

VI
IL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE
NEL PROCESSO DI DEFORMALIZZAZIONE
DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

MARIO DOGLIANI *

1. La mia lezione ¹ riguarderà il ruolo che sta giocando – o che si dice che giochi (e che forse non gioca) – la Corte Costituzionale nel processo di deformalizzazione del nostro ordinamento giuridico. Vorrei però affrontare l'argomento un po' da lontano, premettendo una divagazione.

Questo problema, delle vicende che sta attraversando il nostro ordinamento in quanto “ordinamento a diritto scritto”, fa parte di un complesso più ampio di problemi che alterano l'orizzonte entro il quale il diritto costituzionale europeo-continentale si è finora mosso, e che pongono non solo questioni disciplinari, ma, si potrebbe dire, meta-disciplinari, fino al punto da rendere sempre più pressante l'interrogativo: che senso ha insegnare il diritto costituzionale nelle università italiane di oggi? A che cosa serve oggi un costituzionalista? Quale deve essere il suo compito?

Potrebbero sembrare domande sproporzionate al tema, ma vorrei dimostrare che non è così: vorrei dimostrare cioè che, per prendere posizione di fronte alla questione della deformalizzazione del diritto, è necessario attraversare questioni che giungono a mettere in discussione il ruolo del costituzionalista quale, in questi decenni, è stato inteso.

Iniziamo con il considerare che questo, della deformalizzazione, è uno dei sintomi della perdita della centralità del principio rappresentativo: il monopolio del circuito “rappresentanza politica – responsabilità politica – produzione del diritto”.

* Professore di Diritto costituzionale presso l'Università di Torino.

¹ La lezione è stata tenuta il 15.5.2000, ma, essendo stata corretta per la stampa nel marzo 2001, si è tenuto conto – nelle esemplificazioni – anche di fatti avvenuti successivamente.

to” si sta infatti sgretolando e la produzione del diritto sempre più viene collegata a fenomeni extra-politici, ed essenzialmente (di nuovo) al circuito “autonomia privata – giurisprudenza – *opinio doctorum*”. Sarebbe miope considerare questa perdita di centralità solo dal punto di vista dell’alterarsi del sistema delle fonti, con il prepotente ingresso della giurisprudenza nell’attività di produzione del diritto stesso, l’indebolimento del ruolo della legge a favore delle fonti governative e sovranazionali, ecc., senza valutare lo scenario di più ampio respiro in cui tutto ciò si iscrive. Il rinsecchirsi del principio rappresentativo, infatti, tocca direttamente i caratteri della stessa democrazia e, prima ancora, dell’artificialismo politico, che è costitutivo del diritto moderno e, innanzi tutto, del carattere normativo delle costituzioni, intese come consapevoli atti di volontà (da intendersi in senso ampio, comprensivo dell’*opinio iuris* che sostiene il continuativo ed evolutivo riconoscimento delle costituzioni nella durata della loro storia) conformativi dell’ordine politico e sociale. Questo è il punto: si sta passando da un’idea del diritto (e della costituzione) come progetto consapevole di organizzazione della società ad un’idea del diritto (e della costituzione) come espressione spontanea dello stato di fatto della società stessa.

2. Ma procediamo con ordine, ché porre al centro della discussione la crisi del principio rappresentativo è già un modo di interpretare la situazione. Il dato di immediata percezione è quello del disordine (uso il termine in senso a-valutativo, come allontanamento da un dover essere statuito, o comunque, a livello di principio, riconosciuto come tale):

– disordine, nel rapporto tra le fonti (deleghe vaghe, oltre i limiti di tolleranza dell’art. 76; autorizzazioni a regolamenti di delegificazione non rispettose del principio di legalità sostanziale; individuazione ad opera di regolamenti delegificanti delle leggi espressamente abrogate; autorizzazioni di dubbia legittimità di fonti extra-vaganti ...): disordine che si aggiunge (anche se si tratta di problemi concettualmente molto diversi) alla persistente difficoltà a ridurre e razionalizzare la massa delle fonti esistenti e a migliorare la qualità di quelle di nuova produzione;

– disordine nei rapporti tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale (si pensi al dominio della giurisprudenza amministrativa sul diritto amministrativo, anche a seguito delle dimensioni assunte dal concetto di eccesso di potere, diventato sinonimo di ragionevolezza; o all’esistenza di una Cassazione più grande di una camera legislativa, essendo composta di circa quattrocento membri: sintomo del fatto che all’interno della giurisdizione il diritto in quanto norma si è dissolto nella decisione concreta, e che quindi il rapporto tra principio di legalità e principio di autorità si è invertito, essendo divenuto questo il principio dominante);

– disordine nei rapporti tra diritto interno e comunitario (mancanza di una legislazione di rango costituzionale in materia; totale inutilizzazione, da parte del Parlamento, degli strumenti che pure avrebbe per partecipare al procedimento, in senso lato, di produzione del diritto comunitario);

– disordine nell'attribuzione della responsabilità politica (proliferazione delle autorità indipendenti) e scarsa incisività dei controlli sul buon andamento dell'amministrazione;

– disordine nell'assetto della rappresentanza (trasformismo e distribuzione oligarchica delle candidature all'interno delle coalizioni; convulsioni e scambi di fronte nello scontro politico per la riforma della legge elettorale; uso ambiguo, e disciplina incerta, del referendum) e nelle regole non scritte che dovrebbero reggere la forma di governo "a coalizione maggioritaria";

