# Rivista di Diritto Costituzionale

2000

TI 71123246

RIVISTA DI
DIRITTO COSTI-
TUZIONALE 2000
AA.VV.

GIAPPICHELLI
TORINO

T 00000292

# Rivista di Diritto Costituzionale

*Rivista dell'Associazione «Gruppo di Pisa»*

G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 1996 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN 88-348-1153-4

*Comitato di Direzione*

M. Ainis, V. Angiolini, A. Anzon, G. Azzariti, P. Costanzo, S. Grassi, M. Luciani, S. Mangiameli, C. Pinelli, G. Pitruzzella (Direttore responsabile), R. Romboli (Coordinatore scientifico), E. Rossi, A. Ruggeri, R. Tarchi.

*Comitato Scientifico*

L. Aguiar de Luque, E. Balboni, M. Baudrez, M. Bertolissi, E. Bettinelli, R. Bin, B. Caravita, P. Carrozza, L. Chieffi, P. Ciarlo, V. Cocozza, L. Diez-Picazo, A. Di Giovine, M. Dogliani, G. D'Orazio †, G.F. Ferrari, G.G. Floridia, S. Gambino, F. Lanchester, A. Manitakis, R. Nania, L. Pegoraro, A. Pisaneschi, M. Raveraira, P. Ridola, S. Sicardi, R. Toniatti, L. Ventura, M. Volpi, A. Weber.

*Comitato di Redazione, coordinato da* S. Panizza

L. Azzena, L. Bedini, P. Bianchi, G. Campanelli, F. Caporilli, F. Dal Canto, E. Malfatti, L. Mannelli, P. Passaglia, A. Pertici, G. Vaglio, N. Vizioli, S. Vuoto.

Registrazione presso il Tribunale di Torino n. 4928 del 5 luglio 1996.

*Composizione:* Compograf - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

NESSUNA PARTE DI QUESTO VOLUME PUÒ ESSERE RIPRODOTTA IN QUALSIASI FORMA A STAMPA, FOTOCOPIA, MICROFILM O ALTRI SISTEMI, SENZA IL PERMESSO SCRITTO DELL'EDITORE.

# Indice


*pag.*

Ricordo di Gianfranco Mor
di *Vittorio Angiolini* IX

I

## I Saggi 1

Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali
di *Marilisa D'Amico* 3

Le regole sulla qualità della legislazione e il principio di sussidiarietà
di *Cesare Pinelli* 62

Il linguaggio transnazionale dei diritti
di *Maria Rosaria Ferrarese* 74

I paradossi delle esperienze di normazione, attraverso i rapporti tra Parlamento e Governo sul piano delle fonti (e dal punto di vista della forma di Stato e della teoria della Costituzione)
di *Antonio Ruggeri* 109

Qualità della legislazione e principio di legalità
di *Giuseppe Ugo Rescigno* 152

*pag.*

II

I Fatti 167

La tutela cautelare dei diritti fondamentali
di *Marc Carrillo* 169

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: una cronaca
di *Elena Paciotti* 190

Università e Costituzione (considerazioni sulla recente evoluzione dell'ordinamento)
di *Stelio Mangiameli* 209

III

Il Forum - La tecnica della legislazione 229

con interventi di *R. Guastini, G.U. Rescigno, F. Patroni Griffi, R. Pagano, G. Rizzoni* 231

IV

I Libri 267

M.A. Presno Linera, *Los partidos y las distorsiones juridicas de la democracia*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000
Recensione di *C. Pinelli* 269

*pag.*

Replica dell'*Autore* 271

G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza Editori, Roma-Bari, 2000
Recensione di *A. Spadaro* 273
Replica dell'*Autore* 284

E. CATELANI, *Contributo allo studio delle direttive interorganiche*, Giappichelli, Torino, 1999
Recensione di *F. Merusi* 285
Replica dell'*Autrice* 288

# Ricordo di Gianfranco Mor

di *Vittorio Angiolini*

Gianfranco Mor, che per molti anni ha insegnato diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Milano, ove era altresì il Direttore dell'Istituto di diritto pubblico, ci ha lasciato, a causa di un improvviso malore.

La Sua scomparsa ci rende forse ancora più addolorati per il modo repentino in cui è avvenuta: Gianfranco se ne è andato come aveva sempre vissuto, in modo discreto e circondato da una naturale riservatezza, in un momento di attività più che mai intensa.

Non svelo certamente un segreto se ricordo che, proprio nell'imminenza della dipartita, su sollecitazione di molti Colleghi, avevo cercato di convincerlo ad accettare l'elezione a Preside della Facoltà milanese. Ma Lui resisteva, adducendo la necessità di trovare spazio per completare i suoi Studi in corso, che, in quella fase, si erano indirizzati, a partire dal diritto elettorale, all'evoluzione del principio democratico e della rappresentanza politica. Sapevamo tutti che si trattava di una motivazione sincera e, per Lui, assai difficile da superare, perché non solo il dovere, bensì il piacere, di proseguire un percorso personalissimo di ricerca è stato sempre in cima ai pensieri di Mor.

Sebbene abbia ricoperto con successo varie cariche accademiche, tra cui quella di Preside di Facoltà presso l'Università di Pavia, era rarissimo che Mor consentisse ad assumere incarichi al di fuori dell'ambito strettamente accademico e, quando lo ha fatto, è sempre stato perché lo ha ritenuto indispensabile per spirito di servizio. Ricordo ancora l'ammirazione e la sorpresa con cui, durante una delle nostre passeggiate invernali in Engadina di qualche anno addietro, appresi la Sua intenzione, poi portata puntualmente ad effetto, di rinunciare ad un importante incarico in svolgimento per consentire ai nuovi amministratori, che in dipendenza del risultato elettorale si erano appena insediati alla Regione, di essere liberi nella scelta dei propri consulenti. Mor era così: rigoroso come pochi e come pochi rispettoso delle opinioni e delle esigenze altrui.

Il che non significa affatto che non fosse tenace nel difendere le proprie opinioni per l'essenziale: rammento per esempio la passione con cui, insieme, cercammo di ottenere ed infine strappammo, a Paolo Biscaretti Di Ruffia, una presa di posizione più risoluta sui comportamenti di un Presidente della Repubblica che ritenevamo agire ai limiti della Costituzione. Ma anche questo fu fatto, da Mor, con garbata risolutezza, con la costante preoccupazione di agire con moderazione e non forzare mai la mano.

Queste doti, che tutti abbiamo apprezzato, derivavano a Mor dall'essere Studioso e Professore, prima ancora per l'aver abbracciato una professione che lo soddisfaceva pienamente, per carattere ed attitudine d'animo. Come Studioso, Mor ha avuto una formazione ricca e complessa. Iniziato agli studi giuspubblicistici da A. Amorth, ha sempre coltivato, accanto agli studi di diritto costituzionale, quelli di diritto amministrativo ed ha per molto tempo insegnato anche Istituzioni di diritto pubblico ed altre materie giuspubblicistiche: della grande varietà dei suoi interessi danno testimonianza in specie, nell'ambito di una produzione scientifica vasta, gli scritti dedicati a problemi amministrativi grandi ed in precedenza trascurati, come quello del potere disciplinare, ed al diritto regionale, nonché alla tutela delle libertà sociali. Al diritto costituzionale Mor è approdato per un moto naturale, in virtù del convincimento solido che la Costituzione repubblicana fosse il fondamento imprescindibile del nostro lavoro di giuristi; e questo medesimo convincimento lo ha sorretto fino in fondo, anche nei rapporti con gli studenti, a cui dedicava tanto tempo. Gianfranco era infatti altresì didatta di grande efficacia, amato dagli allievi quanto dai Colleghi anche per le sue doti di umanità.

La Facoltà milanese ha voluto di recente onorare Mor in un Convegno, e molte altre occasioni per tornare ad analizzarne l'opera scientifica sicuramente verranno. La speranza è però soprattutto che, almeno per qualche tratto, riusciamo a seguirne l'esempio.

I

# I SAGGI

# Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali

di *Marilisa D'Amico*

SOMMARIO: 1. I problemi. – 2. Fondamenti teorici e *ratio* storica del principio di determinatezza della legge penale. – 2.1. Le origini. – 2.2. Qualità della legge penale e forma di Stato. – 2.3. La Costituzione «tradita»: la mancata riforma del Codice Rocco e la perdita di sistematicità di reati e pene. – 3. Il quadro attuale: scadimento della qualità della legislazione; tentativi di incidere sulla produzione delle norme penali e aperture della dottrina ad interpretazioni evolutive del principio. – 4. L'evoluzione del principio di determinatezza nella giurisprudenza costituzionale. – 4.1. La giustificazione di norme indeterminate. – 4.2. Le censure di indeterminatezza sono superate in via interpretativa, attraverso la modificazione della *ratio* della norma penale. – 4.3. Chiarezza della norma e intellegibilità del comportamento descritto: la Corte utilizza il principio di determinatezza per dichiarare l'incostituzionalità del delitto di plagio. – 5. La progressiva affermazione e l'approfondimento del giudizio costituzionale sulla determinatezza della legge penale. – 5.1. La chiarezza della norma sotto il profilo linguistico. – 5.2. Applicazione del principio di determinatezza attraverso decisioni «manipolative». – 6. Il «diritto vivente» rende determinato un enunciato normativo indeterminato. – 7. Norme penali «in bianco» e determinatezza della fattispecie. – 8. La recente giurisprudenza costituzionale: attenzione al profilo interpretativo e ingresso del principio di offensività nel giudizio sulla determinatezza della fattispecie penale. – 9. Gli spunti della giurisprudenza comune. – 10. Conclusioni: la qualità della legge penale fra legislatore, giudice costituzionale e giudici comuni.

## 1. I problemi

Da tempo la scienza penalistica si interroga su se stessa, apparendo in profonda crisi: ciò che viene messo in discussione è la funzione del diritto penale e la sua stessa legittimazione, non solo per l'inadeguatezza dello strumento, la pena, a tutelare determinati valori, ma anche per la manifestazione di fattori nuovi e diversi che rendono sempre più problematica la posizione della norma penale nell'ordinamento [1].

[1] Fra i numerosissimi contributi, si vedano, in particolare, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdi-*

Vi è, da un lato, un progressivo scolorimento della sovranità statale all'interno di realtà sovranazionali: e, se è vero che il diritto penale resiste formalmente all'irruzione del diritto comunitario, costituendo l'ultimo baluardo della sovranità statale, stante l'assenza formale di competenze penali dell'Unione europea [2], è ormai opinione diffusa che le interferenze fra diritto penale e diritto comunitario siano tali e tante da indurre alcuni studiosi a riconoscere invece l'esistenza di un «*diritto penale comunitario*» [3].

Vi è, dall'altro lato, una grande confusione nell'ambito del sistema delle fonti nazionali: mentre il principio di legalità in materia penale, riconosciuto espressamente dall'art. 25, secondo comma, Cost., nelle interpretazioni più rigorose ed accreditate [4], identificherebbe nella legge del Parlamento la fonte per eccellenza delle norme penali, oggi la produzione penale è affidata a fonti diverse. E non soltanto l'impiego massiccio di atti con forza di legge in mate-

---

*ta di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 23 ss., i quali, non risparmiando critiche anche all'apporto della dottrina (ad avviso degli autori, insufficiente), concludono chiedendosi «perché il diritto penale dovrebbe sottrarsi alla generale crisi di fondamenti che rappresenta forse la caratteristica peculiare dei nostri tormentati tempi?». Cfr. altresì F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 453 ss.; ID, *Società tecnologica e diritto penale: un problema di principi in crisi e di riforme attese*, in *Il Ponte*, 1991, 1, p. 49 ss.; S. MOCCIA, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1991, p. 699 ss.

Un'ampia riflessione sui contenuti e sulle finalità della scienza penalistica è condotta da D. PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 1209 ss.

Conducono l'analisi verso un rafforzamento del rapporto fra politica criminale e quadro costituzionale, E. DOLCINI, *Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, p. 211, e M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, p. 37.

[2] V. la rigorosa impostazione di R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1986, p. 5 ss.; ID., *Unificazione europea e presidi penalistici*, relazione tenuta al Convegno *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale* (Courmayeur, 8-10 ottobre 1999), ms., p. 1 ss.

Per un quadro problematico, cfr. P.A. ALBRECHT-S. BRAUM, *Deficiences in the Development of European Criminal Law*, in *Eur. Law Journ*., 5, 3, Sept. 1999, pp. 293-310.

[3] Sulle diverse implicazioni dell'espressione «*diritto penale comunitario*», v. l'analisi di A. BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, Milano, 1999, p. 335. Ritengono che un diritto penale comunitario esista, S. RIONDATO, *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 10 ss.; F. PALUMBO, *Studi di diritto penale comunitario*, Milano, 1999, p. 11 ss. Ritiene che i compiti futuri del diritto penale attengano anche, e soprattutto, al piano sovranazionale, C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1, p. 6 ss.

[4] V. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, *1*, *Le fonti. Il reato: nozione*, *struttura e sistematica*, II ed., 1999, p. 37 ss.; gli autori mettono in discussione, con robuste argomentazioni, anche la scelta di «codificare» attraverso decreti legislativi: cfr. E. DOLCINI-G. MARINUCCI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Verso un nuovo codice penale*, *Itinerari*, *problemi*, *prospettive*, Milano, 1993, pp. 74-77.

ria penale denota l'indifferenza del potere politico al nucleo forte del principio di legalità penale, ma la stessa produzione normativa penale primaria si affida sempre più spesso e volentieri a integrazioni da parte di fonti secondarie [5].

Nel quadro dei principi costituzionali appare peraltro evidente la difficoltà di superare le contraddizioni di un modello calato in una realtà nella quale la legge del Parlamento non solo ha perso da tempo la propria centralità nel sistema delle fonti, ma, soprattutto, non offre più essa stessa quelle garanzie di qualità che dalle rivoluzioni liberali di fine settecento fino alle Costituzioni del secondo dopoguerra ne facevano la fonte per eccellenza nella produzione di norme penali [6].

Naturalmente, anche la dottrina penalista è attenta alla trasformazione del sistema delle fonti e alla conseguente alterazione del principio della superiorità delle scelte del legislatore nella materia penale [7]: tuttavia essa non rinuncia, almeno nelle interpretazioni più autorevoli, a porre il principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. a fondamento delle proprie costruzioni dogmatiche, con la conseguenza di ritrovarsi in una contraddizione profonda, nel momento in cui il modello sotteso allo stesso principio di legalità penale non appare più realizzabile [8]. D'altra parte, in linea di principio, anche la Corte

---

[5] Si veda al proposito la sent. n. 333 del 1991, in tema di stupefacenti (in *Giur. cost*., 1991, p. 2646 ss.), nella quale la Corte ammette che la norma penale possa rinviare a fonti secondarie per integrazioni «tecniche», dove residua, però, un largo spazio di discrezionalità nella decisione dell'autorità amministrativa. Sul tema, si veda anche la sent. n. 475 del 1988, *ivi*, 1988, p. 2670, con nota di PITTARO, *Principio di tassatività ed elementi normativi extra-giuridici della fattispecie penale*; e la sent. n. 282 del 1990, *ivi*, 1990, p. 1755.

In generale, parla di relativizzazione della riserva di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 32 ss.

[6] Cfr. l'ampia ricostruzione di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, p. 368 ss., il quale, pur consapevole delle difficoltà cui lo studioso oggi può andare incontro, ricerca le ragioni attuali del principio di legalità in materia penale.

Sulla crisi della legge e l'attuale esigenza, realizzata in alcuni paesi europei, di una «ricodificazione», F. MANTOVANI, *Sulla perenne esigenza della codificazione*, in *Arch. giur.*, 1994, p. 263 ss.

[7] Si vedano le osservazioni di E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari. Problemi. Prospettive*, Milano, 1993, p. 151 ss., il quale ritiene che la crisi del principio del diritto penale quale *extrema ratio* sia dovuta in parte anche alla rinuncia del legislatore al proprio ruolo centrale.

[8] Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 37 ss. Per una riflessione critica sull'impostazione degli autori, si veda N. ZANON, *Il «corso di diritto penale» di Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini agli occhi di un costituzionalista*, Relazione tenuta nell'ambito della presentazione del volume all'Università di Napoli, 20 ottobre 2000, ms., p. 1 ss.

Sul rapporto fra legge penale e funzione giurisdizionale, cfr. G. CONTENTO, *Il contributo della riflessione sulla prassi giurisprudenziale alla riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 64 ss.

costituzionale fa propria questa impostazione, riempendola di un significato ancora più pregnante, laddove affida allo Stato, nella famosa sentenza sull'art. 5 c.p. in tema di *ignorantia legis*, il dovere di produrre norme chiare, che siano in grado di far capire al cittadino «*cosa gli è lecito e cosa gli è vietato*» [9].

