattro da quello di minoranza (anche in questo caso bisogna fare netta distinzione tra la regola convenzionale e la regola legale per la elezione dei membri del CSM, che è ovviamente quella stabilita in Costituzione; oggi, con la divisione in tre blocchi delle Camere non so se esiste e quale convenzione viene seguita); 5) problema analogo si pone con i cinque giudici della Corte costituzionale, che infatti oggi vengono eletti dal Parlamento in seduta comune con grande difficoltà e con anni di ritardo (l'ultima votazione ha avuto buon esito perché i giudici da eleggere erano tre e ciascuno dei tre blocchi ne ha designato uno; nella prima repubblica per decenni è stata seguita una regola convenzionale per cui due giudici andavano designati dalla DC, uno dal PCI, uno dal Psi, e il quinto a rotazione dai minori partiti, anche in questo caso però solo partiti dell'arco costituzionale per tutta la durata della prima Repubblica. 6) per anni si è discusso se il Presidente della Repubblica poteva essere rieletto: il Presidente Ciampi, nel rifiutare la rielezione che gli era stata offerta, diffuse una nota nella quale sostenne che forse si era creata una consuetudine contraria alla rielezione; in realtà, come è ben noto, il Presidente Napolitano è stato rieletto senza contestazioni, dimostrando che non si era creata alcuna consuetudine; però nello stesso tempo il Presidente Napolitano disse chiaramente che non avrebbe svolto l'intero mandato, e infatti si dimise dopo due anni, a testimonianza che forse una convenzione costituzionale contraria alla rielezione del Presidente, salvo casi eccezionali, esiste.

Termino questa parte facendo notare che le convenzioni costituzionali abbisognano anch'esse di una sorta di convenzione costituzionale di livello superiore (di secondo grado o al quadrato, e cioè una convenzione costituzionale sulle convenzioni): questa convenzione di secondo livello consiste

nell'aperto e convinto riconoscimento della esistenza ed opportunità di regole di tal genere, come accade ad es. in Gran Bretagna; invece a me pare evidente, dopo anni di esperienza, che questa consapevolezza non esiste tra i politici e del resto neanche i costituzionalisti sono inclini a ricostruire gli avvenimenti usando il concetto e lo strumento delle convenzioni costituzionali. Da qui una vita politica in Italia a livello costituzionale confusa, disputata, talvolta caotica, sempre sleale. Ribadisco però che in tanto è possibile parlare di convenzioni in quanto i comportamenti osservati non comportano conseguenze giuridiche; talvolta dunque possiamo trovarci di fronte a vere e proprie consuetudini costituzionali perché il rispetto o la violazione della regola comporta conseguenze giuridiche (riprendo l'esempio della regola per cui il Presidente della Repubblica non può sciogliere anticipatamente le Camere se prima non ha verificato la inesistenza di una maggioranza politica nelle Camere: l'atto secondo questa ricostruzione sarebbe illegittimo).

5. Sullo scioglimento anticipato delle Camere

Passo ora a trattare dello scioglimento delle Camere e delle regole in materia.

Il testo della Costituzione dice ciò che è sufficiente per quanto riguarda quello che viene chiamato lo scioglimento obbligatorio o ordinario (e cioè lo scioglimento che comunque deve essere dichiarato se sono trascorsi cinque anni dalla precedente elezione, salvo il caso della proroga in caso di guerra); non dice praticamente nulla rispetto allo scioglimento anticipato (quello deciso prima che scadano i cinque anni): si limita a prevedere che prima di esercitare questo potere il Presidente della Repubblica deve sentire i Presidenti delle due Camere, che può sciogliere una soltanto di esse (si tratta di un fossile senza significato oggi, scritto quando la durata delle due Camere era sfalsata, cinque la Camera, sei il Senato), che non può scioglierle negli ultimi sei mesi del suo mandato a meno che essi coincidano con gli ultimi sei mesi delle Camere, che il decreto di scioglimento va controfirmato, come tutti gli atti del Capo dello Stato (questa ultima regola non sta scritta nel testo ma è ricavabile per ovvia deduzione logica dalla disposizione generale in materia di controfirma degli atti del Capo dello Stato).

In realtà, se collochiamo lo scioglimento anticipato entro la logica del governo parlamentare, emergono non poche regole non scritte.