– ma soprattutto, disordine nella cultura costituzionale delle forze politiche. È da quasi trent'anni che è in corso, in Italia, una "lotta sulla costituzione": da quando, attuata pressoché intieramente la Carta del '48 attraverso le politiche "integrative" svolte sia sul piano sociale che su quello dei rapporti politici (ritengo inaccettabile, ma per motivi che qui non posso illustrare, la dizione "consociative") iniziò un attacco non ai difetti rimediabili del modello parlamentare-partecipativo (la "democrazia organizzata"), ma al modello stesso, in nome della "governabilità", e cioè di un modello fatto di istituzioni forti e società politica debole e "privatizzata". Ma su questa storia non possiamo qui intrattenerci. Per confermare il nostro assunto è sufficiente notare come i contenuti e le vicende delle revisioni costituzionali tentate, o approvate, o in corso di definitiva approvazione, nella XIII legislatura dimostrano l'assenza di solidi e meditati quadri di riferimento all'interno dei quali collocare le linee di lungo periodo delle trasformazioni costituzionali, ma in ogni caso una tendenza al depotenziamento della parte "redistributiva" della costituzione stessa. E fatti specifici di grande rilievo, quali la revisione tacita del Trattato Nato e la conseguente partecipazione alla guerra in Kosovo dimostrano (ad usare un eufemismo) grande leggerezza e disinvoltura nel rapporto con la Costituzione; leggerezza e disinvoltura confermate da fatti di minore portata ma non di minore gravità sul piano della legittimità costituzionale (si pensi al tentativo di considerare abrogata per esaurimento dell'oggetto, previo parere del Consiglio di Stato, la XIII disposizione finale della Costituzione). D'altro canto, la approvazione con una risicatissima maggioranza della revisione del Titolo V dimostra altrettanta disinvoltura nel trattare un principio fondamentale non della Costituzione, ma dello stesso costituzionalismo: e cioè il principio per cui la maggioranza non può "distaccarsi" da sola dalla costituzione. Principio che ovviamente vale solo in modo più attenuato in riferimento alle leggi costituzionali; ma sia per il contenuto della riforma approvata (fortemente discutibile alla luce dell'art. 5 Cost.) che per le retoriche con le

quali essa era stata accompagnata al momento della sua concezione, quella in oggetto non è certo una legge costituzionale che si collochi al confine basso, per così dire, dell'indice di gravità presupposto dall'art. 138, ed c'è quindi molto da dubitare sul fatto che le modalità della sua approvazione non costituiscano – complice il carattere non proporzionale della rappresentanza in sede di revisione – un precedente che segna la rottura della ratio, e dunque della garanzia sostanziale, dell'art. 138.

E l'elenco dei profili di disordine istituzionale-costituzionale potrebbe continuare, anche senza addentrarci sul terreno dei fenomeni strettamente politici e anche senza cadere negli eccessi di chi non considera che alla legge va riconosciuta una presunzione di conformità a Costituzione, e che dunque l'argomento prioritario nella sua interpretazione deve essere quello della "coerenza".

Alcuni di questi elementi di disordine sono indubbiamente espressione di una crisi tutta interna al nostro sistema. Dunque, una classe politica colta e lungimirante potrebbe (e senza soverchie difficoltà nel reperire i saperi idonei da "mettere al lavoro") avviare un'opera di manutenzione ordinamentale che potrebbe avere una sua efficacia nel medio periodo. Ma questi elementi interni sono difficilmente separabili dagli altri, che riflettono piuttosto, come si è prima detto, una crisi dell'artificialismo politico moderno, e che conseguono al trasferimento di poteri che è in atto verso i soggetti vincenti del nuovo ordine economico. Il tema non può essere qui affrontato, ma si può dire in estrema sintesi che il passaggio ad un modello di istituzioni forti (alleggerite del peso delle norme orientate al principio d'uguaglianza sostanziale) e di società politica disorganizzata (la società dei consumatori-lavoratori disseminati) corrisponda alla necessità di creare un assetto istituzionale che consenta di partecipare al generale (planetario) dumping politico in corso. Dumping che (denominato "competitività del sistema-paese") consiste – per trattenere e attrarre i capitali sul territorio – nel produrre, in favore dei soggetti da cui dipende la sua allocazione, servizi a prezzi inferiori al loro costo, e conseguentemente nello scaricare sulle fasce che precedentemente erano percettrici della spesa pubblica sociale, i costi differenziali.

3. Che cosa può fare il costituzionalista in questo contesto? in un contesto, cioè, in cui l'ordine costituzionale è fortemente scosso, così che egli non può più assumere come propria stella polare il compito di *in melius deducere*, attraverso la propria attività di interpretazione e rielaborazione, la costituzione positiva su cui opera?

Innanzitutto non può tirarsi indietro, dicendo che il dato costituzionale, osservato nelle sue evoluzioni, trasformazioni, instabilità, tentativi di consolidamento ... è talmente mobile, fluido, incerto da rendere problematica la possibi-

lità di affrontarlo in termini di scienza del diritto, e cioè descrivendo un dover essere dotato di un accettabile grado di effettività.