La perdità di centralità della legge del Parlamento nel sistema delle fonti, unita anche allo scadimento della qualità della legislazione [10], sono i fattori che determinano la crisi di un settore nel quale domina il principio che affida al legislatore le scelte di politica criminale, pretendendo da parte dello stesso la capacità di produrre norme chiare e precise.

Una riflessione sul rapporto fra qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali può dunque essere condotta in senso lato, con riferimento al complesso rapporto fra la legge e le altre fonti che intervengono nella materia penale. In quest'ottica, emerge in primo luogo il problema dell'alterazione del rapporto fra la legge e le altre fonti primarie, alterazione che nella materia penale comporta una trasformazione profonda dell'art. 25, secondo comma, Cost., non soltanto perché non è più il potere rappresentativo del popolo, con un procedimento nel quale maggioranza e minoranza possono confrontarsi, a decidere il confine fra lecito e illecito, ma, soprattutto, perché alcuni caratteri della decretazione d'urgenza, da un lato, e della delega legislativa, dall'altro, sono incompatibili con le esigenze che lo stesso principio di legalità penale pone, sia sotto il profilo della chiarezza della fattispecie applicabile, sia sotto il profilo della sua determinazione temporale [11].

In realtà, ciò è dovuto soprattutto al massiccio uso, esorbitante dai confini costituzionali, degli atti con forza di legge.

Fino alla sent. n. 360 del 1996, nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto illegittima la reiterazione dei decreti-legge, una problematica aperta per i penalisti era costituita dalla catena di decreti e dall'eventuale adozione di una legge di sanatoria: in materia penale, infatti, la provvisorietà «reiterata» portava a riflessi negativi sulla certezza del diritto e sullo stesso trattamento degli imputati, a causa anche della rigorosa applicazione del principio del «*favor rei*» [12].

---

[9] Cfr. Corte cost., sent. n. 364 del 1988, in *Giur. cost*., 1988, I, p. 1513. Sul ruolo della Costituzione e della giurisprudenza costituzionale nella costruzione della scienza penalistica, v. D. Pulitanò, *Quale scienza*, cit., pp. 1226-1227.

[10] Specifiche osservazioni sui riflessi negativi dello scadimento della qualità della legislazione sul principio di *extrema ratio* possono trovarsi in L. Stortoni, *Parte speciale del codice e parte speciale del diritto penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari. Problemi. Prospettive*, cit., p. 435 ss.

[11] Così, F. Palazzo, voce *Legge penale*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, 1990, p. 347.

[12] Sul tema, si veda L. Carlassare, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, 1990, p. 3; F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 41.

Oggi, invece, i problemi più vistosi sono determinati dall'impiego smisurato della delega legislativa e dal suo disinvolto utilizzo, sia in termini di contenuto della legge di delega, sia per ciò che attiene al rispetto di quest'ultima da parte del Governo. Tale utilizzazione eccessiva, spesso senza criteri definiti e con vistosi aggiramenti dell'art. 76 Cost., non risparmia affatto la materia penale, nella quale si assiste a un totale accaparramento da parte del Governo della titolarità di scelte in materia di politica criminale, spesso importanti, anche in assenza di una delega legislativa: basti per tutti l'esempio del recente testo unico in materia di beni culturali e ambientali, nel quale il Governo, nel silenzio della legge di delega, è intervenuto riformulando, anche estensivamente, alcune fattispecie e sanzioni penali, e depenalizzandone altre [13]. Vero è che si potrebbe obiettare al proposito che i problemi nascono non dall'impiego di tale strumento, ma dal suo «*cattivo uso*»: tuttavia non vi è chi non veda come oggi, in modo analogo a quanto era avvenuto con l'impiego dei decreti-legge, è difficile distinguere fra l'uso e il «*cattivo uso*», giacché la prassi contiene moltissimi casi di «*cattivo uso*», non sempre sanzionati dalla stessa Corte costituzionale [14]. Così, ad esempio, nella materia penale assistiamo alla prassi, ormai invalsa e reiterata, di introdurre nelle c.d. «*leggi comunitarie*», con le quali il Governo è chiamato ad attuare la normativa comunitaria [15], deleghe, sempre molto generiche, per la tutela penale di beni oggetto delle direttive stesse, con ciò innescando un meccanismo nel quale il Governo ha grande discrezionalità, stante anche il principio affermato dalla stessa Corte di giustizia, della libertà di ogni Stato nella scelta dello strumento di tutela [16].

Se ragionassimo, quindi, in senso lato del rapporto fra qualità della legislazione e principi costituzionali in materia penale, probabilmente dovremmo concludere nel senso di un'inutilità attuale dell'art. 25, secondo comma, Cost., inteso in senso rigoroso e secondo la sua *ratio* storica.

---

[13] Cfr. sul problema, M.B. Mirri, *Tutela penale dei beni culturali tra vecchio e nuovo*, in *La cultura del bello - Le ragioni della tutela*, Roma, 2000, pp. 60-61; e, volendo, M. D'amico, *Il nuovo testo unico in materia di beni culturali e ambientali: profili di illegittimità costituzionale*, in *Il nuovo testo unico sui beni culturali e ambientali-Prime riflessioni*, Roma, 2000, p. 45 ss.

[14] La giurisprudenza costituzionale oscilla da casi in cui vengono giustificati criteri direttivi ampi (v. sentt. nn. 4 del 1992; 362 del 1995) a casi in cui si ammette che dinanzi a criteri dettagliati sia minore la discrezionalità del legislatore delegato (v. sentt. nn. 34 e 35 del 1960; 259 del 1991; 141 del 1993).

[15] Sul tema N. Lupo, *Tipologia delle deleghe legislative per l'attuazione di direttive comunitarie e problemi di riordino normativo: verso una (ancora maggiore) "confusione delle lingue"?*, in *Gazz. giur.*, 1998, p. 11 ss.

[16] Su questo problema, però, la Corte costituzionale ha espresso l'auspicio che la legge di delegazione contenga, soprattutto nella materia penale, principi e criteri direttivi precisi: v. sentt. nn. 53 del 1997; 456 del 1998; 49 del 1999.

La qualità della legislazione incide direttamente su un profilo più ristretto del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., e cioè quello attinente alla determinatezza/tassatività della fattispecie penale [17].

Ed è su questo secondo profilo che mi pare opportuno concentrare le mie considerazioni, non soltanto perché più corretto dal punto di vista tecnico, ma anche, e soprattutto, perché l'indagine sul rapporto fra principi costituzionali e qualità della legislazione penale consente, a mio avviso, all'interprete una lettura attuale e critica del quadro costituzionale, nell'ottica di un ripensamento dei differenti ruoli svolti dal legislatore, dal giudice costituzionale e dai giudici comuni.

È opinione comune che il principio di legalità penale contenga un preciso dovere da parte del legislatore di rispetto della qualità della legge: come afferma la stessa Corte costituzionale «*nelle prescrizioni tassative del codice, il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento*» [18].

La stessa Corte costituzionale pone il principio della chiarezza ed intellegibilità della legge penale a fondamento dell'art. 25, secondo comma, Cost., sottolineando i precisi doveri dello Stato nella concretizzazione di esso, al punto da ritenere causa di giustificazione l'errore dovuto ad ignoranza della legge che «*per la sua oscurità*» non può essere facilmente conosciuta dai cittadini. Con un'operazione particolarmente apprezzata, la Corte collega il principio della necessaria chiarezza della legge penale ai doveri che gravano sullo

---

[17] G. Marinucci-E. Dolcini utilizzano il termine «precisione», riservando quello di determinatezza all'aspetto più specifico relativo all'esigenza che «le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo» (*Corso di diritto penale*, cit., pp. 57 ss. e 99).

Nel testo si è preferito mantenere il termine determinatezza in senso lato (usando spesso, come sinonimo, il binomio determinatezza/tassatività), perché di utilizzazione comune, sia in dottrina, sia, soprattutto nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla decisione n. 247 del 1989 (cfr. *infra*, par. 5.1.). Un altro sinonimo, utilizzato dalla stessa Corte costituzionale, è costituito dal termine chiarezza, al quale pure si fa spesso riferimento nel testo.

Sulla scelta del binomio «*determinatezza/tassatività*», si vedano le considerazioni di A. PUGIOTTO, *Sentenze normative*, *legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, III, p. 4199 ss. e sull'utilizzazione dell'espressione «*determinatezza*» v. anche M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost*., 1998, pp. 315-316 (v. in particolare nota 1).

[18] Cfr. Corte cost., sent. n. 364 del 1988, cit., p. 1513. Al profilo della necessaria chiarezza si accompagna quello di colpevolezza «*… indispensabile per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli*, *cioè*, *che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e comunque*, *mai per comportamenti realizzati nella «non colpevole» e pertanto*, *inevitabile ignoranza del precetto*».

Stato alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., riempendolo di un contenuto nuovo e moderno [19]. Chiarisce la Corte che «*le garanzie di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., per loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed* in primis*, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali*».

Un'analisi sul significato attuale del principio di determinatezza/tassatività deve affrontare, come vedremo, due nodi problematici.

Il primo è costituito dalla constatazione, possibile alla luce di una riflessione sulla nascita storica e teorica del principio di determinatezza della legge penale, della inscindibilità, almeno nella sua formulazione originaria, della chiarezza della singola norma rispetto al complesso delle norme penali, costituito nell'ottocento dal codice penale.

Ma se tale constatazione appare corretta, come cercheremo di dimostrare, essa conduce direttamente all'interrogativo sull'attuale valore di tale principio, in un contesto nel quale un dato non discutibile è proprio la perdita di centralità del codice penale e la disomogeneità della materia penale, frammentata fra norme codicistiche, legislazioni speciali e norme sparse in leggi non penali, e costantemente insidiata dalle norme comunitarie che, direttamente e indirettamente, incidono sullo spazio di applicazione delle norme penali statali.

Questo primo aspetto problematico suscita l'interrogativo, cui si cercherà di rispondere, sia pure parzialmente, se, in presenza di un codice vecchio e per alcune parti desueto, in presenza di leggi poco chiare, sia nel loro contesto, sia singolarmente prese, il principio di determinatezza/tassatività della norma penale abbia ancora un suo valore o se, invece, esso debba ritenersi ormai inattuale e superato.

Il secondo nodo problematico, che si sviluppa proprio sulla base del tentativo di leggere in chiave attuale il principio di determinatezza/tassatività, attiene ai soggetti cui è assegnato il compito di garantire tale principio.

Anticipando le conclusioni, è possibile constatare che, se dovessimo rivolgerci oggi soltanto al legislatore, dovremmo con ogni probabilità concludere

---

[19] La Corte, in apertura della sua decisione sottolinea che «è indispensabile, infatti, non trascurare le cause, remote e prossime, della predetta ignoranza, e pertanto, estendere l'indagine al preliminare stato della relazione tra ordinamento giuridico e soggetti ed in particolare ai rapporti tra l'ordinamento, quale soggetto attivo dei processi di socializzazione di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. ed autore del fatto illecito» (cfr. Corte cost., sent. n. 364 del 1988, in *Giur. cost*., 1988, I, p. 1510). Sull'importanza dell'utilizzazione dell'art. 3, secondo comma, Cost., quale espressione di un «*principio ricostruttivo del sistema penale*, *un modello genuinamente liberale dei rapporti stato-cittadino*», D. Pulitanò, *La disciplina dell'errore nell'ottica della riforma del codice penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari*, *problemi*, *prospettive*, Milano, 1993, p. 261 ss.

nel senso dell'inutilità o della persistente violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. Il dato dello scadimento della legislazione penale, unito a quello della complessità della stessa materia penale, a causa soprattutto della mancata riforma del codice Rocco, non lascia spazio a considerazioni diverse e ulteriori.

E, d'altra parte, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza già citata in tema di *ignorantia legis* e nelle decisioni di poco successive che direttamente toccano il principio di determinatezza/tassatività, ricordando che il legislatore ha il dovere di produrre norme chiare, comprensibili a tutti i cittadini, è consapevole che il dovere di chiarezza non sempre viene o può essere rispettato e, proprio per questo, modifica il rigido principio dell'*ignorantia legis non excusat*, contenuto nell'art. 5 c.p. ed espressione di uno Stato autoritario, fondato sul primato della legge, introducendo quale causa di giustificazione anche l'impossibilità di conoscere il precetto penale a causa della sua oscurità. Secondo la Corte, infatti, «*il principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali* (…) *rinvia alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la* extrema ratio *di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, non eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali"*».

La centralità delle scelte legislative nell'applicazione del «*principio nullum crimen, nulla poena sine lege*», a cui si riconducono «sia la riserva di legge vigente in materia penale, *sia il principio di determinatezza delle fattispecie penali (non potendosi lasciare che la individuazione della condotta incriminata dipenda da valutazioni discrezionali del giudice, e quindi non sia prevedibile da parte del destinatario della legge penale: cfr. sent. n. 364 del 1988)*, sia il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici» viene costantemente sottolineata dalla Corte costituzionale, in occasione di vicende nelle quali i giudici comuni chiedono fra le righe alla stessa Corte costituzionale di intervenire sulla formulazione del precetto penale, anche in senso estensivo [20].

Lo stesso giudice costituzionale, però, in alcune pronunce recenti che analizzeremo nella parte finale del nostro lavoro [21], compie un passo avanti, riconoscendo che il legislatore non può, da solo, soddisfare le esigenze sottese al principio di chiarezza della legge penale, ma che, invece, un importante compito deve essere svolto dai giudici comuni e dalla stessa Corte costituzionale. In alcune decisioni [22], infatti, il giudice costituzionale afferma che le censure di indeterminatezza nei confronti di determinate fattispecie penali potevano esse-

[20] Cfr. sent. n. 447 del 1998, in tema di abuso d'ufficio, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3721.

[21] Si tratta delle sentt. nn. 263; 518; 519 e 531 del 2000, su cui v. *infra*, cap. 8.

[22] Cfr. sentt. nn. 69 del 1999 e 263 del 2000, su cui v. *infra*, cap. 8.

re ricondotte «*più all'uso patologico di tali fattispecie incriminatrici ad opera della magistratura inquirente e di merito – uso ampiamente contrastato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità – che ad un reale* deficit *di determinatezza della struttura astratta delle norme in questione*». La Corte, quindi, ammettendo che esistano profili di indeterminatezza di norme penali discendenti non dall'astratta formulazione delle fattispecie, ma dalla loro interpretazione, apre lo spazio anche a interpretazioni costituzionali conformi a Costituzioni, che eliminino «*i possibili margini di indeterminatezza delle fattispecie, consentendo di superare i dubbi di legittimità costituzionale*» [23].

In più, come vedremo, il passaggio decisivo all'ingresso del giudice nella realizzazione e nello svolgimento del principio di legalità in materia penale è costituito, sempre nelle decisioni più recenti [24], dall'approfondimento del rapporto fra determinatezza della fattispecie penale e principio di offensività.

Una lettura attuale e utile del principio di determinatezza/tassatività in materia penale deve necessariamente verificare questa prospettiva: naturalmente soltanto dopo aver analizzato le implicazioni teoriche e storiche del rapporto fra qualità della legge e materia penale [25].

## 2. Fondamenti teorici e *ratio* storica del principio di determinatezza della legge penale

### 2.1. Le origini

Un dato che colpisce chi si avvicina alle tematiche penalistiche è l'apparente immutabilità del principio del «*nullum crimen, nulla poena sine previa*

---

[23] Cfr. sent. n. 263 del 2000.

[24] V. *infra* cap. 8.

[25] La trasformazione del principio di determinatezza della legge penale corrisponderebbe, più in generale, all'evoluzione della scienza penalistica nel suo complesso: osservano acutamente G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdita di legittimazione*, cit., p. 63, che «l'attuale perdita di ruolo-guida da parte della scienza penalistica potrebbe anche essere ricondotto alla più generale entrata in crisi della figura dell'intellettuale esperto di matrice illuministica». Secondo gli autori, si potrebbe utilizzare la metafora coniata da Z. BAUMAN (*La decadenza degli intellettuali*, trad. it. Torino, 1992, p. 148 ss.), il quale parla di «*caduta dell'intellettuale legislatore*» e di «*avvento dell'intellettuale interprete*»: «*nella società di oggi, non ci sarebbe più posto per intellettuali-esperti che pretendono di organizzare la convivenza sociale secondo schemi razionalmente vincolanti e regole dotate di validità generale; l'unica figura tollerata sarebbe quella di un esperto che si limiti a «interpretare», e cioè a comprendere e a far comunicare, i molteplici sistemi di valori compresenti nella realtà*» (*op. ult. cit.*, p. 63).