Per capire il senso e il fondamento delle regole che enuncerò è necessario partire da un caso di scuola permesso in astratto dalla lettera del testo costituzionale (si noti: il testo vigente è in realtà di stampo ottocentesco, scritto come se si fosse ancora al tempo delle monarchie costituzionali dell'ottocento). Costruisco questo caso: si immagini che il Governo in carica presenti le sue dimissioni; il Presidente della Repubblica nomina come Presidente del Consiglio una persona di sua fiducia (per essere certo di ottenere da

questa la controfirma) e, subito dopo la *scontata sfiducia*, scioglie anticipatamente le Camere, con l'ovvia intenzione di provocare la nascita di una nuova e diversa maggioranza politica. La vicenda qui ipotizzata va sotto il nome di *gouvernement de combat*, cioè di governo di lotta contro la maggioranza del parlamento, e resta nella storia costituzionale con nome francese perché il caso si verificò all'inizio della terza repubblica francese, nel 1877; l'incauto tentativo dell'allora Presidente della Repubblica nella direzione prima indicata determinò una sollevazione politica di tale ampiezza che non solo nelle successive elezioni vinsero le forze contro cui era diretto lo scioglimento anticipato, ma il Presidente della Repubblica alla fine fu costretto a dimettersi; da allora in poi il potere di scioglimento della Assemblea nazionale rimase sulla carta, e non fu mai più esercitato per tutta la durata della III Repubblica.

Anche se non è scritto, possiamo concludere che nel nostro ordinamento costituzionale è vietato il *gouvernement de combat*; detto diversamente ma in modo del tutto equivalente, è pacifico che il Presidente della Repubblica, se esiste una maggioranza politica entro le Camere e un Governo sostenuto da tale maggioranza, non può sciogliere le Camere anticipatamente.

Si tratta, applicata al potere di scioglimento anticipato del Presidente della Repubblica, della regola basilare che caratterizza la forma di governo parlamentare.

Contrariamente alle apparenze, questa regola non esaurisce la questione, e quindi possono esservi altre regole che si affiancano a quella ora scritta. Ad es.: la regola prima scritta dice che è vietato al Capo dello Stato lo scioglimento anticipato contro la maggioranza politica, ma potrebbe essere affiancata senza contraddizione dalla regola secondo cui lo scioglimento anticipato potrebbe o addirittura dovrebbe venire deciso se a chiederlo fosse lo stesso Governo che gode della fiducia (come per decenni è accaduto in Gran Bretagna, fino alla recente riforma del 2011 che invece ha subordinato lo scioglimento anticipato dei Comuni a regole rigide). In Italia non si è mai dato un caso del genere: sono certo che se un Governo con fiducia avesse avanzato una tale richiesta ne sarebbe venuta una sollevazione politica, a cominciare dalla stessa maggioranza.

Ecco dunque, in Italia, una ulteriore regola non scritta in tema di scioglimento anticipato: il Presidente della Repubblica non può sciogliere anticipatamente le Camere se il Governo gode della fiducia, neppure se a chiederlo fosse lo stesso Governo (la regola non scritta ovviamente tutela le minoranze, perché è chiaro che il Governo in carica il quale chiedesse lo scioglimento anticipato lo farebbe per approfittare della situazione che promette un risultato favorevole ad esso; il caso inglese è interessante perché anche il partito al momento in minoranza accettava questo vantaggio del partito al Governo, confermando che si trattava di una regola convenzionale tra maggioranze e

minoranze; varrebbe la pena di studiare le ragioni che nel 2011 hanno portato ad una legge che sostituisce e rende impossibile la convenzione descritta).

6. Casi di scuola e prassi da cui trarre regole basilari non scritte in tema di procedimento di formazione del Governo, scioglimento anticipato delle Camere, poteri del Presidente della Repubblica