Certo, si potrebbe con buoni argomenti sostenere che il livello propriamente normativo – non accompagnato da prassi e convenzioni attuative – è estremamente ridotto: tanto ridotto che se si parlasse solo di ciò che è costituzionalmente sicuro e stabile, il discorso si fermerebbe a un quadro molto generale e risulterebbe privo di capacità descrittiva; mentre se si volesse sviluppare un discorso capace di dar conto della realtà effettuale, si sarebbe costretti a misurarsi con prassi così incerte che non possono essere trattate senza che immediatamente il discorso si sposti sul piano della valutazione di comportamenti politici (o di decisioni giurisprudenziali) contingenti. E qui il cerchio dell'impasse in cui si trova il giurista si chiude, perché la legittimità di tale valutazione è estremamente opinabile (anzi, è inesistente) stante la labilità dei parametri normativi di riferimento: labilità in conseguenza della quale il giudizio scientifico si trasforma in un soggettivo giudizio di opportunità. A ciò si potrebbe aggiungere che il tentativo di dare una forma “giuridica” a tali valutazioni conferisce alle medesime una patina di artificiosità tanto trasparente quanto scopertamente strumentale, che rende immediatamente poco apprezzabile l'argomentazione.

Come rispondere a queste obiezioni? Non è certo possibile qui anche solo tratteggiare il campo di problemi che si estende tra il politeismo dei valori e l'ideale di avalutatività delle scienze, e che il giurista (come ogni scienziato sociale) deve attraversare.

Circoscriviamo dunque il problema e chiediamoci innanzi tutto: che cosa comporterebbe, che cosa implicherebbe, accogliere l'idea che il costituzionalista deve “tirarsi indietro”, in nome della avalutatività della scienza, in un momento in cui il quadro normativo di riferimento è scosso?

Assumere un atteggiamento del genere vorrebbe dire ammettere che il diritto costituzionale presuppone la stasi e che quindi, come sosteneva Santi Romano, il giurista non può far entrare la politica nel suo campo di osservazione scientifico perché essa è movimento mentre invece il diritto è essenzialmente stabilità. Ma bisogna davvero aspettare che tutto si stabilizzi per poter sensatamente intervenire come giuristi? Questa impostazione suona non convincente se si pensa che tutti i concetti chiave del costituzionalismo antico e moderno sono stati elaborati in momenti di grande tensione, ed anzi di tragedia: da Platone ad Hobbes, dalle rivoluzioni americana e francese alla restaurazione, dalla stagione weimariana a quella del secondo dopoguerra. Si potrebbe dunque dire che la tradizione disciplinare ci trasmette un messaggio esattamente contrario a quello del “tirarsi indietro”, e ci invita a considerare come il compito più nobile, e più utile, del costituzionalista sia proprio quello di chiarificare i termini del conflitto che attraversa il tempo in cui egli vive.

Se prendiamo ad esempio l'opera che i maestri del costituzionalismo hanno compiuto nelle grandi svolte della storia moderna vediamo che le loro elaborazioni presupponevano:

a) una conoscenza precisa e spietatamente realistica dei termini del conflitto politico in atto (come Mortati o Giannini ai tempi della Costituente, o come Orlando nel periodo post-risorgimentale, per fare solo esempi a noi vicini; ma si pensi a Jellinek, Kelsen, Heller, o Schmitt);

b) un'ipotesi sull'influenza che il diritto come forma di razionalità separata ha (insieme ai profili simbolici della politica) sulle dinamiche del conflitto (in generale, sul conflitto "nudo", così come inteso dai realisti, e sullo specifico conflitto in atto);

c) un'ipotesi sull'influenza che una determinata costruzione giuridica esercita sulle possibili soluzioni di quello specifico conflitto (si pensi alle riflessioni di Kelsen sulle implicazioni che la teoria monistica e quella dualistica hanno in relazione al problema della pace).

Sulla base di questi presupposti, che non necessariamente devono essere esplicitati, l'opera dei maestri del costituzionalismo è consistita nel:

d) "far lavorare" sui problemi contemporanei le soluzioni classiche, per illustrare i primi al cospetto di queste ultime;

e) argomentare i dilemmi delle soluzioni possibili ed eventualmente prendere posizione.

La "presa di posizione" rischia di essere la parte più caduca, perché più esposta ad errori di valutazione di fatto, ma resta l'utilità scientifica del lavoro, che dipende dalla parte storico-analitica-ricostruttiva precedente.

4. Ritorniamo, dopo questa divagazione, al punto che avevamo lasciato in sospeso all'inizio, e cioè all'ipotesi che tutti gli elementi che avevamo raggruppato sotto la (imprecisa) denominazione di "disordine" siano da considerare come sintomi di una crisi che ha colpito il principio rappresentativo; crisi che è, a sua volta, una manifestazione di una più ampia trasformazione che ha investito l'idea dell'artificialismo politico e del nesso tra politica e costituzione (il nesso in forza del quale la costituzione è stata pensata come costituzione/programma, che definisce la forma dello stato non solo in termini strutturali ma, innanzi tutto, funzionali).

Un'ipotesi del genere riassume gli esiti di un possibile (ma plausibile, e, penso si possa dire, incontrovertibile, fatti salvi i giudizi di valore) percorso di ricerca che rientra nel punto d) sopra descritto.

È a questo punto che si aprono i dilemmi.