*lege poenali scripta*»: nato in epoca illuminista, esso affida al legislatore, quale «*rappresentante della volontà popolare, unita in contratto sociale*»[26], le scelte in materia di politica criminale, attraverso leggi chiare e precise, che i giudici debbano limitarsi ad applicare e che i cittadini possano conoscere e dalle quali possano essere orientati.

Tale principio resiste fino ad oggi senza modificazioni, costituendo la base della moderna scienza penalistica[27].

L'analisi delle sue origini storiche e teoriche, però, consente a chi si avvicini al problema del rapporto fra qualità della legge e diritto penale di cogliere importanti differenze, la cui conoscenza è indispensabile per far sì che il richiamo ad una legge penale chiara e precisa abbia senso in un contesto nel quale l'oscurità e la confusione del quadro normativo costituiscono un dato che è impossibile superare, e che coinvolge anche la materia penale.

Nell'opera di *Montesquieu*[28] si trova espresso per la prima volta[29] il principio moderno di «chiarezza» della legge penale, il quale, nell'ottica di un'opera nella quale i precetti nascono dall'osservazione e dalla descrizione dei «governi» che storicamente si sono succeduti, non è definito come valore «assoluto», bensì come aspetto caratterizzante dei soli governi repubblicani[30].

Montesquieu è infatti consapevole che i governi dispotici non conoscono la determinatezza della legge[31] e che anche negli Stati monarchici la legge non deve essere chiara, precisa e nemmeno uniforme, in quanto il giudice deve agire secondo prudenza e non in modo meccanico[32]: significativa la circostanza che, secondo Montesquieu, alla Monarchia non conviene l'applicazione di tutti quei principi che sono alla base della codificazione penale.

Anche nelle repubbliche aristocratiche Montesquieu ritiene «*ovvia*» la

---

[26] L'espressione è di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), ora in *Opere*, I, Firenze, p. 41.

[27] Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 368 ss.

[28] Cfr. J. Brethe De La Gressaye (a cura di), *L'esprit des lois*, vol. IV, Les Belles Lettres, Paris, 1950-1961.

[29] Sull'opera di Hobbes e Pufendorf come anticipatrice del pensiero di Montesquieu, soprattutto sotto il profilo dell'esigenza di una riserva di legge, si rinvia a M. Cattaneo, *La filosofia della pena nei secoli diciassettesimo e diciottesimo*, Ferrara, 1974, p. 15 ss.

[30] Ritiene che alcuni principi del diritto penale moderno siano espressi nell'opera di Montesquieu in modo fondamentalmente ambiguo, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, *I*, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 417 ss.; afferma invece che «il pensiero montesquieiano concernente il problema penale non presenta nessuna difficoltà o ambiguità», M.A. Cattaneo, *La filosofia della pena*, cit., p. 73 ss.

[31] Cfr. *Esprit*, L. VI, cap. III, *ed. cit.*, I, 162.

[32] Cfr. *Esprit*, L. VI, cap. III, *ed. cit.*, I, 148.

mancanza di chiarezza [33], mentre sono le repubbliche democratiche ad esigere leggi precostituite, chiare e precise.

In un primo punto dell'opera, l'esigenza di chiarezza e di tassatività della legge penale si collega ai caratteri del potere giudiziario nelle repubbliche democratiche: i giudici, facendo parte del popolo, non hanno una cultura adeguata per interpretare la legge, dovendo limitarsi ad applicarla meccanicamente [34].

In un punto successivo, però, *Montesquieu* collega l'esigenza di chiarezza della legge alla tutela della «*libertà del cittadino*», garantita negli Stati moderati, nei quali il giudice, per essere moderato, non può diventare legislatore, ma deve limitarsi ad eseguire le leggi [35]. In questo contesto, Montesquieu fornisce anche «*consigli*» al futuro legislatore, ricordando che per raggiungere le finalità proprie degli Stati democratici e moderati lo stile delle leggi «*deve essere conciso*» e che le stesse leggi «*non devono essere sottili: sono fatte per individui di mediocre intelligenza; non sono espressione dell'arte della logica, ma del semplice buonsenso di un padre di famiglia*» [36].

Rispetto al contesto relativista in cui erano nate, queste affermazioni sono state distaccate e isolate da parte del pensiero liberale, che riconosce Montesquieu come l'autore che per primo teorizza quale principio razionalizzatore di ogni sistema penale la presenza «*di leggi fisse e stabili, precostituite al giudizio, prodotte da un organo diverso da quello giudicante*» [37].

I principi moderni della materia penale, elaborati dai pensatori illuministi, quale conseguenza della generale concezione della centralità della legge e del rapporto fra legislatore e giudici, vengono assolutizzati nell'opera di Cesare Beccaria [38].

Nell'introduzione del celebre volume «*Dei delitti e delle pene*», Beccaria si richiama a Montesquieu per impostare il tema dell'opera: alcuni aspetti problematici del diritto penale – la pena di morte, la tortura, lo scopo del diritto penale, il modo di influire sui costumi – «*meritano di essere sciolti con quella*

---

[33] *Esprit*, L. V, cap. VIII, *ed. cit.*, I, 111-112.

[34] Afferma Montesquieu che «le peuple n'est pas juresconsulte; toutes ces modifications et tempérements des arbitres ne sont pas pour lui; il faut lui presenter un seul objet, un fait, et un seul fait (…)» (*Esprit*, L. VI, cap. 4, *ed. cit*., I, 149).

[35] *Esprit*, L. XI, cap. 18, *ed. cit*., II, 95.

[36] *Esprit*, L. XXIX, *ed. cit*., II, 301 ss.

[37] Sul relativismo di Montesquieu, cfr. L. Manin, *Montesquieu*, in M. Boffa (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Milano, 1988, p. 710 ss.

[38] Una sintetica descrizione della vita e dell'ambiente in cui maturò il pensiero dell'autore può trovarsi in G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 462- 464.

*precisione geometrica, a cui la nebbia de' sofismi, la seduttrice eloquenza e il timido dubbio non possano resistere*»[39].

In un capitolo dedicato alle «*origini delle pene, diritto di punire*», Beccaria afferma che «le leggi sono le condizioni colle quali uomini indipendenti e isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità», chiarendo l'origine utilitaristica del principio di «*extrema ratio*»: «fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è dunque certo che ciascuno non ne vuole mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile (…). *L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia; è fatto, non già diritto*»[40].

Successivamente, Beccaria individua quattro conseguenze del principio di «*extrema ratio*».

La prima conseguenza è costituita dal nostro principio di «*riserva di legge in materia penale*» («*le sole leggi possono decretare le pene sui delitti*»), il quale, nel pensiero dell'autore, è fondato chiaramente sul carattere rappresentativo del Parlamento («e questa autorità non può risiedere che presso il legislatore che *rappresenta* tutta la società unita per contratto sociale»).

La seconda conseguenza si incentra sul potere di infliggere le pene e, prima ancora, di giudicare sui delitti, il quale non può essere dello Stato sovrano o del popolo che fanno le leggi, bensì di un «*terzo*»: «ecco la necessità di un magistrato, le cui sentenze siano inappellabili, e consistano in mere asserzioni o negative dei fatti particolari».

La terza conseguenza attiene ad un principio, che oggi definiamo di sussidiarietà e che solo nei tempi più recenti si sta applicando, in base al quale la pena può giustificarsi soltanto quando sia davvero utile: afferma Beccaria che «quando si provasse che l'atrocità delle pene, se non immediatamente opposta al bene pubblico ed al fine medesimo d'impedire i delitti, fosse solamente inutile, anche in questo caso essa sarebbe non solo contraria a quelle virtù benefiche che sono l'effetto di una ragione illuminata (…), ma lo sarebbe anche alla giustizia e alla natura del contratto medesimo».

La quarta conseguenza del principio del diritto penale quale «*extrema ratio*» si inserisce in un capitolo dedicato all'interpretazione della legge, nel

---

[39] Cfr. *Opere*, cit., pp. 41-43. Un'importante lettura dell'opera di Beccaria è data da G. Delitala, *Cesare Beccaria e il problema penale*, 1964, ora in *Diritto penale*, *Raccolta degli scritti*, 1976, II, p. 102 ss.

[40] Cfr. *Opere*, cit., p. 49.

quale appare la figura del giudice «esecutore» della legge [41] («in ogni delitto si deve fare un sillogismo perfetto»; «quando il giudice sia costretto, o voglia anche fare, due sillogismi, si apre la porta all'incertezza» (…)). Da qui l'esigenza che le leggi siano anche «chiare»: osserva Beccaria che «un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto con i disordini che nascono dalla interpretazione», rendendosi necessaria la massima attenzione «*alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza*».

Il fondamento del principio di determinatezza della legge penale non riposa però su una visione astratta del diritto penale: non a caso, nel momento in cui prende corpo la definizione del principio, la generica legge si trasforma nel «codice fisso di leggi», il quale, dovendosi osservare «alla lettera», «non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta».

Solo con un codice chiaro di leggi, precisa Beccaria, le azioni di tutti i cittadini – dall'ignorante al filosofo – possono essere dirette a scegliere tra il giusto e l'ingiusto, venendo sottratte all'arbitrio e alla tirannia; solo conoscendo il discrimine fra lecito e illecito, i cittadini «*acquisiscono quella sicurezza di loro stessi*» che è «*giusta*» («perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società») e «*utile*» («perché li mette nel caso di esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto»).

Il principio di determinatezza/tassatività della legge penale nasce con riferimento non tanto «*alla singola norma*» – come oggi noi lo intendiamo – bensì «*al codice fatto di leggi chiare*», il quale diviene punto di orientamento per i cittadini [42].

Ciò risulta ancora più evidente nel capitolo che Beccaria dedica alla «*oscurità delle leggi*», dove emerge la necessità di istruire i cittadini nella conoscenza del codice: «quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fra le mani il *sacro codice delle leggi*, tanto meno frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni».

---

[41] Qui Beccaria è aderente all'impostazione di Montesquieu, il quale, peraltro, riteneva che la figura del giudice esecutore fosse adeguata soltanto alle repubbliche democratiche; la monarchia voleva invece il giudice creatore di diritto.

[42] Sul movimento della codificazione in una prospettiva filosofica, cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, *II*, *L'età moderna*, Bologna, 1968; sui profili giuridici, cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 43 ss.; e, con impostazioni più circoscritte, M. Viora, *Consolidazioni e codificazioni*, Torino, 1967; V. Piano Mortari, *Codice(storia)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 228-236. Si veda altresì, per una collocazione dell'opera di Beccaria nel contesto storico-culturale dell'epoca, A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1987 (v. soprattutto capp. VI (p. 151); VII (p. 197).

Presupposto dell'edificio di Beccaria è, naturalmente, un'assoluta fiducia nel legislatore [43]: ciò è rilevato anche da Voltaire, il quale, riflettendo sull'opera di Beccaria, pur partendo da considerazioni pessimistiche sullo stato del diritto penale, ritiene che l'unica strada percorribile sia quella di cercare «*di perfezionare le leggi, dalle quali dipendono la nostra vita e la nostra fortuna*» [44].

Il principio di chiarezza della legge penale nasce dunque con riferimento al codice penale e non soltanto alla singola norma, avulsa dal contesto: solo un codice «chiaro» (nel suo impianto complessivo *e* nelle singole norme) può essere applicato dal giudice e, soprattutto, può orientare chiaramente il cittadino nelle sue azioni [45].

Tale impostazione viene approfondita nel pensiero di P.J.A. von Feuerbach [46], il quale mette in luce ulteriori profili del principio di chiarezza della legge penale: il divieto di analogia; l'esigenza di precisione del linguaggio legislativo penale e la necessità che i fatti puniti possano essere provati in concreto, con esclusione di fenomeni quali la magia e le convinzioni religiose, non provabili pienamente nel processo [47].

Non può essere taciuto che oggi, invece, ci si accontenti di applicare il principio con riferimento alla singola norma, pur non rinunciando *a priori* ad una esigenza di coerenza del sistema e pur lamentando la scarsa chiarezza della materia penale, frammentata fra un codice anteriore alla Costituzione, legislazioni speciali che circondano e sostituiscono in modo confuso il codice, il quale smarrisce in tal modo la sua centralità, e norme penali sparse in leggi non penali: così il principio di determinatezza della legge penale, che pure nasce con la funzione di stabilire un rapporto corretto fra Stato, cittadini e giudici, sembra appartenere più al mondo evanescente delle tecniche di redazione delle leggi.

Eppure, come vedremo oltre con riferimento a casi specifici, non vi è chi

---

[43] Sul rapporto fra il pensiero di Beccaria e quello di J.J. ROUSSEAU, si veda G. TARELLO, *Storia*, cit., p. 462 ss.

[44] VOLTAIRE, *Commentario intorno al libro dei delitti e delle pene (1766)*, ora in *Scritti politici*, a cura di R. FUBINI, *Collana della politica (collezione diretta da L. Firpo)*, Torino, 1964, rist. 1968, p. 649.

[45] Ciò risulta vero ancor oggi, come afferma V. MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della «ricodificazione»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 3, p. 758 ss.

[46] V. *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, XIV ed., 1847, rist. 1986, par. 20, p. 41 ss. Sul pensiero di Feuerbach, cfr. M. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, p. 446 ss.

[47] Quest'ultimo profilo è alla base della prima dichiarazione di incostituzionalità che ha per oggetto la qualità della norma penale: si tratta della sent. n. 96 del 1981, sul delitto di plagio, per la quale si rinvia oltre (*sub* par. 4.3).

non veda come anche una norma in sé chiara, possa diventare oscura in un contesto confuso, non potendo così essere semplicemente applicata dal giudice e non potendo nemmeno orientare chiaramente il cittadino nel discrimine fra lecito e illecito.

## 2.2. Qualità della legge penale e forma di Stato

Il principio di determinatezza in materia penale si consolida nello Stato liberale ottocentesco, trovando ingresso nelle Carte costituzionali e nei codici: nel codice penale francese del 1810 vengono sanciti i principi di legalità e di irretroattività [48], mentre in Italia, l'art. 26 dello Statuto Albertino lo prevede espressamente, insieme ad alcuni codici preunitari [49]: esso troverà compiuta e completa codificazione nel codice penale Zanardelli, il quale stabilisce all'art. 1, primo comma, che «*nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*» [50].

Nello Stato liberale, tale principio è fondato sul primato della legge e sulla centralità del potere legislativo: da un lato, il legislatore viene invocato quale rappresentante del popolo – e la *ratio* della riserva di legge in materia penale si basa sulla garanzia che le scelte che influiscono direttamente sulla libertà dei cittadini corrispondano alla volontà dei rappresentanti del popolo –; da altro lato, si esige dal legislatore la creazione di un sistema chiaro e coerente, orientativo per cittadini e giudici – esprimendosi in ciò la *ratio* del principio di determinatezza della legge penale –.

Nonostante tale principio rimanga identico dal punto di vista formale, esso viene trasformato profondamente nel periodo che separa la prima codificazione dalla seconda.

---

[48] Cfr. A. Laingui, *Il diritto penale della rivoluzione francese e dell'impero*, in Vinciguerra (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Milano, 1993, p. 38 ss.

[49] Si veda C. Calisse, *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze, 1895; E. Pessina, *Il diritto in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, Milano, 1906; M. Da Passano, *La giustizia penale e la riforma leopoldina in alcuni inediti di Condorcet*, in G. Tarello (a cura di), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1975, p. 351 ss. È decisivo, però, ricordare che esiste uno iato profondo fra l'affermazione del principio di chiarezza della legge penale e la sua pratica realizzazione nella costruzione delle fattispecie di reato, le quali difettano, per lo più, della tassatività necessaria: sulla «difficoltà di passaggio dalla dottrina all'articolato», si rinvia a S. Vinciguerra, *Una penalistica italiana al servizio della politica francese*, in *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il regno di Napoli (1808)*, Padova, rist. 1996, XIV-XV.

[50] Cfr. A. Crivellari, *Il codice penale per il regno d'Italia*, 1890, I, p. 35 ss.

In epoca fascista, infatti, viene modificata l'impostazione di fondo del principio della riserva di legge in materia penale, il quale, come è noto, si ritiene soddisfatto anche attraverso l'emanazione di atti aventi forza di legge – decreti legge e decreti legislativi delegati previsti dalla legge n. 100 del 1926 – [51]. Pur mantenendo formalmente inalterato il principio di legalità di reati e pene, lo Stato fascista rinuncia al collegamento fra la legge penale e la scala di valori espressa dal popolo attraverso i suoi rappresentanti: la legge penale esprime dunque una *Wertordung* statale e non popolare, come invece volevano Beccaria e Rousseau nel fondare tale principio [52]. D'altronde la stessa interpretazione «statale» dell'art. 1 dell'attuale codice penale tende a svuotare il riferimento alla «legge», interpretata in senso generico, come norma anche di rango secondario [53].