Per continuare l'analisi del potere di scioglimento anticipato e scrivere altre regole non scritte in materia è necessario portare l'attenzione su una diversa regola, che riguarda questa volta di nuovo il procedimento di formazione del Governo (aggiungo dunque una nuova regola a quanto già detto in materia). Costruisco di nuovo un caso di scuola, e da esso traggo la regola che mi interessa enunciare: immaginate dunque che vi siano state le elezioni per le nuove Camere; immaginate che abbia vinto il partito o abbiano vinto i partiti che erano maggioranza nelle Camere disciolte; immaginate poi che sia volontà di questa maggioranza confermare il precedente Governo senza alcuna variazione, compreso ovviamente il Presidente del Consiglio dei ministri; la domanda diventa: è possibile che il precedente Governo (che si badi non ha presentato le dimissioni, perché lo scioglimento è stato quello ordinario) non presenti le dimissioni, non si apra il procedimento per la formazione del Governo, addirittura non vi sia neppure un voto di fiducia (la fiducia in questo caso si presume)? In altre parole: la prassi secondo cui, proclamati i risultati elettorali, il Governo si dimette se non era già dimissionario, e comincia il tradizionale procedimento di formazione del Governo, va considerata una regola obbligatoria anche quando è intenzione della maggioranza politica delle nuove Camere confermare in toto il precedente Governo? È ammissibile che si proceda alla nomina soltanto degli eventuali nuovi ministri, ma non del Presidente del Consiglio e dei ministri che vengono confermati? Anche se non è scritto, la prassi (la quale vuole che, date le elezioni, si proceda comunque alla nomina di un nuovo Governo) è coerente con la forma del governo parlamentare a tal punto che a mio parere si è creata una vera e propria consuetudine costituzionale. Se è stato eletto un nuovo Parlamento, è necessario che comunque questo nuovo Parlamento esprima formalmente e ufficialmente la fiducia nel nuovo Governo, anche quando esso è composto interamente dalle stesse persone. In altre parole: terminate le elezioni, il Presidente della Repubblica deve dare inizio al procedimento di formazione del Governo.

Ragionando sempre mediante casi di scuola (che come si vede io amo moltissimo, non solo per la loro forza a livello didattico ma anche perché a livello scientifico fanno vedere problemi e soluzioni nascoste), *quid juris* se il vecchio Governo, nel caso prima ipotizzato, non dà le dimissioni? In generale: *quid juris* se il Governo colpito da sfiducia formale (un voto ufficiale di sfiducia secondo l'art. 94 della Costituzione) non presenta le dimissioni? Sono del pa-

rere che, caso di scuola o meno, i giuristi debbono rispondere anche ad una domanda del genere (del resto ho presente vicende recenti, a mio parere strane e preoccupanti, che mi indussero a suo tempo a pormi seriamente la domanda, come qualcosa che poteva accadere, anche se poi non è accaduta). A mio parere questo è un caso in cui il Presidente della Repubblica ha l'obbligo e il potere di revocare il Governo e nominarne uno nuovo, immediatamente. Non è scritto in Costituzione, ma se è ancora possibile prevenire un colpo di Stato è l'unico modo (naturalmente si presuppone che le forze armate stiano dalla parte del Presidente della Repubblica).

7. Altre regole non scritte in tema di scioglimento anticipato delle Camere e poteri del Presidente della Repubblica

Ritorno allo scioglimento anticipato, per vedere quante regole ulteriori possono e debbono essere dette nella materia.

1) In caso di dimissioni del Governo (quale che sia la ragione) il Presidente della Repubblica prima deve accertare se esiste una nuova o rinnovata maggioranza politica (e in tal caso procedere alla nomina conseguente del nuovo Governo) e soltanto nel caso da lui accertato della impossibilità di formare qualsiasi Governo dotato di fiducia deve sciogliere anticipatamente le Camere (ricordando che la mozione di fiducia non esige la maggioranza assoluta: da qui la possibilità della regola n. 5 qui di seguito);

2) Non esiste regola certa intorno ai tentativi che può fare il Presidente della Repubblica, sia attraverso ripetuti incarichi non accettati sia attraverso nuovi Governi che non ottengono la fiducia, anche se è comunque politicamente impossibile che si vada oltre due-tre tentativi; in realtà, vigenti sistemi elettorali maggioritari, spesso basta un solo tentativo a vuoto per constatare la impossibilità di un nuovo Governo; talvolta la impossibilità diventa evidente con le consultazioni, cosicché diventa possibile procedere allo scioglimento anticipato senza passare per altre fasi;

3) Se è stata approvata anche da una sola Camera la mozione di sfiducia il Governo deve presentare le dimissioni e il Capo dello Stato deve iniziare il procedimento di formazione del Governo (da qui la conclusione che le consultazioni sono giuridicamente obbligatorie) e, nel caso si riveli impossibile, procedere allo scioglimento anticipato;