Se si muove dalla considerazione che la costituzione italiana è sempre stata considerata un tipo esemplare di costituzione caratterizzata in senso funzionale

(costituzione /programma), che presupponeva un'idea di "democrazia organizzata" attraverso i partiti e che poneva, declinato in questo senso, il principio statale-rappresentativo come principio cardine (per quanto corretto da istituti diversamente ispirati: giustizia costituzionale, referendum ...) dobbiamo riconoscere – a fronte di quanto sopra detto – che sono sostenibili, sul piano analitico, entrambe le proposizioni seguenti:

- l'Italia non ha più una costituzione;
- in Italia è in corso una "lotta sulla Costituzione". Con quest'ultima espressione intendo una lotta per l'interpretazione della Costituzione. Secondo la prospettiva neo istituzionalista la costituzione scritta è sorretta da una consuetudine di riconoscimento: consuetudine che contiene, endemicamente, dei margini di ambiguità perché diversi sono gli interessi a partire dai quali la costituzione viene interpretata, e diverse sono dunque le *opinio iuris* circa i suoi contenuti obbliganti. Ma questa divergenza interpretativa può assumere dimensioni patologiche, fino a sfociare nel disconoscimento della validità della costituzione stessa da parte di settori ampi della popolazione (come accadde negli Stati Uniti ai tempi della guerra di secessione). Fin tanto che il conflitto sull'interpretazione della costituzione (e, ovviamente, sulle sue linee di sviluppo o di revisione) non sfocia in una situazione obbiettiva tale per cui non si possa più parlare dell'esistenza di una consuetudine di riconoscimento sufficientemente ampia, si può ritenere che la costituzione sia valida, ma che il suo riconoscimento (la fonte della sua validità) sia sottoposta ad un conflitto. I modelli della costituzione tradita, della costituzione da attuare, esprimevano un tipo di lotta per la costituzione in cui sul piano politico culturale prevalevano le forze favorevoli alla Costituzione vigente. Al contrario, i modelli della costituzione vecchia, della costituzione "gabbia", o della costituzione inadeguata perché "pagina bianca" di fronte ai nuovi problemi, esprimono un tipo di lotta in cui sul piano politico culturale prevalgono le forze ad essa contrarie.

Sul piano dei giudizi di valore ciascuna delle due proposizioni – l'Italia non ha più una costituzione; in Italia è in corso una "lotta sulla Costituzione" – potrà essere accompagnata da un giudizio positivo e da uno negativo. Il giurista che volesse rimanere rigorosissimamente fedele all'insegnamento kelseniano dovrebbe costruire le sue analisi esponendo distintamente ma contestualmente le interpretazioni suscettibili di essere svolte su tutti e quattro i piani, e con ciò resterebbe valutativo. Nella pratica ciò non avviene, ma dovrebbe restare fermo per ogni giurista il dovere di rendere esplicito il piano su cui si colloca.

È a questo punto che si pongono le domande di cui abbiamo detto all'inizio, perché è evidente che determinate combinazioni – di cui ci si ritenga convinti – di giudizi di fatto e di giudizi di valore potrebbero rendere non più interessanti, o sopportabile, il mestiere del costituzionalista, e potrebbero indurre a ri-

trarsi sul terreno della scienza pura per essere sollevati dall'onere di svolgere un'attività interpretativa non più suscettibile di essere intesa come utile a *in melius deducere* l'ordinamento, dati i fondamenti e la configurazione che questo ha assunto.

5. Per quel che riguarda il nesso tra questo tipo di problemi e la specifica questione della deformalizzazione dell'ordinamento si è già detto. Resta solo da precisare che una certa relativizzazione del circuito "principio rappresentativo – responsabilità politica – produzione del diritto" rispetto alla rigidità con cui esso è stato inteso dal positivismo legislativo è di per sé innocua dal punto di vista della forma di stato rappresentativa, ed è inevitabile dal punto di vista della forma di stato rappresentativa a costituzione rigida e giurisdizionalmente garantita.

Le cose cambiano se la relativizzazione del circuito predetto viene posta all'interno di uno scenario in cui il legame tra rappresentanza politica e produzione del diritto è destinata ad una posizione residuale e marginale, in nome dell'avvento di un diritto extra politico e della "decostruzione" (secondo la formula di Teubner) degli ordinamenti positivi (*global law without a state*), in nome di una dinamica socio economica interpretata come capace di ricavare da sé le proprie leggi: una dinamica scorporata, distinta, separata dal processo politico.

A questa versione estrema se ne accompagnano altre, più moderate. Si usano in proposito le espressioni "democrazia dibattimentale" o "deliberativa" (che non mancano di ambiguità), intendendo con esse l'insieme delle procedure attraverso le quali i cittadini consapevoli di partecipare ad una cittadinanza democratica governano la propria trasformazione: insieme di procedure che non si esauriscono nel circuito politico-rappresentativo, e tra le quali si colloca anche la giurisdizione, soprattutto quella costituzionale, come luogo di consolidamento della discussione morale che si svolge nella società.

Non è qui possibile ripercorrere i termini della discussione che vede contrapporsi ai fautori della decostruzione gli intellettuali (più anziani, di una generazione precedente: basti fare i nomi di Rawls, di Dworkin, di Habermas) che vedono con preoccupazione l'annuncio di questo fenomeno, e tentano di difendere il primato della politica democratica, discorsiva. Autori che temono che la prospettiva della decostruzione, che viene presentata come una prospettiva di liberazione, in realtà non sia in grado di fare i conti con gli squilibri internazionali, da un lato, e con quelli interni, dall'altro. Autori che dubitano del fatto che la società pluralistica, poliarchica, policorporativa (come dice appunto Teubner) sia davvero capace di trovare dentro di sé le regole per se stessa, e che dunque temono la fine degli ordinamenti giuridici incardinati attorno al principio rappre-

sentativo, perché continuano a credere che il paradigma hobbesiano sia tuttora sensato e che quindi un deficit di autorità politica possa inselvatichire la società, e in ogni caso allontanare le prospettive di una realizzazione del principio di uguaglianza.