Rimane invece formalmente soddisfatto, anche se da alcuni autori sottoposto a profonda critica, il profilo del principio di legalità attinente alla determinatezza della legge penale [54]: d'altronde, è opinione diffusa che in un regime «tirannico» le leggi possano essere molto più chiare che non in una democrazia [55].

---

[51] Sulla possibilità di adottare decreti legge e decreti delegati in qualunque materia, cfr. V. CAMPOGRANDE, *Lineamenti del nuovo diritto costituzionale italiano*, Torino, 1927, pp. 90-98; P. CHIMENTI, *Manuale di diritto costituzionale fascista*, Torino, 1933, pp. 202-218; G. VACCHELLI, *Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1926, p. 55 ss.; con particolare riferimento alla materia penale, cfr. G. BATTAGLINI, *La questione delle fonti specialmente in rapporto al diritto penale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1930, 4, p. 4 ss.

[52] Si afferma però, in questi anni, il principio secondo il quale la forma della delegazione legislativa speciale «si adopera specialmente per la riforma dei codici», essendo più adatto dal punto di vista tecnico: v. V. CAMPOGRANDE, *Lineamenti*, cit., p. 98; F. SALTELLI, *Potere esecutivo e norme giuridiche*, Roma, 1926, pp. 215-216. Sul problema del «metodo» nella codificazione penale e sulla concreta formazione del codice Rocco, cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, cit., p. 385 ss.

[53] Così nella *Relazione governativa al Re sulle disposizioni di coordinamento del codice penale, n. 3*, secondo la quale il riferimento alla legge penale deve intendersi «alla legge in senso materiale, e non soltanto in senso formale, così da comprendere non solo gli atti che emanano direttamente dal potere legislativo, ma altresì gli atti emanati dal potere esecutivo che contengono disposizioni penali, tra i quali sono compresi, naturalmente, i regolamenti e i testi unici». Tale interpretazione è avvalorata da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., a cura di G.D. PISAPIA, I, Torino, 1981, p. 218 ss., il quale sottolinea comunque la funzione garantista del mantenimento del principio che in Germania invece era stato soppresso anche formalmente. Anche in Italia non mancò chi propose di abolirlo: cfr. F. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen*., 1939, p. 140 ss. e G.F. FALCHI, *Filosofia del diritto penale*, Padova, 1936, p. 109 ss.

[54] Principio che dalla dottrina più ideologicamente orientata viene tuttavia interpretato in modo elastico, in funzione del raggiungimento dei fini statali: emblematica la posizione di E. BONAUDI, *Dei limiti della libertà individuale*, Perugia-Venezia, 1930 (soprattutto, pp. 28-34).

[55] In generale, si veda soprattutto F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 117 ss. Una volta entrata in vigore la Costituzione, la dottrina rimane aderente

L'inserimento nella Costituzione del principio di legalità dei reati e delle pene mirava innanzitutto, nelle intenzioni dei costituenti, a riconoscere il ruolo centrale del Parlamento, quale organo rappresentativo del popolo, nelle scelte di politica criminale [56].

Tuttavia tale principio veniva calato in uno Stato che, pur ponendosi in continuità con l'esperienza liberale, si prefiggeva obiettivi ulteriori ed autonomi, tanto da essere qualificato quale stato democratico-sociale [57].

In questa forma di Stato, per definizione, legge e parlamento non sono quelli di cui parlavano Beccaria e Rousseau [58].

In dottrina si è sostenuto che la forma di stato inciderebbe anche sul diritto penale, insistendo però soprattutto sul rapporto fra i fini dello stato e la scala di valori penalmente tutelati [59].

Da un lato, però, si mette giustamente in evidenza che gli «scopi» dello stato mutano e condizionano gli «scopi» del diritto penale, il quale è condizionato (da) e condiziona a sua volta la forma di stato; dall'altro, si vorrebbe

---

all'impostazione che assegna al principio di determinatezza l'esclusivo compito di tutelare la certezza: in questo senso, cfr. P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, pp. 31-49.

[56] Cfr. R.A. FROSALI, *La giustizia penale*, in P. CALAMANDREI-A. LEVI (a cura di), *Comm. sist. alla Cost. it*., Firenze, 1950, pp. 220-221; E. BERNAREGGI, *L'attività legislativa e la volontà popolare nel regime democratico. Saggio di diritto costituzionale comparato*, Milano, 1949, p. 45 ss.

Sulla centralità dei principi costituzionali, per lungo tempo ignorati da dottrina e giurisprudenza, nel «sistema penale», si vedano le osservazioni di F. SINISCALCO, *I principi del sistema penale e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, pp. 1122-1123; v. anche P. NUVOLONE, *Problematica penale della Costituzione*, in *Studi in onore di C. Mortati. Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale*, Milano, 1977, p. 489 ss.

In dottrina rimane profonda la contrapposizione fra esigenza di chiarezza ed esigenza di garanzia: v. M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, 1968, pp. 31-49.

[57] Sulla definizione di Stato sociale, cfr. C. MORTATI, *Le forme di Governo*, Padova, 1973, pp. 3-72; V. ONIDA, *I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, pp. 95-97. Considerazioni critiche sulla contrapposizione fra Stato liberale e Stato sociale in A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, pp. 3-5; ritiene che una nozione autonoma di Stato sociale «tende ad assumere una fisionomia autoritaria», L. CARLASSARE, *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 1, p. 36.

[58] Anche i primi commentatori erano consapevoli dei riflessi del mutamento profondo della società sui principi del diritto penale: si veda R.A. FROSALI, *op. ult. cit.*, p. 220.

[59] G. MARINUCCI-E. DOLCINI (*Corso di diritto penale*, cit., p. 49) sottolineano che nello Stato liberale veniva privilegiata la tutela della persona, mentre lo Stato autoritario-totalitario metteva in primo piano la difesa dei beni statali. Sul principio di determinatezza, si è giustamente messo in luce il rapporto fra determinatezza e Stato liberale e indeterminatezza e Stato totalitario, osservando però che tale contrapposizione si giustifica sul piano logico, ma non su quello tecnico (così, F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., pp. 108-109).

mantenere inalterato il significato e l'applicazione pratica del principio di legalità dei reati e delle pene [60]. Quest'ultimo, però, ha subito, come vedremo, una trasformazione profonda, dovuta agli stessi motivi che condizionano e modificano il diritto penale sul piano dei beni giuridici tutelati e della struttura del reato.

La convinzione della dottrina in base alla quale la forma sociale dello stato non inciderebbe affatto sul principio di legalità dei reati e delle pene, che deve essere interpretato in un'ottica squisitamente liberale [61], non sembra affatto convincente.

Appare del tutto meccanico sostenere che la Costituzione abbia soltanto riaffermato un principio mantenuto formalmente dallo stato fascista e che questo principio consisterebbe nella esclusività delle scelte del Parlamento nella materia penale [62], laddove l'originaria e liberale centralità del Parlamento ha subito, e subirà maggiormente nell'esperienza pratica, una profonda trasformazione: la legge rinuncia in molti casi ai caratteri della generalità e dell'astrattezza, venendo utilizzata anche con riferimento a categorie specifiche di persone o ad accadimenti concreti [63]; il Parlamento smarrisce il proprio ruolo centrale nella produzione normativa, venendo affiancato, e in molti casi sostituito, dal Governo, con l'adozione di atti aventi forza di legge [64].

La necessità di ripensare criticamente a questa impostazione viene proprio dall'interpretazione della riserva di legge in materia penale: una vera adesione ai principi liberali avrebbe dovuto comportare, in questa materia, l'esclusione di qualsiasi intervento di poteri diversi da quello legislativo, in quanto

---

[60] Così G. Marinucci-E. Dolcini, *op. ult. cit*., p. 49 ss.

[61] Cfr. F. Bricola, *Commento all'art. 25 Cost*., in A. Scialoja-G. Branca (a cura di), *Commentario Cost.*, 1975, p. 227 ss.; G. Vassalli, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 493 ss.; A. Spasari, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano*, in *Arch. pen.*, 1966, I, p. 36 ss.; e, fra i costituzionalisti, C. Esposito, *Irretroattività e legalità delle pene*, in *La Costituzione italiana*, *Saggi*, Padova, 1954, p. 96 ss.; P.G. Lucifredi, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio «nulla poena sine lege»*, in *Giur. cost*., 1962, p. 1626.

[62] L'art. 25, secondo comma, Cost. venne interpretato dalla dottrina dominante quale riaffermazione di principi già esistenti nell'ordinamento, in un ottica «*continuista*»: così, soprattutto, P. Nuvolone, *Le leggi penali*, cit., p. 10 ss. e G. Siniscalco, *Giustizia penale e Costituzione*, cit., p. 36 ss.; ritiene che la formulazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. sia restrittiva rispetto a quella contenuta nell'art. 1 c.p., proprio sotto il profilo del divieto di analogia e della determinatezza della norma penale, C. Esposito, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 537 ss.

[63] Cfr. G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, *I*, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, p. 40 ss.

[64] Sull'utilizzazione degli atti con forza di legge nei diversi ordinamenti, cfr. A. Pizzorusso, *Cultura e politica nella produzione e applicazione del diritto*, in *Quad. cost.*, 1990, 1, pp. 78-79.

la materia penale avrebbe dovuto essere espressione della volontà popolare, attraverso i propri rappresentanti [65].

È noto, però, che la riserva di legge in materia penale, al pari delle altre riserve di legge, è stata fin dall'entrata in vigore della Carta costituzionale, interpretata quale riserva di fonte e non di organo [66], ammettendo quindi, non senza una qualche forzatura, l'adozione di atti con forza di legge [67].

Tale passaggio trasforma profondamente il significato del principio: solo la riserva all'organo parlamento avrebbe comportato la totale riaffermazione del principio liberale, mentre l'interpretazione quale riserva di fonte, consentendo l'ingresso a pieno titolo di norme penali di provenienza governativa, viola l'esigenza che la fonte sia «*rappresentativa*», ponendosi in continuità con l'esperienza fascista, nella quale il principio di legalità dei reati e delle pene era stato rispettato solo formalmente, ma sostanzialmente modificato [68].

Si concorda con chi afferma che alcune riserve di legge, e prima di tutto quella in materia penale, sono profondamente trasformate, se le si intende come riserve di fonte e non di organo [69]: vero è che per gli atti aventi forza di legge il Parlamento interviene sempre, prima o dopo l'emanazione dell'atto governativo, tuttavia quest'ultimo è espressione della sola maggioranza, mentre il procedimento legislativo prevede la partecipazione e il confronto di maggioranza e opposizione; inoltre, e soprattutto, la fonte di natura governativa non è mai sottoposta ad un procedimento pubblico, come quello cui è soggetta la legge formale; infine, alcune caratteristiche degli atti con forza di legge confliggono con i principi della materia penale: si pensi ai caratteri di necessità e di urgenza dei decreti legge, incompatibili con il principio del diritto penale quale *extrema ratio*, principio che richiede ponderazione e

---

[65] La contrapposizione fra ratio *garantista* e ratio *democratica* della riserva di legge é descritta in modo efficace da A. Di Giovine, *Introduzione ad uno studio sulla riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, p. 19 ss.; non condivide la ratio garantista della riserva, S. Fois, *La «riserva di legge». Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 3 ss.

[66] V. G. Zagrebelsky, *Manuale*, cit., p. 54 ss.

[67] Fra gli autori che disapprovano l'adozione di atti aventi forza di legge in materia penale: cfr. C. Carboni, *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, p. 249 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, *Corso di diritto penale*, cit., p. 60; F.C. Palazzo, *Legge penale*, cit., p. 346 ss.; A. Pugiotto, *Sentenze normative*, cit., p. 4215, nota 47; cenni in M. D'Amico, *Il principio di determinatezza*, cit., pp. 330-331.

[68] Occorre osservare, però, che fino agli anni settanta taluno dà per scontata la riserva all'organo Parlamento (v. M. Siniscalco, *Giustizia penale e Costituzione*, cit., p. 40 ss.), mentre da altri viene sottolineata la funzione di «controllo» del Parlamento, per conservare la *ratio* «garantista» (così, E. Gallo, *La legge penale*,Torino, 1958).

[69] Così L. Carlassare, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 1996, pp. 126-131.

approfondimento nelle scelte di penalizzazione; si pensi anche alla recente prassi dei decreti legislativi integrativi e correttivi che nella materia penale creano incertezza e confusione sulle norme «definitivamente applicabili» [70]. Non sembra quindi corretto richiamare semplicemente la pienezza del principio di legalità in materia penale, senza dare alcun peso alla circostanza che la produzione penale sia affidata oggi anche al Governo, attraverso specifici atti normativi: ammettendo, però, nella materia penale una pluralità di fonti, provenienti da poteri diversi e frutto di diversi procedimenti, pur operanti allo stesso livello, si rischia di compromettere in partenza la coerenza e la razionalità dell'intero edificio. Naturalmente, si potrebbe obiettare che non è la provenienza della norma penale (parlamentare o governativa) ad assicurare (o meno) la chiarezza della medesima: tuttavia, come dimostreremo anche nel paragrafo successivo, la qualità della normazione penale dipende in larga misura anche dalla scelta degli strumenti normativi. La rinuncia *a priori* ad una nuova codificazione e l'espansione irrazionale, con strumenti diversi e non coordinati fra loro, del diritto penale non può non riflettersi, come vedremo e come rileverà lo stesso giudice costituzionale, sul rispetto del principio di determinatezza e tassatività. Del resto, come si è sopra osservato, tale principio nasce come prodotto di un legislatore razionale, in grado di trasformare in norme penali scelte di fondo sulla scala di valori e sulla necessità di tutelarli penalmente.

## 2.3. La Costituzione «tradita»: la mancata riforma del Codice Rocco e la perdita di sistematicità di reati e pene

Il principio di chiarezza della legge penale, codificato dall'art. 25, secondo comma, Cost., viene applicato all'interno di un sistema che, a causa della mancata riforma del Codice Rocco [71], sembra rinunciare a qualsiasi pretesa di organicità e di razionalità [72]. Nel diritto penale italiano post-costituzionale si

---

[70] In dottrina, si è messo in luce non solo il rapporto fra la crisi del principio di *extrema ratio* e la rinuncia da parte del legislatore al proprio ruolo centrale (v. E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 151 ss.), ma anche il legame fra la mancata attuazione del primo e la carenza di determinatezza della legge penale, dovuta alla cattiva qualità delle leggi (v. L. STORTONI, *Parte speciale del codice e parte speciale del diritto penale*, cit., p. 435 ss.).

[71] La coesistenza di un codice penale di «*indubbia ispirazione autoritaria*» con la Costituzione è definita una «situazione ai limiti del paradosso» da F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)*, in questa *Rivista*, 1999, p. 168.

[72] Sul susseguirsi di progetti di riforma mai realizzati, si veda l'accurata analisi di G. VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquecento repubblicano*, in *Prospettive di rifor-*

scinde quella che per Beccaria costituiva la premessa necessaria di tale principio: il rapporto fra la singola norma chiara e il «*codice fatto di leggi chiare*».

La dottrina, dal canto suo [73], dopo avere a lungo sperato in un intervento legislativo, a partire dalla fine degli anni settanta sembra invece rassegnata allo *status quo* [74]. Essa sviluppa così considerazioni sull'attualità del Codice Rocco, relegando le proprie istanze innovative su un piano astratto, mancando un legislatore in grado di recepirne le indicazioni [75]. A prescindere da considerazioni più approfondite sulla necessità e sulla possibilità di «codificare», che esulano dal presente studio, ma che certamente non possono essere ignorate [76], un dato comunque rimane certo: la mancata riforma del codice Rocco, pur dopo l'entrata in vigore di una Costituzione fondata su valori diversi, se non opposti, comporta lo stabilizzarsi di un sistema che rinuncia *a priori* a qualsiasi pretesa di organicità e di chiarezza. Pretendendo di far valere integralmente il codice anteriore alla Costituzione, nonostante l'evidente e dichiarata contraddittorietà fra la scala di valori espressa dal primo rispetto a quella contenuta nella seconda, si determina un'indeterminatezza della materia penale, perché *tutte* le norme presenti nel codice ed espressione di valori diversi

---

*ma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 5 ss. Sui più recenti progetti, si veda anche A. PAGLIARO, *Il documento della Commissione Grosso sulla riforma del codice penale: metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1184 ss.

[73] Sull'evoluzione della «sensibilità costituzionale della scienza penalistica, v. G. FLORA, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 1187 ss.