4) Se invece non vi è stata formale mozione di sfiducia e il Governo ha presentato le dimissioni, niente impedisce al Capo dello Stato di invitare il Governo a ripresentarsi davanti alle Camere per verificare se è possibile superare la crisi, anche nel caso in cui il Governo si sia dimesso perché sconfitto sulla questione di fiducia da lui stesso posta;

5) La Costituzione non esclude che possa durare per qualche tempo un Governo di minoranza, nel senso che la fiducia iniziale (comunque necessaria

affinché vi sia un Governo in carica e non sia necessario procedere allo scioglimento anticipato), non esige la maggioranza assoluta di ciascuna Camera: il Governo in tal caso si regge sulla non opposizione da parte della maggioranza numerica; si tratterà naturalmente di un Governo debole che volta per volta dovrà contrattare le sue proposte con quelle forze che impediscono la sua caduta;

6) Mentre sembra certo, e comunque così si è fatto sempre, che nel caso di scioglimento ordinario a gestire il periodo delle elezioni sia l'ultimo Governo in carica, nel caso di scioglimento anticipato (che comunque, in base a tutte le precedenti regole, presuppone le dimissioni del Governo), si è posto il problema se non sia opportuno che a gestire il periodo elettorale non sia l'ultimo Governo privo di fiducia ma un nuovo Governo incaricato dal Presidente della Repubblica di garantire nei confronti della campagna elettorale la neutralità dell'organo in carica per il disbrigo degli affari correnti (sarebbe in ipotesi pur sempre un Governo al quale è stata negata la fiducia); la prassi non esige un tale tipo di Governo ma non vedo ragioni per negare alle forze politiche e al Presidente della Repubblica il potere di procedere in tale direzione;

7) Infine il tema più scottante nel momento in cui scrivo: fino a che punto il Presidente della Repubblica può mettere un veto alla nomina di un ministro contro la irrevocabile volontà del partito o dei partiti che sono pronti a sostenere il nuovo Governo in costruzione purché con quel ministro da essi designato? La particolarità del caso qui descritto sta nel fatto che non è possibile una diversa maggioranza politica e quindi questo conflitto tra partito o partiti e Presidente della Repubblica determina comunque la necessità di procedere allo scioglimento anticipato.

8. Nomina dei ministri e poteri del Presidente della Repubblica

Questo ultimo punto esige una trattazione specifica per la sua novità e il suo carattere dirompente (ha portato ad accuse gravissime nei confronti del Presidente della Repubblica, minacciato di essere incriminato per attentato alla Costituzione; per la verità chi ha fatto queste minacce, che ha poi ritirate, ha parlato impropriamente di *impeachment*: come è noto ormai si parla inglese o americano).

Ritorna il tema sempre discusso, e sempre terreno di aspre contrapposizioni, dei poteri del Presidente della Repubblica e della natura giuridica della controfirma degli atti del Capo dello Stato.

Ora nessuno ha mai dubitato che il Presidente della Repubblica abbia il potere di discutere col Presidente del Consiglio o con i ministri (con loro però, non con altri che non ricoprono tali cariche, va sottolineato) intorno al contenuto degli atti che egli dovrebbe o vorrebbe compiere e che il Presiden-

te del Consiglio o il ministro dovrebbe controfirmare. Quindi, anche nel caso della nomina dei ministri, il Presidente della Repubblica può avanzare dubbi, obiezioni, inviti a considerare ragioni contrarie alla nomina. La domanda diventa: può il Presidente della Repubblica imporre la sua decisione? Può imporre la sua decisione fino al punto da determinare la rinuncia dell'incaricato (e quindi della persona pronta per essere nominata Presidente del Consiglio dei ministri)?

Nel passato troviamo questi fatti: a) non è mai stata data notizia ufficiale di discussioni tra Presidente del Consiglio neoinominato o addirittura tra incaricato e Presidente della Repubblica intorno al nome di possibili ministri; b) indiscrezioni giornalistiche mai confermate hanno dato notizia di obiezioni o addirittura veti su questo o quello in alcuni procedimenti; c) se vi sono stati contrasti questi sono sempre stati risolti senza rotture, nel senso che uno dei due ha ceduto e il procedimento di nomina si è completato.