6. Abbandoniamo ora questa lunga divagazione iniziale, che spero solo sia servita ad illustrare quali sono le implicazioni dei giudizi che possono darsi sui processi attraverso i quali l'ordinamento mostra di allontanarsi dai caratteri che ad esso erano stati impressi dalla centralità del principio rappresentativo, e veniamo, seppure in conclusione, e rapidamente, al tema specifico. Col termine "deformalizzazione" intendiamo la conseguenza complessiva prodotta da tutti quei fenomeni che alterano il sistema delle fonti sulla produzione: tutti quei fenomeni, cioè, che incidono sulla validità delle fonti (o che istituiscono nuove fonti di produzione) secondo modalità non riconducibili (o non compiutamente riconducibili) a quanto richiesto dal sistema stesso.

Disegnare una mappa di questi fenomeni sarebbe molto complicato. Limitiamoci ad evocare, lasciandoli sullo sfondo, il rapporto tra diritto interno e diritto comunitario; gli strappi al principio di legalità nei rapporti tra legge e regolamento (o, più ampiamente, tra legge ed atti governativi a contenuto obbiettivamente normativo); gli strappi al principio di costituzionalità in materia di deleghe e in materia di rapporti tra riserva di legge e fonti secondarie (dubbiamente) autorizzate; le conseguenze della distinzione tra disposizione e norma in materia di referendum e di abrogazione; gli spazi che la giurisdizione ordinaria e amministrativa hanno occupato attraverso l'utilizzazione dei loro strumenti interpretativi in un ambiente legislativo caotico; gli spazi che la giurisdizione amministrativa ha conquistato ponendosi come giudice della ragionevolezza; gli spazi che la giurisdizione civile ha occupato attraverso l'uso diretto delle norme costituzionali ... ed infine la emanazione, da parte della Corte costituzionale, non solo di sentenze dal contenuto normativo "in positivo" (sentenze-legge), ma di sentenze fondate su un parametro non consistente in un significato attribuito ad una disposizione costituzionale.

La discussione sulle sentenze-legge è notissima e non intendo qui ripercorrerla. Mi limito ad esporvi, senza illustrarlo, un quadro riassuntivo della tipologia delle sentenze della Corte, che evidenzia anche la articolazione di queste pronunce dalla particolare efficacia creativa.

Tipologia delle decisioni costituzionali

D1a	Sentenza di inammissibilità per vizi di carattere processuale
D1b	Sentenza di inammissibilità per discrezionalità del legislatore
D2	Sentenza di manifesta inammissibilità
D3	Sentenza di restituzione degli atti al giudice <i>a quo</i>
D4a	Sentenza di non fondatezza
D4b	Sentenza di non fondatezza con monito al legislatore
D5	Sentenza di manifesta infondatezza
D6a	Sentenza di accoglimento
D6b	Sentenza di accoglimento per illegittimità sopravvenuta
D7	Sentenza di accoglimento per illegittimità consequenziale
D8a	Sentenza interpretativa di rigetto di principio
D8b	Sentenza interpretativa di rigetto di regola
D9	Sentenza interpretativa di accoglimento
D10	Sentenza di accoglimento parziale (o riduttiva)
D11a	Sentenza additiva di principio
D11b	Sentenza additiva di regola
D12	Sentenza sostitutiva

Vorrei intrattenermi solo sull'ultimo punto prima accennato, e cioè sul fatto che la Corte pronuncia anche un particolare tipo di sentenze, fondate su un parametro che non consiste in un significato attribuito ad una disposizione costituzionale.

Limitiamoci, preliminarmente, a richiamare i presupposti della teoria dell'interpretazione tipica del positivismo giuridico, dandola per nota, e sommariamente sintetizzabile nei punti seguenti.

Data una disposizione contenuta in una fonte valida (d), è possibile attribuire ad essa tanti significati (n1, n2, n3 ...) quanti sono i significati che a quella disposizione possono essere attribuiti nel rispetto delle regole grammaticali e sintattiche, e del *thesaurus* di accezioni proprio di ogni parola, caratteristici della lingua in cui la disposizione stessa è formulata.

Tra questi diversi significati il giurista sceglie quello che intende applicare, compiendo, con ciò una decisione soggettiva, i cui motivi possono essere i più diversi.

Il giurista è però tenuto a giustificare la decisione effettuata sostenendola in base ad uno degli argomenti accettati dalla comunità dei giuristi. Nel loro complesso tali argomenti costituiscono dunque un vincolo.

Non essendo però disposti secondo un ordine gerarchico da una norma idonea a vincolarne le modalità di utilizzo, tali argomenti costituiscono una risorsa per la libertà dell'interprete medesimo, che li sceglie *ex post* in funzione dell'obiettivo che vuole raggiungere.