[74] Sul rapporto fra mancata riforma del codice e stato della scienza penalistica, v. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco tra rassegnazione e utopia*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, Milano, 1985, p. 327 ss.; ID., *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, *ivi*, p. 349 ss.

[75] Ritengono impossibile abbandonare il modello del codice Rocco, G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 67 ss.; T. PADOVANI, *La sopravvenienza del codice Rocco nell'età della «decodificazione»*, *ivi*, 1981, p. 89 ss.: a tale impostazione si contrappone criticamente G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit., p. 327 ss., la cui posizione non è condivisa da G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la tesi della « continuità»: una postilla e alcune precisazioni*, *ivi*, 1981, p. 439 ss. e da E. BARATTA, *Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito «Il codice Rocco cinquant'anni dopo» e risposta a Marinucci*, *ivi*, 1981, p. 349 ss.

[76] È opinione comune che la società attuale possa determinare in alcuni settori l'impossibilità di codificare, determinando un sistema «decodificato»: analisi approfondite sono compiute da G. AZZARITI, *Codificazione e sistema giuridico*, in *Pol. del dir.*, 1982, p. 537 ss. (il quale fa riferimento soprattutto al diritto privato) e da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, III ed., Milano, 1989, p. 3 ss. (il quale affronta il problema in prospettiva (anche) sociologica); sui problemi specifici del diritto penale, considerazioni in F.C. PALAZZO, *Certezza del diritto e codificazione penale*, in *Pol. del dir.*, 1993, n. 3, p. 1 ss.; ID., *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 271 ss.

rispetto a quelli costituzionali devono essere interpretate alla luce della Costituzione, rinunciando così *a priori* al carattere della mera «*esecuzione*» da parte del giudice della legge penale.

L'entrata in vigore della Costituzione, infatti, avrebbe dovuto comportare la caducazione di molte norme contenute nel codice Rocco, come testimonia anche il primo progetto di riforma del codice penale [77]: i valori costituzionali determinavano una profonda modificazione dell'assetto di reati e pene, dal momento che interi settori del codice penale prevedevano la punizione penale di comportamenti che, nella Costituzione, erano divenuti oggetto di diritti. Ciò risulta chiarissimo per ciò che attiene alla repressione dello sciopero, divenuto nella Costituzione un «*diritto*» [78]; ai reati di opinione, i quali, in molti casi, comportano la punizione di semplici manifestazioni di pensiero, tutelate pienamente dall'art. 21 Cost. [79]; ai reati in materia di religione, nati per tutelare soltanto la religione cattolica, quale religione dello Stato, mentre nella Costituzione veniva sancito il principio di parità fra tutte le religioni.

Prima del concreto funzionamento della Corte costituzionale, la tesi dell'automatica caducazione di alcune norme penali per il sopravvenire della Costituzione trovò spazio, sul piano applicativo, in una giurisprudenza che considerava abrogate norme del codice penale ritenute in contrasto non soltanto con specifici diritti costituzionali, ma anche con scelte di «valore» contenute nella Costituzione.

In un caso molto interessante, un giudice [80] ritiene «*abrogato*» l'art. 724 c.p., che puniva la bestemmia nei confronti di «*Divinità o simboli della religione cattolica*» [81], affermando, con un ragionamento radicale rispetto a tutta la giurisprudenza costituzionale successiva sul tema, che «le norme relative ai delitti contro la religione dello Stato (si badi: *tutte le norme*) sono state *abrogate* dalla Costituzione in vigore, che non riconosce più la religione cattolica come religione dello stato».

---

[77] Nel primo progetto di riforma del codice penale, tuttavia, le modifiche erano minime: secondo G. Vassalli (*Il tormentato cammino*, cit., pp. 9-10) «lo spirito rimaneva sempre quello, piuttosto riduttivo *di eliminare dal codice Rocco, sia pure attraverso la redazione di un nuovo testo, le disposizioni più smaccatamente ispirate al regime autoritario*».

[78] Sul tema, in generale, F. Gallo, *Sciopero e repressione penale*, Bologna, 1981.

[79] Su cui v. E. Fiore, *I reati di opinione*, Padova, 1972; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse ad uno studio sui reati di opinione*, Milano, 1988, p. 5 ss.

[80] Trib. Roma, Sez. I, 29 maggio 1949 (Pellicano), in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 169 ss.

[81] La norma è stata oggetto di varie pronunce costituzionali (v. sentt. nn. 79 del 1958, in *Giur. cost.*, 1958, p. 990, con nota di C. Esposito; 14 del 1973, *ivi*, 1973, p. 70 ss.; 925 del 1988, *ivi*, 1988, p. 4307; 440 del 1995, *ivi*, 1995, p. 3475), e, di recente, è stata trasformata in illecito amministrativo.

Nonostante appaia evidente che la concezione dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa espressa nella sentenza appena menzionata non corrispondesse affatto a quella della «*maggioranza del popolo italiano*», come rileverà la Corte costituzionale alcuni anni più avanti [82], suscita una certa sorpresa il grado di consapevolezza della decisione sulla valutazione del rapporto fra Costituzione e legge penale: in essa si prendono in considerazione tutte le norme sul rapporto fra Stato, Chiesa e confessioni diverse da quella cattolica; si dà spazio al principio di libertà di coscienza tutelato dalla Costituzione; e, proprio affermando l'efficacia precettiva di questo principio, si riconosce l'abrogazione di tutte le norme penali che tutelano la religione cattolica come «*unica*» religione dello Stato. Secondo il giudice, la norma penale dovrebbe cedere dinanzi a principi costituzionali superiori e tali principi dovrebbero comportare la totale rinuncia dello Stato alla punizione penale. Tale decisione, dunque, si proietta in una dimensione «laica» del diritto penale che la Corte costituzionale pare aver solo recentemente conquistato [83] e che non era in quel momento condivisa, come testimonia anche un commento alla decisione in esame [84].

La Corte costituzionale, fin dalla sua prima decisione, interpretò in modo ampio il proprio ruolo, decidendo che fosse suo compito giudicare questioni aventi ad oggetto *anche* norme anteriori alla Costituzione, pur non volendo escludere, in via di principio, che rimanesse spazio per valutazioni sull'effetto abrogativo del testo costituzionale da parte dei giudici [85].

Con tale impostazione, si fa strada l'idea che il codice Rocco non avrebbe dovuto necessariamente essere riformato in via generale, ma che avrebbe anche potuto sopravvivere, adattato ai valori costituzionali [86], rinunciando, però, all'organicità del sistema [87]: si consente, infatti, prima di tutto sul piano

---

[82] Così Corte cost., sent. n. 79 del 1958, cit., p. 992.

[83] Dopo numerose pronunce di infondatezza, succedutesi nel corso degli anni, è stata dichiarata l'incostituzionalità del vilipendio alla religione dello Stato, per violazione dell'art. 3 Cost.: cfr. Corte cost., sent. n. 508 del 2000, in *G.U.*, *I serie spec.*, 27 novembre 2000, n. 49, p. 17 ss.

In generale, v. F. MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, p. 519 ss.

[84] Cfr. E. LIGNOLA, *Il delitto di offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone in relazione alla nuova Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 169 ss.

[85] Cfr. sent. n. 1 del 1956, in *Giur. cost*., 1956, pp. 6-7.

[86] Così, da ultimo, F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale*, cit., p. 169, il quale precisa però che la possibilità di adeguamento ai valori costituzionali sarebbe soltanto una della ipotesi che spiegano l'attuale persistenza del codice Rocco.

[87] Sull'incidenza della mancata riforma del codice sull'estensione dei beni giuridici di rilevanza costituzionale nell'attività legislativa e interpretativa, v. le considerazioni di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 333 ss.

logico, che la *Wertordnung* costituzionale si innesti sulla *Wertordnung* del legislatore «fascista», la quale, anche sul piano strutturale, come è stato più volte osservato, anche in occasione dei progetti di riforma del codice penale, è incompatibile con la prima [88].

Il codice anteriore alla Costituzione, pur se non coincidente con il nuovo «ordine costituzionale», viene ripotenziato attraverso operazioni interpretative dei giudici comuni e della stessa Corte costituzionale, che minano la necessaria chiarezza della norma penale, la quale spesso è costretta ad esprimere, come vedremo, un significato molto diverso rispetto a quello contenuto nel proprio enunciato linguistico.

Vero è che già intorno all'opera di Beccaria si era sviluppata un'accesa discussione sull'impossibilità che le leggi penali fossero semplicemente applicate, senza essere prima interpretate, e sulla discrezionalità di qualsiasi attività interpretativa [89]: tuttavia l'operazione di «*pulizia interpretativa*» del codice Rocco viola palesemente, sia sul piano della singola norma, sia sul piano di tutto l'insieme delle norme penali, il nucleo irrinunciabile del principio di chiarezza della legge penale, in base al quale l'enunciato linguistico della norma deve indicare precisamente il discrimine fra lecito e illecito, corrispondendo alle intenzioni del legislatore storico, concretizzate nella fattispecie penale.

Corte costituzionale e giudici comuni hanno trasformato il contenuto complessivo del codice penale, alla luce dei principi costituzionali: le singole fattispecie penali non devono più essere intese in senso letterale, alla luce delle intenzioni originarie del legislatore, ma devono esprimere contenuti in ogni modo compatibili con la Costituzione, sia pure forzando il dato letterale. Tali fattispecie, quindi, non sono più in grado di esprimere un comando chiaro, espresso nelle formule linguistiche utilizzate dal legislatore, le quali acquistano spesso, alla luce dell'interpretazione conforme a Costituzione, un significato diverso.

Anche in casi nei quali il contenuto della singola fattispecie penale appare incostituzionale, la Corte, anziché dichiararne l'incostituzionalità, spesso e volentieri ricorre ad operazioni adeguatrici, attraverso decisioni interpretative di rigetto o, anche, attraverso decisioni manipolative. L'intero gruppo delle fattispecie punitive dello sciopero, ad esempio, è stato trasformato profon-

---

[88] Sul problema della corrispondenza fra valori costituzionali e struttura del codice penale, si rinvia a *Verso un nuovo codice penale. Itinerari. Problemi. Prospettive*, Milano, 1993 (in particolare, si vedano i contributi di G. Fiandaca, G. Contento, F.C. Palazzo, E. Musco, C.E. Paliero, rispettivamente alle pp. 3, 78, 97, 151, 167).

Sulla mancata riforma del codice, v. anche G. Marinucci, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 307 ss.

[89] Cfr. A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit. (soprattutto i capp. I, II, VII).

damente alla luce dell'art. 40 Cost., che riconosce il «diritto» di sciopero, con numerose decisioni, sia interpretative che manipolative, che hanno modificato l'estensione delle fattispecie punitive dello sciopero, trasformandole in limiti «esterni» al diritto di sciopero [90].

Attraverso decisioni interpretative di rigetto, aventi ad oggetti numerosi reati c.d. «di opinione», la Corte ha cercato di persuadere i giudici ad applicare restrittivamente fattispecie penali che nella loro interezza rischiavano di confliggere con l'art. 21 Cost. [91].

Rispetto ad operazioni di questo tipo, si è già osservata in varie occasioni la violazione profonda del principio di determinatezza dei reati e delle pene, il quale esige una corrispondenza chiara fra enunciato linguistico e applicazione del medesimo da parte dei giudici, anche perché, soprattutto nei casi di decisioni meramente interpretative, la Corte costituzionale non può escludere *a priori* eventuali applicazioni letterali e incostituzionali [92].

Operazioni di salvataggio di fattispecie penali incostituzionali sono state fatte anche attraverso decisioni manipolative: in questi casi, la Corte costituzionale ha integrato l'enunciato linguistico delle fattispecie con il dispositivo di proprie decisioni, provocando una frammentazione della norma penale profondamente lesiva del principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

L'esempio più emblematico è costituito dalla sent. n. 27 del 1975, in tema di aborto di donna consenziente, nella quale la punizione penale della donna che abortisce viene esclusa «*nei casi di pericolo grave, medicalmente accertato, della salute della madre, nei sensi di cui in motivazione*», determinando un'integrazione della fattispecie penale a tre livelli: la norma penale è modificata dal dispositivo della decisione costituzionale, il quale, a sua volta, rinvia esplicitamente alla motivazione, dove, sull'aspetto specifico del «*pericolo grave per la salute della madre*», si richiede l'intervento del legislatore. In una decisione di questo tipo, il principio di chiarezza delle legge penale viene violato profondamente: inoltre, è palese l'invasione da parte del giudice costituzionale dello spazio riservato al legislatore, come testimoniano le numerose ribellioni dei giudici comuni alla decisione n. 27 del 1975, ritenuta in contra-

---

[90] In dottrina si sostiene l'incompatibilità fra l'art. 40 Cost. e una repressione penale dello sciopero, sia pure trasformata in limite «esterno»: così E. PEDRAZZI, *Lo sciopero nella legge penale*, in *Atti del convegno nazionale di studi di diritto e procedura civile*, Milano, 1964, p. 79 ss.; D. PULITANÒ, *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, IV, p. 321 ss.

[91] Sul tema, si veda M. D'AMICO, *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, p. 103 ss.

[92] Così, M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 333 ss.

sto con l'art. 25, secondo comma, Cost., pur se riduttiva dello spazio di punibilità [93].

La mancata riforma del codice Rocco comporta dunque una conseguenza importante sul principio di determinatezza: il sistema penale rappresentato dal codice appare indeterminato, sia nel suo insieme, il quale risulta dalla combinazione della vecchia struttura codicistica e della nuova *Wertordnung* costituzionale, sia sul piano delle specifiche fattispecie, che necessitano comunque di interpretazione, alla luce dei principi costituzionali e che, allorché presentino un significato lesivo di essi, sono spesso corrette dai giudici comuni e dalla stessa Corte costituzionale, con operazioni di tipo interpretativo o manipolativo.

## 3. Il quadro attuale: scadimento della qualità della legislazione; tentativi di incidere sulla produzione delle norme penali e aperture della dottrina ad interpretazioni evolutive del principio

La mancata riforma del codice Rocco presenta però un altro, più grave, profilo di ricaduta sul principio di determinatezza della legge penale: il legislatore, per riconoscere ulteriori esigenze di tutela, rinunciando *a priori* ad una riforma generale, si espande in settori specifici o in micro-settori, attraverso una legislazione speciale caratterizzata per lungo tempo quale prodotto anche di decretazione d'urgenza [94].

Questa evoluzione del diritto penale sostanziale comporta una sorta di «schizofrenia», in quanto lo stesso legislatore perde spesso di vista le finalità generali di politica criminale, per punire specifiche condotte criminose, perseguendo così obiettivi circoscritti e in contrasto fra loro. Ciò conduce dunque ad una perdita di chiarezza dell'insieme, che incide anche sulla chiarezza delle singole fattispecie penali.

In dottrina, si è approfondito il discorso sul rapporto fra principio di chiarezza della legge penale e tecnica di redazione delle leggi e, da parte di alcuni

---

[93] Sulla ribellione da parte dei giudici comuni ad interventi manipolativi del giudice costituzionale, anche se riduttivi dello spazio di punibilità della fattispecie penale, con riguardo alla sent. n. 27 del 1975, v. V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, p. 69 ss.; in generale, sul problema, cfr. C. Pedrazzi, *Sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1974, p. 444 ss.; F. Modugno-R. D'Alessio, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? In margine alla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 97 ss.

[94] Così G. Marinucci, *Problemi della riforma*, cit., p. 352 ss.

autori, si è anche mostrata una chiara preferenza per alcune tecniche, ritenute più confacenti al principio di chiarezza, nella sua interpretazione costituzionale [95].

Si è sostenuto, a tale proposito, che il metodo di redazione c.d. *casistico*, sarebbe più consono al principio di precisione delle leggi penali, mentre, al contrario, la legislazione per clausole generali lederebbe il principio medesimo [96]. A tale impostazione potrebbe obiettarsi, sempre in linea di principio, che oggi, in un quadro nel quale le tecniche legislative sono molto complesse e necessitano di grande diversificazione, per soddisfare le esigenze di una società che deve esprimersi in vari modi e a vari livelli, non appare possibile indirizzare il legislatore verso una tecnica «preferibile», perché, trovandosi in una realtà complessa, il diritto sarà un miscuglio di tecniche diverse [97].

In particolare, la preferenza per il metodo c.d. «*casistico*» potrebbe rivelarsi un'arma «a doppio taglio», in quanto le norme formulate in modo casistico sono più dettagliate, ma, appunto per questo, più lacunose, come testimoniano, proprio nella materia penale, le numerose questioni nelle quali i giudici chiedono alla Corte costituzionale di ampliare l'area di punibilità di una norma penale per includervi condotte «analoghe» [98].