Nella vicenda in corso (non terminata nel momento in cui scrivo) rispetto al passato vi sono almeno tre novità, in opposizione ai punti prima descritti (secondo quella prassi di cui si ha notizia certa); a) il conflitto non è stato tra Presidente della Repubblica e incaricato, ma tra Presidente e i due capi dei due partiti in predicato di formare la maggioranza nelle Camere; b) del conflitto è stata data ampia informazione sui mezzi di comunicazione di massa, e la questione è divenuta dirompente a livello di massa; c) il conflitto ha determinato il ritiro dall'incarico della persona designata dai due partiti, con conseguente dichiarazione dei due partiti che non restava altra scelta che lo scioglimento anticipato (scioglimento anticipato preteso dai due partiti che avendo la maggioranza numerica nelle Camere possono impedire la nascita di qualsiasi Governo diverso da quello da essi voluto e quindi costringere il Presidente a sciogliere anticipatamente le Camere).

Non so in questo momento come le cose finiranno: è certo che in ogni caso si dovrà riflettere sulla vicenda, e di nuovo i costituzionalisti saranno costretti a discutere intorno a regole non scritte nel testo costituzionale, sia che i fatti siano giudicati conformi alle asserite regole sia che i fatti siano giudicati contrari a tali regole asserite vigenti nonostante non siano scritte.

Insomma il tema delle regole costituzionali non scritte mi pare estremamente più ricco e complesso di quanto in generale si crede e si dice, anche in questioni centrali quali sono il procedimento di formazione del Governo, lo scioglimento anticipato delle Camere, i poteri del Presidente della Repubblica.

9. Regole non scritte nel caso in cui il Presidente della Repubblica è impedito ma non è in grado di dichiarare l'impedimento

Per la sua obbiettiva importanza e l'utilità ai fini della tematica qui discussa

ricordo qui un altro caso che verosimilmente esemplifica regole costituzionali non scritte: il precedente del 1964, rimasto unico fino ad oggi, che rese attuale il caso di un Presidente della Repubblica impedito il quale non sia fisicamente in grado di dichiararlo, con la necessità dunque di inventare una procedura non prevista in Costituzione che dica chi e come accerta tale impedimento e stabilisce se si tratta di impedimento temporaneo o permanente. Senza bisogno qui di raccontare la vicenda dall'inizio alla fine non c'è dubbio che le autorità che decisero il caso crearono e seguirono una regola o più regole; è certo che, se il caso dovesse ripetersi, molti se non tutti pretenderebbero di seguire le medesime regole di allora e quasi sicuramente questa scelta verrebbe preferita nei confronti di soluzioni diverse.

10. Sul numero dei senatori a vita

Diverso il caso dei senatori a vita nominati dal Presidente della Repubblica. Come è noto, dopo decenni nei quali era stato pacifico che cinque era il numero massimo dei senatori a vita (cosicché ogni nuovo Presidente avrebbe avuto la possibilità di nominare altri senatori a vita solo nel caso in cui un posto si fosse reso vacante), per decisione di un Presidente della Repubblica sostenuto dal parere del Presidente del Senato fu affermata la tesi (per la verità sostenuta in anni lontani da un giurista rimasto però isolato) che ciascun Presidente della Repubblica aveva il potere di nominare cinque senatori (con la conseguenza che il numero massimo dei senatori a vita diventava indeterminato). Da anni questa seconda interpretazione di fatto non viene più seguita (per i guasti politici che la presenza dei senatori a vita aveva determinato in un periodo di maggioranze traballanti); però da un punto di vista logico il fatto che oggi i Presidenti della Repubblica si astengano dal superare il numero di cinque di per sé non dichiara illegittima l'altra interpretazione, la quale non dice che ciascun Presidente deve nominare cinque senatori a vita, ma che può al massimo nominarne cinque, cosicché tale regola resta ferma anche se di fatto non ne nomina nessuno o un numero tale da non superare il totale di cinque. In altre parole: accertato che il numero di cinque è stato a suo tempo superato senza contestazioni da parte di chi poteva contestare giuridicamente, come bisogna concludere sul piano giuridico? È giuridicamente ancora possibile superare il numero di cinque, anche se la prassi del tutto legittimamente segue un diverso criterio, oppure la vecchia prassi era incostituzionale e tale oggi va giudicata?