Il limite alla discrezionalità dell'interprete è dunque dato dal limite di tolleranza che le proposizioni normative presentano sul piano linguistico. Sotto questo profilo il primo strumento per restringere la libertà dell'interprete è dato dalla precisione ed esattezza del linguaggio legislativo (fino all'ideale di un linguaggio legislativo chiuso, distinto da quello ordinario).

Data la latitudine di questa libertà, gli ordinamenti positivi hanno previsto strumenti autoritativi per limitarla dall'esterno: strumenti diretti (la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione) o indiretti (la burocratizzazione dei giudici e la loro riduzione al rango di impiegati, subordinati, quanto al rapporto di servizio, al potere politico-amministrativo del ministro: strumento, come è noto, non più praticato in Italia, ma tipico dello stato liberale e conseguenza diretta del positivismo legislativo). I giudici di vertice, com'è ovvio, sono vincolati solo sul piano ermeneutico e non su quello organizzativo.

Richiamati questi punti, la domanda che si pone è: la Corte costituzionale esercita la sua giurisdizione nell'ambito, pur lato, dei limiti sopra detti?

Per analizzare l'attività ermeneutica della Corte costituzionale bisogna, ovviamente, distinguere tra interpretazione delle disposizioni oggetto e interpretazione delle disposizioni parametro, ma si può tranquillamente ammettere che esista un largo settore in cui l'attività interpretativa dell'uno e dell'altro tipo di disposizioni avvenga secondo i normali criteri comunemente accettati, e consista nell'estrarre "norme" dalle disposizioni scritte.

Il quadro degli argomenti utilizzati per compiere tale operazione – e cioè il quadro delle regole interpretative utilizzate per individuare la norma parametro attraverso l'attribuzione di significati a enunciati costituzionali e per individuare la norma oggetto attraverso l'attribuzione di significati a enunciati di legge ordinaria – potrebbe essere il seguente (utilizzo una tabella che ho preparato per un gruppo di lavoro del mio Dipartimento che sta classificando le sentenze della Corte):

Ta	Argomento psicologico (ricorso alla volontà del legislatore concreto)
Tb	Argomento storico (presunzione di continuità - ipotesi del legislatore conservatore)
Tc	Argomento <i>a contrario</i>
Td	Argomento letterale (considerazioni di ordine sintattico grammaticale)
Te	Argomento della coerenza (orizzontale: interlegislativo)
Tf	Argomento della coerenza (verticale: interpretazione adeguatrice alla costituzione)
Tg	Argomento della completezza
Th	Argomento economico (ipotesi del legislatore non ridondante)
Ti	Argomento <i>ab absurdo</i> (argomento apagogico)
Tj1	Argomento sistematico: a) della <i>sedes materiae</i> (argomento topografico)
Tj2	Argomento sistematico: b) della costanza terminologica
Tj3	Argomento sistematico: c) concettualistico (argomento dogmatico)
Tk	Riferimento ad altri ordinamenti
Tm	Argomento naturalistico (ipotesi del legislatore impotente)
Tm1	Argomento naturalistico (riferimento al <i>common sense</i>)
Tn1	Argomento a simili (<i>analogia legis</i>)
Tn2	Argomento a partire dai principi generali (<i>analogia iuris</i>)
To	Argomento teleologico (ipotesi del legislatore provvisto di fini)
Tp1	Argomento <i>a fortiori</i> (<i>a minori ad maius</i>)
Tp2	Argomento <i>a fortiori</i> (<i>a maiori ad minus</i>)
Tq1	Argomento <i>ab exemplo</i> (riferimento alla <i>opinio doctorum</i>)
Tq2	Argomento <i>ab exemplo</i> (riferimento all'interpretazione giurisprudenziale)
Tq2/1	Argomento <i>ab exemplo</i> (riferimento esplicito al diritto vivente)
Tq3	Argomento <i>ab exemplo</i> (riferimento all'applicazione amministrativa)
Tq4	Argomento <i>ab exemplo</i> (riferimento ai propri precedenti)
Tr	Esplicito e motivato overruling rispetto ai propri precedenti
Ts1	Esplicita valutazione delle conseguenze pratiche dell'eventuale accoglimento
Ts2	Esplicita valutazione delle conseguenze pratiche dell'eventuale rigetto

Tt	Riferimento a riforme legislative in corso
Tu	Riferimento alla discrezionalità del legislatore (spazio impregiudicato dalla norma parametro)
Tv	Riferimento alla discrezionalità del legislatore (manca “norma a rime obbligate”: no <i>analogia iuris</i>)
Tz	Argomento equitativo (principi di giustizia utilizzati per selezionare significati di disposizioni)

Molto si è detto a proposito del c.d. “bilanciamento” tra principi costituzionali (la cui natura diamo qui per nota). Si tratta di un procedimento più complesso di quello sopra descritto, ma solo perché più esplicita è, in esso, la discussione intorno al significato preferibile da attribuire alle disposizioni costituzionali in gioco. Il procedimento ermeneutico in cui consiste il bilanciamento può essere così sintetizzato:

a) esiste un conflitto tra il principio – genericamente inteso – di cui alla disposizione X (oppure: di cui al combinato delle disposizioni A, B e C) e il principio – genericamente inteso – di cui alla disposizione Y (oppure: di cui al combinato delle disposizioni E, F e G);

b) tale conflitto può essere risolto in due modi: 1) individuando la migliore proporzione possibile tra i due principi, oppure 2) circoscrivendo l’ambito in cui esso assume rilevanza costituzionale, e cioè individuando i confini oltre i quali la compressione di uno dei due principi non può andare oltre, a favore dell’altro;

c) nel primo caso la Corte definirà il punto di ottimo equilibrio, nel secondo definirà il contenuto minimo essenziale dei principi in conflitto (o comunque di quello “aggredito”);

d) ma la individuazione di questi punti (di equilibrio) o di queste linee (di confine) consegue alla assunzione da parte della Corte:

– di uno tra i tanti possibili criteri di giustizia, i quali, come ha dimostrato Kelsen, rinviano tutti – tranne quello della carità – a ordinamenti di valori e di preferenze la cui esistenza è presupposta e accettata da chi utilizza il criterio;

– di uno specifico significato attribuito, a fronte del caso concreto, a quel principio;

e) sulla base di questo specifico significato attribuito ad un particolare principio di giustizia – e cioè sulla base di una “doppia preferenza” che individua il criterio di giustizia concreto idoneo a risolvere il conflitto – la Corte attribuisce alle disposizioni costituzionali che costituiscono – in quanto genericamente intese – i poli del conflitto medesimo, il significato idoneo a risolverlo. Nel caso dell’ottima proporzione si dichiareranno incostituzionali tutti i significati delle disposizioni che non coincidono con quello che esprime tale puntuale equilibrio. Nel ca-

so del significato minimo essenziale si dichiareranno incostituzionali solo i significati che si collocano oltre quello “di confine”.

Come si vede anche il bilanciamento rientra nello schema interpretativo generale, secondo il quale la individuazione del significato prescelto, della “norma concreta”, precede la argomentazione a partire dalla disposizione. In questo caso, solo, è particolarmente visibile ed esplicita la discussione condotta in termini di criteri di giustizia. Il nesso tra il principio di giustizia “concreto”, individuato come criterio risolutore del conflitto, e i mondi di significati attribuibili alle disposizioni di riferimento è però così complesso (la catena argomentativa è cioè così lunga e così esplicitamente condizionata dalle scelte di valore) che sembra preferibile parlare, in questi casi, di una vera e propria “creazione” del parametro anzichè di una sua “individuazione” a partire dal testo costituzionale.

Stante queste particolarità si può dunque aggiungere alla tabella sopra riportata, quella che segue:

Regole sulla produzione della norma parametro attraverso l'attribuzione di significati specifici a principi di giustizia, significati che valgono poi a selezionare possibili significati di enunciati costituzionali

B1 Bilanciamento come individuazione del contenuto minimo essenziale

B2 Bilanciamento come individuazione dell'ottima proporzione

Esistono però frequenti ipotesi in cui il parametro che la Corte utilizza per decidere della incostituzionalità di una norma ordinaria non consiste in un significato attribuito ad una disposizione costituzionale: casi cioè in cui il legame tra parametro del giudizio ed enunciati del testo della Costituzione è interrotto.

L'utilizzazione di un tale tipo di parametro può ricorrere:

a) quando una norma appare contraddittoria rispetto al fine che il legislatore, implicitamente o esplicitamente, dichiara di voler perseguire (incoerenza teleologica);

b) quando una norma appare intimamente contraddittoria (incoerenza interna) o irriducibile al sistema legislativo in cui dovrebbe inserirsi, e cioè irrimediabilmente non armonizzabile con esso (incoerenza sistemica);

c) quando – al di fuori del campo di applicazione del principio di uguaglianza – un rapporto giuridico appare disciplinato in modo tale da sacrificare in modo irragionevole gli interessi di una delle parti.

Questa elencazione non è e non può essere tassativa, perché la Corte fa valere, ove lo ritenga, criteri di ragionevolezza che considera presupposti dalla Costituzione nel suo complesso, ma che non possono essere fatti derivare da nessuna disposizione specifica.

In tutti questi casi la Corte applica – al di là del modo con cui fraseggia le sue argomentazioni – il criterio della giustizia come convenienza, come adeguatezza della norma al caso concreto. Utilizza cioè come parametro la norma giusta che dovrebbe esserci, ma che non c'è: quella norma che il sentimento di giustizia dell'interprete, di fronte al caso concreto, percepisce come mancante.

In ciò non c'è nulla di nuovo dal punto di vista filosofico, anche se c'è molto di nuovo dal punto di vista del positivismo giuridico. Le antiche ascendenze filosofiche della questione (la necessità di integrare il diritto statuito con norme, da esso non previste, adatte al caso concreto) risultano chiare da questo passo di Aristotele, tratto dall'*Etica Nicomachea* (1137 b10 – 1138 a): “... il conveniente è pur giusto, ma non secondo la legge, bensì è come un correttivo del giusto legale. ... Quando dunque la legge parli in generale, ma in concreto avvenga qualcosa che non rientri nell'universale, allora è cosa retta il correggere la lacuna là dove il legislatore ha ommesso ed errato parlando in generale, e ciò direbbe anche il legislatore stesso se fosse presente colà, e se avesse previsto la cosa l'avrebbe regolata nella legge. Perciò il conveniente è giusto ed è anche migliore di quel giusto che è particolare, ma non del giusto in senso assoluto, bensì dell'errore della legge in quanto parla in generale. E questa è appunto la natura del conveniente, di correggere la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in universale. E la causa anche del non essere ogni cosa inclusa nella legge è il fatto che intorno ad alcuni particolari è impossibile imporre una legge fissa per cui v'è bisogno della decisione d'assemblea. Infatti di ciò che è indeterminato anche la norma deve essere indeterminata come il regolo di piombo che si usa nell'edilizia di Lesbo: esso infatti si piega alla forma della pietra e non rimane rigido e altrettanto è del decreto rispetto ai fatti. È dunque chiaro che cosa sia il conveniente e che esso sia giusto e di quale giusto sia migliore ed è anche evidente da ciò chi sia l'uomo conveniente. L'uomo conveniente è infatti chi è incline a proporsi e a compiere tali cose, e non è rigido nella legge in ciò che porta al peggio bensì incline a mitigare anche se può invocare l'aiuto della legge. E una tale disposizione d'animo è la convenienza la quale è giustizia e non una disposizione diversa dal giusto”.