Non va comunque dimenticato che il problema dello scadimento della qualità della legislazione nel diritto penale è stato affrontato anche in sede governativa: è stata infatti emanata, nel 1986, una circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, indirizzata agli uffici legislativi di tutti i Ministeri, avente ad oggetto i «*criteri per la formulazione delle norme penali*» [99].

---

[95] Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 66 ss.

[96] Sulle definizioni legislative nel diritto penale, v. C. Cadoppi (a cura di), Omnis definitio in iure periculosa? *Il problema delle definizioni legali nel diritto costituzionale*, Milano, 1996. Ritengono fondamentale il ruolo delle definizioni legislative, E. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 83 ss. e Angioni, *Le norme definitorie e il Progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di Canestrari, 1998, p. 189 ss.

[97] Cfr. F. Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, p. 48 ss. Interessanti osservazioni sulla circostanza che «le legislazioni moderne si sono in parte ribellate al destino di modellarsi attraverso fattispecie rigorosamente chiuse, volte ad ipostatizzare gerarchie di valori già costituite», in G. Fornasari, *Riflessioni sui problemi sovralegali del diritto penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, p. 347 ss.

[98] In generale, sul ruolo del giudici comuni nella promozione di siffatte questioni di costituzionalità e sugli orientamenti della Corte costituzionale, rimane fondamentale il saggio di D: Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir e proc. pen*., 1983, p. 484 ss.

[99] Cfr. Circolare 5 febbraio 1986 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, contenente «*Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispe-*

Nella circolare, il Governo chiede ai redattori dei progetti di legge grande attenzione nell'impiego di termini mutuati dal linguaggio sociologico, politico od economico – nel quale rientrano espressioni come «*eversione dell'ordine democratico*», utilizzata dalle leggi antiterrorismo, o il concetto di «*manovre speculative*», utilizzato dall'art. 501-*bis* c.p. – e di concetti normativi di tipo etico-sociale, abbondanti nel codice Rocco – quali il «*sentimento morale*» o l' «*ordine delle famiglie*» –. Inoltre, si raccomanda di evitare l'utilizzazione di clausole di ampia portata, tali da lasciare all'arbitrio del giudice l'individuazione delle condotte penalmente rilevanti – e come esempio viene indicata la versione non ancora modificata dell'abuso di ufficio, di cui all'art. 323 c.p. –. Infine, si sottolinea che le definizioni legali debbono essere utilizzate con attenzione, per evitare ambiguità o per adeguare la legge a eventuali mutamenti sociali – come esempio, si fa riferimento all'art. 624, secondo comma, c.p., e alla ridefinizione del concetto di cosa mobile, che include anche energie aventi valore economico –.

Il Governo analizza anche le tecniche del rinvio, fra le quali vengono individuate quelle che sono fonte di maggiore incertezza. In particolare, risultano lesive del principio di precisione: il *rinvio in blocco*, che si verifica quando il rinvio è effettuato nei confronti di un complesso di disposizioni che lo stesso giudice deve selezionare – come succede allorché vengono richiamate le norme contenute in una o più leggi, con l'inciso «*in quanto applicabili*» –; il *rinvio generico*, effettuato nei confronti di un complesso di norme che disciplinano una certa materia, attraverso formule che non individuano in modo preciso le norme richiamate – ad esempio, quando si dispone l'abrogazione espressa di norme che «*direttamente o indirettamente*» tutelano le acque dall'inquinamento –; il *rinvio a catena*, che si verifica quando la norma penale ne richiama un'altra, la quale, a sua volta, fa rinvio ad un'altra, con la conseguenza di rendere incerta la ricostruzione della disciplina. Secondo il Governo, in ogni caso, l'unico modo per ovviare a tali inconvenienti è costituito dalla totale riformulazione della norma da parte del legislatore [100].

La recente legislazione vede, comunque, alcuni tentativi di riformulazione

---

*cie penali*», in *Cass. pen.*, 1986, p. 624 ss.: un'illustrazione dei contenuti della circolare è svolta da F.C. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 230 ss.

[100] Non va dimenticato che durante la Commissione Bicamerale si tentò di introdurre principi volti ad incidere sul modo di produzione delle norme penali: nel testo dell'art. 129, approvato dalla Commissione in data 4 novembre 1997, il terzo comma consente a «*nuove*» norme penali di essere soltanto modificative del codice penale, oppure di essere contenute in una «legge organica» in materia penale: sull'argomento, v. F. PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione Bicamerale: B) diritto penale sostanziale*, in *Dir. proc. pen.*, 1998, p. 37; G. FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 161.

delle norme penali in un'ottica rispettosa del principio di chiarezza, fra i quali spiccano la riforma dell'abuso d'ufficio [101] e la riformulazione dell'art. 644 c.p., in tema di usura [102], all'interno di un quadro complessivo confuso e lesivo di tale principio, nel quale la giurisprudenza assume un ruolo sempre più attivo.

Emblematica, a nostro avviso, è proprio la vicenda riguardante il delitto di abuso d'ufficio [103]: dinanzi alla riformulazione legislativa della norma, volta a risolvere i problemi di indeterminatezza della fattispecie, alcuni giudici promuovono questioni tendenti ad ampliare nuovamente lo spazio di punibilità della norma stessa, al fine di farvi rientrare comportamenti che nella nuova formulazione sarebbero rimasti privi di tutela penale. A tali richieste, giustamente, la Corte costituzionale, con la decisione n. 447 del 1998, risponde nel senso dell'infondatezza, avallando la scelta legislativa soprattutto per ciò che attiene la ricerca di un più preciso confine dello spazio di punibilità della fattispecie [104].

In dottrina, chi è fermo nel ritenere l'esclusione della giurisprudenza costituzionale e comune dalla concretizzazione del principio, non può che rifugiarsi nella speranza di una riforma del codice penale che detti criteri orientativi per la legislazione speciale [105].

Tuttavia, anche sul piano della riflessione dottrinale, molte sono le voci che insistono sul profilo, inconcepibile in epoca illuminista, dell'applicazione giurisprudenziale del principio di determinatezza.

Una volta constatata la difficoltà di incidere sul piano legislativo, a causa

---

[101] Sul tema, v. Benussi, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, 1998, p. 87 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso*, cit., pp. 93-94.

[102] Ritenuta, però, dalla dottrina in ogni caso carente quanto a precisione: v. Prosdocimi, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *StJ*, 1996, p. 774 ss. Sul tema, si veda anche M. Bertolino, *Le opzioni penali in tema di usura: dal codice Rocco alla riforma del 1996*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 203 ss.

[103] Sull'indeterminatezza della vecchia fattispecie di cui all'art. 323 c.p., v. F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, p. 987 ss.

[104] Cfr. Corte cost., sent. n 447 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3721, nella quale la Corte sottolinea il ruolo centrale del legislatore, affermando che il compito del principio di determinatezza sarebbe quello di impedire che «la individuazione della condotta incriminata dipenda da valutazioni discrezionali del giudice e, quindi non sia prevedibile dal destinatario della legge penale», con richiamo alla sent. n. 364 del 1988. La Corte si trova ad affrontare numerose questioni nelle quali i giudici chiedono di chiarire definitivamente la disciplina applicabile, prima e dopo la riforma: si vedano le ordd. nn. 252 e 427 del 1998 e 192 del 1999.

[105] V. E. Dolcini-G. Marinucci, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 385 ss. Di recente E. Dolcini (*Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del primo millennio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 10) traccia un quadro molto negativo sul rapporto fra Costituzione e legislatore penale repubblicano.

soprattutto dell'impossibilità di realizzare riforme di ampio respiro, come si è appena detto, numerosi autori ritengono fondamentale l'apporto giurisprudenziale per definire in via interpretativa confini indeterminati di norme penali.

Afferma Francesco C. Palazzo che «nel processo di *effettiva* attuazione del principio di determinatezza/tassatività» risultano coinvolti «il legislatore *e* la Corte costituzionale» (il corsivo è nostro), rilevando giustamente che «essendo il principio di determinatezza innanzitutto un canone di *formulazione* della legge, la posizione della giurisprudenza ordinaria si manifesterà principalmente attraverso l'eccezione di incostituzionalità, *e, pertanto, in un rapporto intensamente dialettico con il legislatore e la Corte costituzionale più che con la dottrina, con la quale invece sono escluse possibili convergenze*» [106].

Osserva giustamente Gaetano Contento che il principio di determinatezza acquista oggi una valenza concreta, in quanto il cittadino non è garantito da un'astratta formulazione della fattispecie, che risulti sufficientemente determinata, sia in relazione al contenuto offensivo, sia in relazione al tipo di «fatto» incriminato, occorrendo invece che «*nel momento più importante della vicenda giuridica, cioè nel momento del passaggio della norma dall'astratto al concreto, nella fase della sua applicazione non si perda di vista il risultato da conseguire (e al quale è indirizzato, appunto, il vincolo della determinatezza), e cioè che, in concreto, siano puniti solo quei fatti che risultino altrettanto "determinati"* [107]».

L'analisi del piano giurisprudenziale può essere condotta sotto vari profili: da un lato, è opportuno analizzare l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione e nell'applicazione del principio di determinatezza, quale criterio orientativo privilegiato anche nelle ricostruzioni dottrinali; dall'altro, occorre cogliere la possibilità per i giudici comuni di correggere, sul piano interpretativo, norme dal contenuto linguistico indeterminato; dall'altro ancora, è opportuno chiedersi quale sia il grado di tolleranza da parte della giurisprudenza, costituzionale e comune, nei confronti di violazioni del principio di determinatezza della legge penale.

Dal punto di vista metodologico, mentre sulla giurisprudenza costituzionale è possibile avere una visione d'insieme e completa delle decisioni che toccano il principio, per ciò che attiene i profili che coinvolgono la giurisprudenza comune, si potrà avere una visione necessariamente parziale, ma di grande importanza, soprattutto in ordine alla convergenza fra i profili applicativi di essa e le teorizzazioni, anche recenti, del giudice costituzionale.

---

[106] F.C. Palazzo, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale*, cit., pp. 27-28. Valorizza il ruolo dell'interprete nell'attuazione del principio di chiarezza, A. Pagliaro, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 2, p. 433 ss.

[107] G. Contento, *Clausole generali e regole di interpretazione*, in *Valori e principi*, cit., pp. 115-116.

## 4. L'evoluzione del principio di determinatezza nella giurisprudenza costituzionale

### 4.1. La giustificazione di norme indeterminate

Per molti anni la giurisprudenza costituzionale sulla determinatezza della legge penale è caratterizzata da una scarsa sensibilità del giudice costituzionale, intento piuttosto a giustificare fattispecie indeterminate.

Nella sent. n. 27 del 1961 [108], la Corte afferma un principio che verrà applicato rigidamente per quasi trent'anni. Di fronte a censure di costituzionalità nei confronti di una norma penale che utilizzava l'espressione «*mestieri analoghi*», consentendo così operazioni di tipo analogico, vietate, in linea di principio, dall'art. 25, secondo comma, Cost., il giudice costituzionale chiarisce che «*è noto che il principio in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge (art. 1 c.p.) non è attuato dalla legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto*», riconoscendo che «*spesso le norme penali si limitano ad una descrizione sommaria, o all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel miglior modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato*» e precisando che «*in taluni casi le norme penali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive (es. artt. 600, 601, 602, 705, 710 ecc. c.p.) ovvero anche, come appunto nella norma impugnata, di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, le quali a un certo punto si chiudono con espressioni come «e simili», «e altri analoghi»*». Ad avviso della Corte, però, in questi casi «*ufficio dell'interprete non è di applicare per analogia la norma a casi da essa non previsti, bensì di attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole interpretazione*»: con tale motivazione la Corte sembra voler rinunciare del tutto all'utilizzazione del principio di determinatezza/tassatività della legge penale quale parametro.

La giustificazione di enunciati vaghi, lesivi del principio di determinatezza, e la contemporanea rinuncia ad un sindacato sulla chiarezza della fattispecie penale ricorre in molti casi successivi, anche molto diversi fra loro, nei quali viene richiamata acriticamente la sent. n. 27 del 1961.

Un primo gruppo di casi è costituito da questioni simili a quella risolta con la sent. n. 27 del 1961, in quanto la Corte ha a che fare con espressioni linguistiche nelle quali il legislatore introduce un riferimento analogico (casi

[108] La decisione può leggersi in *Giur. cost.*, 1961, p. 536, con nota critica di C. Esposito, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale.*

analoghi, simili, ecc. …): così, nella sent. n. 121 del 1963, si ritiene conforme a Costituzione la norma penale che punisce «*attività similari*» a quella oggetto di punizione [109]; nella sent. n. 44 del 1964, viene assolta una norma che punisce colui che «*in qualsiasi modo* favorisca o sfrutti la prostituzione altrui» [110]; nella sent. n. 133 del 1973, viene ritenuto conforme a Costituzione la norma che, reprimendo comportamenti lesivi della pubblica circolazione, utilizza l'espressione «o *comunque* ostruisce od ingombra» [111]; nella sent. n. 236 del 1975, risulta sufficientemente determinata la norma che punisce il possesso non giustificato di «chiavi alterate o contraffatte ovvero di chiavi genuine o di strumenti *atti ad aprire o forzare una serratura*» [112]; nella sent. n. 49 del 1980, la Corte, pur riflettendo sulla possibilità che norme contenenti espressioni quali «*limitata entità*» o «*limitata modificazione*» affidino al giudice un certo margine di «*discrezionalità*», ritiene infondata la questione, affidando alla Corte di Cassazione il compito di indicare in via interpretativa «*criteri integrativi del precetto letterale della legge*» [113]; nella sent. n. 79 del 1982, la Corte assolve una fattispecie penale che rinvia «*a qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio* (…)» [114]. Vero è che in tali casi si potrebbe ragionevolmente sostenere che la norma non sarebbe indeterminata se fosse chiaro il tipo di condotta (ad esempio, la nozione di «sfruttamento»; quella di «ostruzione e ingombro»), nel qual caso diventerebbe indifferente il mezzo utilizzato; tuttavia, non vi è chi non veda come l'utilizzazione di formule generiche sulla modalità della condotta si unisca alla descrizione di un tipo di condotta non del tutto definita, creando una norma penale il cui contenuto preciso sarà stabilito, di volta in volta, dal giudice nel singolo caso concreto.

Successivamente, la giustificazione da parte del giudice costituzionale di espressioni linguistiche «*generiche*» viene rafforzata con l'utilizzazione della formula della «*manifesta infondatezza*»: nell'ord. n. 169 del 1983, che attiene a norma che punisce «*le attività proprie della professione di ragioniere*» [115]; nell'ord. n. 195 del 1983, che punisce la emissione di assegni a vuoto «*per i casi più gravi*» [116]; nell'ord. n. 169 del 1985, attinente alla «*tassatività*» delle

[109] In *Giur. cost.*, 1963, p. 1363 ss.

[110] In *Giur. cost.*, 1964, p. 483 ss.

[111] In *Giur. cost.*, 1973, I, p. 1369 ss.

[112] In *Giur. cost.*, 1975, I, p. 2232 ss.

[113] In *Giur. cost.*, 1980, I, p. 339 ss.

[114] In *Giur. cost.*, 1982, I, p. 712 ss.

[115] In *Giur. cost.*, 1983, I, p. 933 ss.

[116] In *Giur. cost.*, 1983, I, p. 1012 ss.

pene, dove è assolta la espressione «*nei casi più gravi*», in riferimento, sia al principio della discrezionalità del giudice nella graduazione delle pene, sia alla giurisprudenza sulla determinatezza della fattispecie penale [117]. Come è noto, con la formula della «*manifesta infondatezza*», la Corte ribadisce propri indirizzi giurisprudenziali di rigetto delle questioni: in questo caso, ciò che viene reso indiscutibile, ma che invece verrà successivamente messo in discussione, è il rifiuto del giudice costituzionale di effettuare un giudizio su eventuali carenze di determinatezza di norme penali.

Un secondo gruppo di casi è costituito da decisioni nelle quali il rinvio ai principi della sent. n. 27 del 1961 appare molto discutibile, in quanto le fattispecie penali richiamano concetti «*extragiuridici diffusi*»: nella sent. n. 191 del 1970, la Corte assolve l'espressione «*atti e manifestazioni oscene*», richiamando acriticamente la propria pregressa giurisprudenza nella quale «*la Corte ha riconosciuto (…) che il principio di legalità si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie, ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato*» e limitandosi a riconoscere che «*quando la legge penale prevede la tutela di beni immateriali (come il decoro, l'onore, la reputazione, il prestigio, la decenza e altri), il ricorso a nozioni proprie del linguaggio e dell'intelligenza comuni è inevitabile, né si è pensato, finora, a lamentare in proposito la violazione del principio di legalità*». Nel caso in questione, inoltre, secondo la Corte «*per quanto attiene, in particolare, alla difesa del pudore, il rinvio alla morale, al buon costume, e, nominativamente, al «comune sentimento» (art. 529 c.p.) è legittimo, trattandosi di concetti diffusi e generalmente compresi, sebbene non suscettibili di una categorica definizione*» [118]. Analogo ragionamento si può trovare nella sent. n. 42 del 1972 [119].