11. Consuetudini confermate di interpretazioni e interpretazioni divergenti

A me pare che la domanda precedentemente posta rinvii ad un tema molto più generale e molto più complesso: da un lato a quelle consuetudini che,

confermando nel tempo una interpretazione data a suo tempo intorno ad una disposizione, fanno diventare tale interpretazione una regola giuridica non scritta; dall'altro al fatto che le interpretazioni di disposizioni per definizione sono riscritture di un testo per ricavarne uno nuovo (che si ritiene la interpretazione corretta del primo) e quindi per definizione sono contestabili ogni qual volta vengono proposte interpretazioni diverse che esigono una scelta, come accade continuamente; in tal caso potranno esservi, come vi sono (pensate alle giurisdizioni supreme), decisioni che impongono una interpretazione in un caso concreto, ma la lotta tra le diverse interpretazioni continua e può durare anni (vedi ad esempio il lungo periodo di controversia tra molti giuristi e Corte costituzionale intorno al decreto-legge); questo vuol dire che nel sistema costruito dalla esperienza incontreremo regole non scritte ricavate costantemente e senza obiezioni da disposizioni scritte, e cioè in buona sostanza consuetudini giuridiche incarnate da interpretazioni di disposizioni scritte, e regole non scritte che vengono contestate in astratto ma ottengono in alcuni casi concreti decisioni conformi alla regola enunciata in astratto (e in altri casi concreti invece applicazione di diversa regola non scritta ricavata dalle medesime disposizioni, in conflitto con altra interpretazione). Quando vi sono divergenze del genere, ciascun giurista e ciascun operatore giuridico deciderà quale per lui è la soluzione corretta. L'esperienza giuridica è complessa e non sempre coerente e uniforme.

12. La prassi nel diritto pubblico – differenze tra consuetudini di diritto pubblico e tradizionali consuetudini nel diritto privato – Accordo e disaccordo nel diritto

Tutte le cose prima dette si applicano al diritto pubblico in generale: anche in esso la prassi è presente, ed anche in esso la prassi può ricevere risposte di ordine giuridico diverse: si va da regole irrilevanti giuridicamente (si fa così ma si può fare in molti modi diversi senza conseguenze di ordine giuridico), a prassi modificabili dagli stessi praticanti purché però giustificate (si pensi per es. all'eccesso di potere di un atto amministrativo contrario ad una prassi senza motivo apprezzabile), a vere e proprie consuetudini giuridiche. Ciò che distingue le consuetudini giuridiche costituzionali o di diritto pubblico è che esse quasi mai presentano i caratteri tipici delle antiche consuetudini del diritto privato: esse in generale hanno una data di nascita (si sa chi e perché ha cominciato quella specifica prassi), esiste una storia documentabile della prassi, c'è un legame strettissimo con le regole scritte introdotte dalle fonti ufficiali, le quali costituiscono il contesto entro il quale hanno senso e possibilità regole non scritte, esse possono derivare da un solo precedente, ma anche ricavarsi dalla assenza costante di qualcosa che in astratto avrebbe potuto verificarsi (si pensi ad es. alle consuetudini facoltizzanti). Spesso manca l'*usus* in

senso proprio, sempre però è necessario rifarsi alla *opinio* che accompagna ogni regola (si presuppone che gli esseri umani quando seguono una regola di comportamento – di comportamento nota bene – lo facciano per una qualche ragione che si dovrebbe poter chiarire e dichiarare), e rispetto alla *opinio* ovviamente diventa determinante per il giurista quella *juris et necessitatis*, sempre che vi sia (o almeno così giudichi chi lo sostiene). Riflettendo sull'ultimo punto ora scritto, diventa evidente che chi vuole parlare di *opinio juris et necessitatis*, o comunque qualificare la natura della *opinio*, deve confrontarsi con tutti quelli che riflettono o hanno riflettuto sulla medesima questione, cosicché decisivo diventa l'accordo: se l'osservatore constata un accordo unanime questa è l'*opinio*; se invece constata disaccordo, l'osservatore potrà decidere lui come schierarsi, e cercare di far prevalere una interpretazione contro un'altra o altre interpretazioni.