Possiamo dunque accomunare le ipotesi in discussione dicendo che la Corte utilizza non solo parametri costituiti da significati di enunciati costituzionali, ma anche parametri costituiti da regole di giustizia intesa come “convenienza” (nel linguaggio aristotelico), o, il che è lo stesso, da regole prodotte dal “sentimento della giustizia” dell'interprete, nel linguaggio kelseniano. Parametri, per definizione, estranei agli enunciati del diritto scritto. È appena il caso di precisare che quel che conta – nelle ipotesi ora considerate – non è in sé il ricorso a una regola di giustizia, ma il fatto

che tale regola non venga utilizzata per selezionare uno dei significati possibili di un enunciato. Se così fosse si tratterebbe di un semplice uso del criterio equitativo: criterio dal contenuto indefinibile, ma che, se utilizzato per attribuire ad un enunciato uno dei suoi significati possibili e per argomentarne la preferibilità, svolge un ruolo del tutto identico a quello degli altri argomenti ermeneutici (e infatti è stato collocato nella tabella ad essi dedicata). Quel che differenzia le ipotesi ora esaminate dall'uso del criterio equitativo è che qui il principio di giustizia opera non come regola sulla interpretazione del diritto, ma come regola sulla sua produzione.

Alle tabelle precedenti possiamo dunque aggiungere la seguente:

Regole sulla produzione della norma parametro attraverso l'attribuzione di significati specifici a principi di razionalità o di giustizia, significati che non valgono poi a selezionare possibili significati di enunciati costituzionali

G1	Giustizia come convenienza: ragionevolezza strumentale (teleologica, interna o sistemica)
G2	Giustizia come convenienza: ragionevolezza intersoggettiva
G3	Giustizia come convenienza (applicazioni residuali)

7. Le sentenze fondate sui parametri costituiti da principi di giustizia/convenienza rappresentano indubbiamente fenomeni di deformalizzazione dell'ordinamento, in quanto fanno prevalere sul diritto positivo norme tratte da sistemi extra positivi: norme che fondano la loro validità su elementi estranei a quelli contemplati dalle fonti sulla produzione vigenti. Si deve da ciò concludere che la Corte Costituzionale operi come se il vincolo rappresentato dagli enunciati sia solo un vincolo residuale? Una conclusione del genere sarebbe sicuramente eccessiva. Se si osservano le sentenze nelle quali il criterio di giustizia/convenienza (o ragionevolezza) è utilizzato come regola sulla produzione, si può convenire che non appare priva di fondamento la giustificazione che di esse si suole dare, e cioè che vengono emanate solo al fine di garantire la sussistenza di quella dose minima di adeguatezza, congruenza, proporzionalità rispetto al fatto che la scelta politica deve incorporare per essere considerata esercizio legittimo della funzione legislativa. Esse sono infatti state impiegate per dichiarare l'incostituzionalità o di presunzioni o di limiti (basti pensare a quello sulla differenza d'età tra adottante ed adottato) o di automatismi legali di fronte ai quali non appariva utilizzabile altro criterio di giustificazione se non quello della *dura lex sed lex*. Da questo punto di vista le sentenze fondate su un parametro a-testuale possono es-

sere presentate come l'altra faccia del principio – avente, secondo la Corte, valore costituzionale – secondo il quale per ogni legge deve essere possibile fornire un sostegno argomentativo ragionevole, essendo insufficiente il puro riferimento alla sua validità formale.

L'uso limitato di queste pronunce induce a vedere in esse – secondo la riflessione aristotelica – più una fisiologica valvola di adattamento, rispondente ad un bisogno che presenta ogni ordinamento che viga in un ambiente morale in cui sia riconosciuto il principio della giustizia/convenienza (non l'uomo è fatto per la legge, ma la legge per l'uomo ...) che non il consapevole accompagnamento, da parte della Corte, di un processo di deformalizzazione che ha nelle dinamiche del diritto "post-politico" le proprie ragioni di fondo.

Ma questa valutazione prudente della posizione in cui si colloca oggi la giurisprudenza costituzionale potrebbe non essere condivisa, e gli stessi dati giurisprudenziali che la confortano potrebbero essere utilizzati come sintomi di un processo di sganciamento dal dato costituzionale testuale destinato a diventare sempre più rapido e intenso: processo la cui desiderabilità potrebbe essere sostenuta – da chi lo volesse – con gran copia di argomenti, che lo spirito del tempo oggi valorizza. È a questo punto che il discorso torna all'inizio: ai problemi oggettivi e soggettivi da cui siamo partiti.