Un terzo gruppo attiene a giudizi su norme che rinviano a dati di «*ordinaria esperienza o di esperienza tecnica*». Nella sent. n. 125 del 1971, in particolare, la Corte ritiene conforme a Costituzione una norma che «*affida agli Ispettorati del lavoro la valutazione della pericolosità (o faticosità o gravosità) delle prestazioni alle quali i fanciulli e gli adolescenti sono addetti*», ritenendo

---

[117] In *Giur. cost*., 1985, I, p. 1242 ss.

[118] In *Giur. cost*., 1970, I, p. 2199 ss.

[119] In *Giur. cost*., 1972, I, p. 187. In questo caso, riguardante la legittimità costituzionale dell'art. 570 c.p., che punisce la sottrazione del coniuge ai doveri di assistenza, la Corte ritiene che la formula, pur generica, non leda il principio di determinatezza della legge penale, non affrontando il problema più generale della discrezionalità del giudice nell'applicare «concetti extra-giuridici diffusi»: sul tema, si rinvia all'ampia analisi di A. Concaro, *Moralità familiare e accesso ai pubblici uffici* (nota a Corte cost., sent. n. 108 del 1994), in *Giur. it.*, 1, c. 291 ss. (in particolare nota 6, per approfonditi riferimenti bibliografici).

che, anche in tale ipotesi, sia sufficiente richiamarsi alla sua costante giurisprudenza, la quale «*sia pure per altra specie di reati*» ha affermato che il principio di legalità viene rispettato dal legislatore non solo con la tassativa descrizione dei fatti di reato, ma, altresì, con il ricorso «a nozioni proprie dell'intelligenza comune, che consentono di individuare con certezza il precetto e di giudicare se una condotta lo abbia o meno violato», riconoscendo che la norma si richiama «*a un dato che è di ordinaria esperienza, prima ancora che di esperienza tecnica*» [120].

In altri casi simili a quello appena citato la Corte rafforza con la formula della «*manifesta infondatezza*» i principi argomentativi utilizzati: nell'ord. n. 156 del 1983, si afferma che il termine «*costruzione*» non è generico, in quanto «di comune esperienza» [121]; nell'ord. n. 5 del 1984, il termine «*lottizzazione*», a sua volta, è qualificato « di comune esperienza» [122]; nell'ord. n. 84 del 1984, alcune norme in materia edilizia vengono assolte, perché rinviano a dati « di comune esperienza» [123]; uguale motivazione è adottata nell'ord. n. 75 del 1985, in relazione ad una questione sempre in materia edilizia [124]; infine, nell'ord. n. 270 del 1997, si ritiene manifestamente infondata la censura nei confronti della locuzione «*biocidi*», appartenente al linguaggio scientifico [125].

## 4.2. Le censure di indeterminatezza sono superate in via interpretativa, attraverso la modificazione della *ratio* della norma penale

In altre occasioni, il problema dell'insufficiente determinatezza della fattispecie penale viene risolto dal giudice costituzionale attraverso decisioni che intendono circoscrivere, in via interpretativa, l'area di punibilità della norma, rendendola conforme a Costituzione. In questi casi, la carenza di chiarezza della norma penale si unisce alla sua contrarietà, spesso soltanto parziale, a valori della Costituzione. In parole più semplici, due sono i problemi che vengono affrontati congiuntamente in questo gruppo di decisioni: quello della compatibilità del *bene giuridico originariamente tutelato* dalla norma penale e quello della *chiarezza della fattispecie*. Decidendo di salvare la norma per adeguarla ai valori costituzionali, la Corte spesso si trova a modificare profonda-

[120] In *Giur. cost.*, 1971, I, p. 1205 ss.

[121] In *Giur. cost.*, 1983, I, p. 885 ss.

[122] In *Giur. cost.*, 1984, I, p. 24 ss. Si veda anche l'ord. n. 159 del 1986.

[123] In *Giur. cost.*, 1984, I, p. 486 ss.

[124] In *Giur. cost.*, 1985, I, p. 547 ss.

[125] In *Giur. cost.*, 1997, p. 2466.

mente la sua *ratio* originaria, con l'effetto di limitare l'area di punibilità della norma medesima: riformulando la fattispecie penale, dunque, la Corte implicitamente ritiene che essa diventi anche chiara, ma tale assunto deve essere analizzato con grande attenzione.

La Corte costituzionale ricorre infatti a decisioni interpretative di rigetto, con le quali si vorrebbe precisare l'enunciato linguistico «*nei sensi e nei limiti di cui in motivazione*». Non vi è chi non veda come tale operazione, complessivamente, non raggiunga l'effetto di rendere più chiara la norma penale, ma determini invece un effetto contrario: l'integrazione del precetto penale, ottenuta attraverso il ricorso alla motivazione della decisione costituzionale, nella quale però viene mutata la sua *ratio* originaria, determina una confusione ancora maggiore sull'ambito applicativo della norma, anche in considerazione degli effetti non vincolanti di una decisione interpretativa di rigetto.

Riformulando il significato originario della norma penale, la Corte costituzionale viola il principio di determinatezza, in quanto spezza la corrispondenza fra l'enunciato normativo e la *ratio* della norma: risulta infatti poco chiara una norma nata per dire A, a cui la Corte pretende di far dire B, utilizzando l'enunciato linguistico che, attraverso l'impiego dei canoni interpretativi comuni, esprime soltanto A, e non B. Nelle decisioni che analizzeremo fra breve, la Corte non sceglie fra due significati della norma, entrambi possibili, uno costituzionale, l'altro incostituzionale, ma assegna alla norma stessa un significato diverso.

Le decisioni più significative attengono, a nostro avviso, ai reati di sedizione e di vilipendio.

Nella sent. n. 15 del 1973 [126], la Corte costituzionale ritiene infondata una questione di costituzionalità sull'art. 654 c.p. («*manifestazioni e grida sediziose*»), «*nei sensi di cui in motivazione*».

Agganciandosi ad una precedente decisione nella quale si era radicalmente escluso che l'art. 654 c.p. fosse incostituzionale, giacché i comportamenti puniti dalla norma avrebbero implicato «*sempre eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e pericolo per l'ordine pubblico*» [127], la Corte, modificando il proprio orientamento, interpreta il termine «*sedizione*» in senso restrittivo, affermando che esso implicherebbe «*ribellione, ostilità, eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni*» solo ove risulti «*in concreto idoneo a produrre un evento pericoloso per l'ordine pubblico*» [128]. Questa ope-

---

[126] In *Giur. cost.*, 1973, I, p. 79 ss.

[127] Si tratta della sent. n. 120 del 1957, in *Giur. cost.*, 1957, p. 1086 ss.

[128] In dottrina si è giustamente rilevato che il riferimento da parte della Corte costituzionale al c.d. «*atteggiamento di ribellione*, *insofferenza*, *ostilità*, *idoneo a creare pericolo per l'ordine pubblico*» dilaterebbe «a dismisura la nozione in argomento» e sarebbe *lesivo dell'art. 25, secondo comma, Cost.*, in quanto verrebbe attribuito alla *nozione di sedizione un significato*

razione, ritenuta dalla Corte chiarificatrice della stessa fattispecie punitiva, in realtà produce il risultato opposto, introducendo ulteriori elementi di confusione e di indeterminazione del confine fra comportamenti leciti e comportamenti vietati. Ritenendo che la libertà di manifestazione del pensiero possa essere limitata, anche penalmente, a garanzia della pubblica tranquillità, la Corte afferma che l'art. 654 c.p. si applicherebbe solo dinanzi all'insorgenza di un «*pericolo concreto*». Evidente in tal caso la modificazione della *ratio* originaria della norma penale, nata per punire «*manifestazioni e grida sediziose*» in quanto lesive in sé dell'ordine pubblico: limitando l'area di punibilità della norma, non è affatto chiarito se la Corte abbia ristretto la norma in nome di un valore diverso, quello della pubblica tranquillità, mutando la funzione della norma stessa e creando confusione in ordine alla sua applicazione, senza pronunciarsi sullo spazio occupato dai comportamenti tutelati dall'art. 21 Cost., oppure se, proprio attraverso l'interpretazione dell'art. 654 c.p., la Corte abbia voluto introdurre il limite della «pubblica tranquillità» nei confronti del principio costituzionale di cui all'art. 21 Cost. [129]. Seguendo sia l'una che l'altra impostazione, la norma appare comunque poco chiara: nel primo caso, il giudice dovrebbe decidere in quali comportamenti si concretizzi il pericolo per la pubblica tranquillità e sarebbe arbitro nella selezione dei fatti punibili in base alle sue personali convinzioni sul tema; nel secondo caso, il giudice si troverebbe ad applicare il concetto di sedizione quale limite esterno alla libertà di manifestazione del pensiero, in assenza di una qualsiasi indicazione da parte dello stesso giudice costituzionale. Coerentemente con tale decisione, la Corte ritiene conforme a Costituzione l'utilizzazione del termine «*sedizione*» anche in altre norme penali [130].

---

*indeterminato*, e dell'art. 21 Cost., dal momento che «*all'ostilità o all'insofferenza può, senza alcun dubbio, essere ricondotta ogni forma di dissenso, ossia anche la mera estrinsecazione dl proprio pensiero, che non può, invece, costituire oggetto di alcuna repressione penale*»: v. B. PELLEGRINO, *Ordine pubblico e dovere di fedeltà nel sistema penale comune e militare, con particolare riferimento ai reati di sedizione*, in *Rass. giust. mil.*, 1979, n. 3, p. 122.

[129] L'art. 21 Cost. è stato infatti interpretato in modo ampio in dottrina: cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 9 ss. e A. PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione. Problemi costituzionali e indirizzi di giurisprudenza*, Padova, 1983, p. 10 ss.

Il problema centrale sollevato da decisioni siffatte riguarda proprio la ricaduta sull'ampiezza dell'art. 21 Cost.: tali decisioni della Corte sembrano infatti invertire l'ordine gerarchico, assumendo a parametro la norma ordinaria, alla luce della quale viene interpretato il principio costituzionale, che in tal modo risulta ovviamente depotenziato: sul problema, si veda in generale R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 15 ss. e sulla compatibilità dei reati di opinione con l'art. 21 Cost., v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, II, p. 1087 e A. DI GIOVINE, *I confini*, cit., p. 52 ss.

[130] V. sent. n. 57 del 1984, in *Giur. cost*., 1984, p. 395 ss., sull'art. 183 c.p.m.p., confermata,

L'intreccio fra operazioni adeguatrici di norme penali anteriori alla Costituzione e principio di determinatezza della legge penale appare in modo ancora più evidente in alcune decisioni che riguardano reati di «*vilipendio*».

Nella sent. n. 20 del 1974, la Corte costituzionale ritiene non fondata «*nei sensi di cui in motivazione*» la questione di legittimità costituzionale dell'art. 290 c.p., che punisce il vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali, delle Forze armate, armonizzando il concetto di vilipendio con l'art. 21 Cost. [131]. Secondo il giudice costituzionale, occorre tracciare una distinzione fra critica (*legittima*) alle istituzioni democratiche e manifestazione (*illegittima*) «*diretta a negare ogni rispetto, prestigio, fiducia all'istituzione considerata, inducendo i destinatari al disprezzo di questa o, addirittura, a ingiustificate disobbedienze*», spettando al giudice di merito il compito di «*distinguere, caso per caso, la critica dalla condotta vilipendiosa*». Il vilipendio si concretizzerebbe nella critica rozza, immotivata, con mero intento denigratorio, limitata ad una manifestazione di disprezzo in cui è implicita la negazione di valore dell'entità vilipesa.

A prescindere da ogni considerazione sulla tenuta della *ratio decidendi* della pronuncia, la quale mantiene la punizione di manifestazioni di pensiero, in presenza dell'art. 21 Cost., costruendo limiti esterni penali alla libertà riconosciuta dalla Costituzione, non vi è chi non veda come in tal caso si verifichino effetti rilevanti sulla determinatezza della fattispecie penale. Non essendoci un criterio univoco per distinguere fra critica e vilipendio, la Corte affida al giudice il compito di tracciare il confine fra le condotte lecite e quelle vietate.

Allo scopo di adeguare il codice Rocco ai valori costituzionali, la Corte introduce alcuni criteri nel giudizio sulla determinatezza della legge penale, che condizioneranno anche la giurisprudenza successiva: in primo luogo, si afferma che per valutare la sufficiente determinatezza di una fattispecie penale non ci si possa limitare ad un mero esame dell'enunciato linguistico; in secondo luogo, si ammette che la valutazione sulla chiarezza di una legge penale comporti dunque la possibilità per lo stesso giudice costituzionale di rendere più chiaro l'enunciato normativo, attraverso interventi interpretativi

---

con approfondimenti sulla determinatezza della fattispecie, che si tratteranno più avanti (par. 8) dalla recente sent. n. 519 del 2000, in *G.U.*, *I serie spec.*, 29 novembre 2000, n. 49, p. 53.

[131] In *Giur. cost.*, 1974, I, p. 73; analogamente, v. sentt. nn. 180 e 183 del 1974, *ivi*, 1974, p. 1620 e 1624; nn. 7 e 188 del 1975, *ivi*, 1975, p. 22 e 1508. Considerazioni critiche nei confronti dell'utilizzazione del concetto di vilipendio possono trovarsi in G. Conso, *Contro i reati di vilipendio*, in *Indice pen.*, 1970, p. 550 ss.; D. Pulitanò, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia*, 1970, p. 192 ss.; E. Gallo-E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, p. 140 ss.

(o anche manipolativi); infine, si ritiene sufficientemente determinata la stessa legge penale, pur affidando ai giudici comuni il compito di selezionare i comportamenti punibili, attraverso valutazioni discrezionali.

Nella sent. n. 188 del 1975 [132], la Corte costituzionale rafforza questa impostazione, con una decisione di rigetto interpretativa dell'art. 403 c.p. (*Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone*), che si richiama alla *ratio decidendi* della sent. n. 20 del 1974. In essa il giudice costituzionale afferma che «la necessaria tassatività della fattispecie non si risolve, né si identifica nella più o meno completa descrittività della stessa», specificando che in tali casi è rimesso «*al giudice di puntualizzare specificatamente il contenuto di riferimenti in apparenza indeterminati (…)*» [133]. Spinta dall'esigenza di salvare alcune fattispecie contenute nel codice Rocco, incostituzionali se interpretate alla lettera, la Corte costituzionale modifica l'originaria concezione del principio di determinatezza della legge penale, legata ad un enunciato normativo letteralmente chiaro e idoneo a fare del giudice il semplice applicatore della legge.

Ma vi è di più: in alcuni casi, la forzatura dell'enunciato normativo non è determinata da un'oggettiva possibile mancanza di chiarezza della fattispecie penale, come nel caso delle condotte «vilipendiose», bensì dall'esigenza dello stesso giudice costituzionale di salvare a tutti i costi alcune norme da una pronuncia di incostituzionalità.

Si tratta di pronunce interpretative in cui si verifica un totale scollamento fra enunciato originario e significato del precetto penale conforme a Costituzione, rispetto alle quali il principio di determinatezza viene profondamente modificato: nella sent. n. 9 del 1965 [134], in tema di «*incitamento a pratiche contro la procreazione*», alla norma penale, nata per tutelare l'integrità della stirpe, e quindi per punire qualsiasi manifestazione contraria alla procreazione, viene assegnato il compito di proteggere il buon costume, con conseguente selezione delle manifestazioni effettivamente vietate; nella sent. n. 38 del 1961, in tema di «*autorizzazione all'esercizio dell'arte tipografica, delle arti affi-*

---

[132] In *Giur. cost*., 1975, I, p. 1508 ss.

[133] Importante ricordare che recentemente è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 402 c.p. (*Vilipendio alla religione cattolica*), per contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto discriminatorio nei confronti di religioni diverse da quella cattolica: v. sent. n. 508 del 2000, cit., p. 17.

[134] In *Giur. cost*., 1965, p. 61 ss., con note di M. Mazziotti, *Incitamento a pratiche contro la procreazione e Costituzione* (p. 67) e di F. Sorrentino, *L'art. 553 c.p. nell'interpretazione «adeguatrice» della Corte* (p. 73). Di nuovo chiamata a decidere sulla stessa questione, la Corte la risolverà successivamente nel senso dell'incostituzionalità (v. sent. n. 49 del 1971, in *Giur. cost.*, 1971, I, p. 499, con nota di A. Pizzorusso, *Dalle «doppie pronunce» alle decisioni «overruling»*).

*ni e di qualsiasi altro mezzo idoneo alla divulgazione del pensiero*», la norma penale viene trasformata in limite «*esterno*» alla libertà di manifestazione del pensiero [135]; nella sent. n. 16 del 1973, in tema di «*istigazione a disobbedire all'ordine militare*», la Corte distingue fra l'istigazione, che è incitamento all'azione, e la semplice manifestazione del pensiero [136].

Infine, la Corte costituzionale, spingendo fino in fondo l'esigenza di adeguamento del vecchio codice ai valori costituzionali, adotta decisioni manipolative, che giungono a modificare formalmente l'enunciato linguistico, riducendo (in alcuni casi soltanto apparentemente) l'area di punibilità della norma penale. In tutti questi casi, assistiamo ad una vera e propria riformulazione dell'originario enunciato, con una evidente lesione del principio che riserva al solo legislatore il compito di creare reati e pene. Ma, soprattutto, risulta lesa in modo irreparabile la determinatezza della fattispecie penale, composta dall'enunciato linguistico e dal dispositivo della decisione costituzionale, il quale, poi, come nel caso della famosa decisione n. 27 del 1975 in tema di aborto, rinvia anche alla motivazione, con un'integrazione a diversi livelli della fattispecie penale [137].

Le decisioni manipolative in materia penale tracciano un solco profondo nella trasformazione del principio di determinatezza della legge penale, pur costituendo un aspetto estremo e, proprio per questo, limitato, della giurisprudenza costituzionale di «*salvataggio*» del codice Rocco, reso evidente anche dalle numerose «ribellioni» dei giudici comuni che ritenevano di non adeguarsi al dispositivo di sentenze ritenute lesive dell'art. 25, secondo comma, Cost. [138].

Tali decisioni, infatti, contribuiscono, da una parte, massicciamente all'adeguamento del codice Rocco ai valori costituzionali, adeguamento che costituisce una delle cause della perdita di sistematicità del diritto penale, che si riflette, come abbiamo sopra illustrato, anche sulla determinatezza delle singole fattispecie penali; dall'altra parte, con tali decisioni, la Corte imbocca una strada che approfondirà occupandosi di fattispecie indeterminate, decidendo di intervenire direttamente sull'enunciato linguistico, per rendere più chiara una fattispecie penale, ritenendo di averne i poteri.

---

[135] In *Giur. cost*., 1961, p. 683 ss., con nota di E. Cheli, *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla manifestazione del pensiero.*

[136] In *Giur. cost*., 1973, p. 87 ss., con nota di G. Lombardi, *Lo Stato può difendersi, … ma non può esagerare.*

[137] Sul tema e sulle specifiche decisioni, si veda, M. D'amico, *Sulla costituzionalità*, cit., p. 254 ss. e *Note introduttive*, cit., p. 103 ss.

[138] Cfr. C. Pedrazzi, *Sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 444 ss.; Id., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, *ivi*, 1975, p. 646 ss.; V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., p. 254 ss.

## 4.3. Chiarezza della norma e intellegibilità del comportamento descritto: la Corte utilizza il principio di determinatezza per dichiarare l'incostituzionalità del delitto di plagio

Il primo caso nel quale l'art. 25, secondo comma, Cost. viene utilizzato per dichiarare incostituzionale una norma penale non riguarda direttamente il profilo linguistico, o semantico, bensì il rapporto fra la fattispecie astratta e la sua corrispondenza a comportamenti concreti [139]. Nella sent. n. 96 del 1981 viene ritenuto incostituzionale il delitto di «plagio», non già per una difettosa formulazione letterale della fattispecie, ma perché l'ipotesi in essa formulata non esprimeva una fattispecie corrispondente alla realtà: secondo la Corte «*il fenomeno ipotizzato dal legislatore deve essere effettivamente accertabile dall'interprete in base a criteri razionalmente ammissibili allo stato della scienza e dell'esperienza attuale*» [140].

Nella decisione viene introdotta un'opportuna distinzione fra due profili del principio di determinatezza: l'intelligibilità semantica, da un lato, e la reale sussistenza dell'ipotesi descritta dalla fattispecie, dall'altro: la Corte, infatti, qualifica l'ipotesi verificatasi nella fattispecie attinente al plagio come eccezionale, in un contesto nel quale il giudice costituzionale aveva ritenuto legittimo l'impiego di «*espressioni indicative o di valore*».

Nella motivazione, il giudice costituzionale intende dimostrare, con argomenti storici, che l'ipotesi descritta dal legislatore si riferisce a un fenomeno non esistente nella realtà: decisiva, però, nell'*iter* argomentativo è la constatazione che, nell'applicazione giurisprudenziale, la norma si presta ad interpretazioni non univoche [141].

Il rinvio alla giurisprudenza, quale criterio ultimo e decisivo, costituisce,

---

[139] Nel senso teorizzato da A. v. FEUERBACH, *Lehrbuch*, cit., p. 41 ss.

[140] In *Giur. cost*., 1981, I, p. 804, con nota di P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza della realtà empirica delle previsioni legali di reato.* Sulla decisione, si vedano anche M. BOSCARELLI, *A proposito del principio di «tassatività»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1981, p. 1147 ss. e R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, pp. 151-153. Riteneva conforme a Costituzione l'art. 603 c.p., se interpretato restrittivamente, P. NUVOLONE, *Considerazioni sul delitto di plagio*, ora in ID., *Il diritto penale degli anni settanta, studi*, Padova, 1982, pp. 284-285.

[141] Il giudice costituzionale dimostra, infatti, che l'unica sentenza di condanna per «plagio» si fonda su un'interpretazione estensiva della norma, tendente a definire «plagio» anche una soggezione di natura psichica, non implicante necessariamente «*il totale stato di soggezione provocato dall'azione del plagiante*» e «*la totale soppressione della libertà di determinazione del plagiato*» – profili ritenuti indispensabili, insieme all'elemento materiale del ricavo di un lucro o, in ogni caso, di un profitto – nelle più risalenti interpretazioni.

come vedremo, uno dei principi che il giudice costituzionale approfondirà nella sua successiva giurisprudenza.

A distanza di quindici anni, il criterio utilizzato nella decisione sul plagio, viene applicato per dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 708 c.p. (*possesso ingiustificato di valori*), ritenuto lesivo, nella sent. n. 370 del 1996 [142], del principio di tassatività, oltre che del principio di ragionevolezza. Anche in questo caso, la *ratio decidendi* si incentra sull'inconsistenza del comportamento descritto dalla fattispecie penale, dimostrata attraverso un'analisi storica.

Rispetto alla decisione sul plagio, troviamo importanti differenze ed analogie: analogie, perché anche in questo caso l'espressione linguistica utilizzata dal legislatore è chiara, ma essa colpisce un comportamento non sufficientemente tipizzato e perché, inoltre, la carenza di determinatezza viene ad emersione nel tempo (in particolare, è la nuova realtà economica a rendere più sfumata e inconsistente tale fattispecie); differenze, perché mentre il delitto di «plagio» corrisponde ad un comportamento in assoluto non provabile scientificamente, nel possesso ingiustificato di valori l'ipotesi è esistente e reale, ma non corrisponde più ad un comportamento meritevole di tutela penale, comportando un *deficit* di tassatività che determina l'irragionevolezza della limitazione della fattispecie punitiva ad una sola categoria di persone.

## 5. La progressiva affermazione e l'approfondimento del giudizio costituzionale sulla determinatezza della legge penale

### 5.1. La chiarezza della norma sotto il profilo linguistico

La sistemazione teorica del principio di determinatezza della legge penale è compiuta dalla Corte nella sent. n. 247 del 1989 [143]: di essa è sintomo la tra-

---

[142] In *Giur. cost*., 1996, p. 3351 ss., con osservazioni di G. INSOLERA, *Un deludente epilogo* e di D. MICHELETTI, *Una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta» per «inadeguatezza» della tutela in materia di reati di sospetto*. La decisione è commentata ampiamente da A. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 944 ss.

[143] In *Giur. cost*., 1989, p. 1133 ss. Si tratta di questione attinente l'art. 4, n. 7, legge 7 agosto 1982, n. 516 (*Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 10 luglio 1982, n. 429, recante norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto (…)*), il quale, punendo la condotta di «chi, essendo titolare di redditi di lavoro autonomo o di impresa, redige le scritture contabili obbligatorie, la dichiarazione annuale dei redditi ovvero il bilencio o rendiconto ad essa allegato, dissimulando comportamenti positivi o simulando

sformazione del termine *tassatività* in *determinatezza*. Questa trasformazione ha un profondo significato: sembra quasi che la Corte costituzionale, dopo aver a lungo ignorato, dal punto di vista pratico, l'esistenza del principio, voglia invece ora valorizzarla al massimo, individuando un concetto autonomo di «determinatezza» [144].

Occorre mettere nel dovuto rilievo la circostanza che, per applicare positivamente il principio di determinatezza, il giudice costituzionale recuperi i presupposti teorici del medesimo che, nel corso dei secoli, si erano perduti, come si è sopra rilevato. Secondo la Corte, infatti, il giudizio sulla chiarezza della singola espressione linguistica (nella specie, si trattava di «*misura rilevante*») non può prescindere da un esame di essa «*nel contesto della fattispecie di cui la misura stessa fa parte*»; Essa sottolinea, inoltre, che «la determinatezza dell'indicazione legislativa del significato d'un termine (o d'una espressione) non può stabilirsi prescindendo dal *rapporto* che *lo stesso termine ha con gli altri elementi della fattispecie* e dalla *relazione* che *l'intera fattispecie del delitto* previsto dall'art. 4, n. 7, del D.L. cit. *ha con le altre ipotesi delittuose* previste nello stesso articolo*, con le ipotesi contravvenzionali di cui all'art. 1 e con il sistema tutto dei reati tributari*».

La Corte qualifica dunque e applica il principio di determinatezza come concetto *relazionale*, recuperando una prospettiva che era ben presente al momento della nascita del medesimo e che successivamente si era perduta, specificando che la fattispecie penale deve risultare prodotto della scelta legislativa «*relativa a tutto o gran parte del tipo di disvalore di un illecito*», tale da rendere il giudice «*non più libero di scegliere significati tipici*».

Nella decisione, però, la rigorosa impostazione teorica sul nucleo «forte» del principio di determinatezza viene utilizzata per salvare la norma impugnata dalla censura di incostituzionalità: nella specie, secondo la Corte costituzionale, l'espressione «*misura rilevante*», di per sé generica, non appartenendo al «*tipo*» (la misura rilevante indica il peso del carico offensivo del

---

comportamenti negativi del reddito *tali da alterare in misura rilevante il risultato della dichiarazione* (…)» sarebbe lesivo dell'art. 25, secondo comma, Cost., nella parte in cui esige la determinatezza della fattispecie penale: nella decisione, la Corte rigetta la questione «nei sensi e nei limiti di cui in motivazione».

[144] Chiarisce il giudice costituzionale che «esistono autorevoli dottrine che ritengono distinti i significati dei due termini, seguendo le stesse dottrine, si tratta, in questa sede, appunto di decidere sulla determinatezza quale modo (di formulazione e, conseguentemente) di essere della norma (o di un suo elemento, la «misura rilevante») (…)», precisando che, essendo il termine determinatezza utilizzato in modo più ampio rispetto a quello di tassatività, «l'uso del termine «determinatezza» consente di prescindere, in questa sede, dal dibattito relativo alla distinzione tra la specie «tassatività» e il genere «determinatezza», che, appunto, il primo (di specie) ricomprenderebbe senza in esso esaurirsi» (sent. *ult. cit*., p. 1137).

delitto, ma non entra a fare parte della qualità offensiva del delitto stesso) non è lesiva del principio di determinatezza: «solo quando il legislatore avesse fatto ruotare l'intero o gran parte del disvalore offensivo del fatto sulla «misura rilevante» dell'alterazione, si sarebbero violati gli artt. 3, primo comma, e 25, secondo comma, Cost.: solo in tal caso, infatti, il legislatore avrebbe reso il giudice «*veramente arbitro del lecito e dell'illecito*».

## 5.2. Applicazione del principio di determinatezza attraverso decisioni «manipolative»

Chiamata nuovamente a giudicare sulla legittimità costituzionale della norma oggetto della sent. n. 247 del 1989 – l'art. 4, primo comma, D.L. 10 luglio 1982, n. 429 –, la Corte costituzionale, nella sent. n. 35 del 1991, prendendo atto del mancato adeguamento da parte dei giudici alla propria interpretazione, ne dichiara l'incostituzionalità parziale «*nella parte in cui non prevede che la dissimulazione di componenti positivi o la simulazione di componenti negativi del reddito debba concretarsi in comportamenti artificiosi*» [145].

La decisione fa leva sul precedente, nel quale si era esclusa la possibilità di applicare la norma nel caso di semplice omissione della dichiarazione di componenti positivi del reddito o nel caso di dichiarazione della sussistenza di componenti negativi, ma si era richiesto che la condotta punibile si esprimesse «*in forme corrispondenti a quelle necessarie per integrare le diverse ipotesi di frode fiscale, di cui ai nn. 1-6 dello stesso primo comma dell'art. 4, e cioè in forme oggettivamente artificiose, fraudolente*».

Dunque, l'approdo della giurisprudenza costituzionale, che fonda il principio di determinatezza su una concezione «*tipologica*» della norma, non esclude il ricorso a integrazioni di tipo interpretativo o, come nel caso in esame, addirittura, manipolativo.

Si tratta, ovviamente, di un'evoluzione del principio di determinatezza della legge penale, nato per tracciare il confine fra legislatore e giudici, e ora ritenuto soddisfatto attraverso l'intervento del giudice costituzionale, integrativo della fattispecie [146].

In quest'ottica, la Corte interviene nuovamente, nella decisione n. 185 del 1992, la quale affronta un problema apparentemente più specifico, e cioè il

---

[145] In *Giur. cost.*, 1991, p. 217 ss.

[146] Su tale profilo, però, vi sono importanti aperture da parte della dottrina. v. A. Pagliaro, *Valori e principi*, cit., p. 64 ss. e G. Contento, *Clausole generali*, cit., pp. 116-117.

caso di indeterminatezza dovuta ad un errore materiale da parte del legislatore [147].

La Corte, però, pur riconoscendo la portata dell'errore del legislatore, nel riferirsi ad un articolo, anziché ad un altro, risolve la questione in termini molto più generali, facendo emergere un profilo nuovo del principio di determinatezza. Essa si richiama alla famosa decisione n. 364 del 1988, nella quale si era dichiarata l'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p., inserendo quale errore inevitabile e quindi scusabile, anche l'«*assoluta oscurità del testo legislativo*», affermando che tale pronuncia, prima ancora di incidere sul piano della colpevolezza, avesse inteso riferirsi al «*contenuto del principio di determinatezza stabilito dall'art. 25, secondo comma, Cost., inteso non soltanto quale garanzia contro l'arbitrio del giudice, ma anche quale presidio della libertà e della sicurezza dei cittadini*». Proprio l'errore materiale in cui è incorso il legislatore nel formulare la fattispecie in esame costituirebbe, secondo il giudice costituzionale, per il cittadino «*un'insidia, palesemente idonea ad impedirgli la comprensione del precetto penale o, quantomeno, a fuorviarlo*» [148].

La soluzione, a questo punto, è obbligata: la Corte è costretta a riformulare la norma, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 25, sesto comma, D.P.R. 24 maggio 1988, n. 203 «*nella parte in cui fa riferimento all'autorizzazione prescritta dall'art. 13, anziché all'autorizzazione prescritta dall'art. 15*», chiarendo che, in ogni caso, tale intervento normativo non avrebbe l'effetto di creare «*un precetto penale nuovo rispetto a quello dettato dal legislatore. Il carattere evidente del* lapsus *risultante dal testo normativo fa sì che la correzione da apportare è solo rivolta a far corrispondere pienamente la lettera della legge alla volontà che il legislatore intendeva enunciare (…)*».

Seguendo l'impostazione della Corte, dunque, l'art. 25, secondo comma, Cost., nella parte in cui esprime il principio di determinatezza della legge penale, non è utilizzato per caducare *in toto* norme indeterminate, a causa di errori del legislatore, se tale indeterminatezza può essere eliminata, attraverso un intervento correttivo del giudice costituzionale sul precetto penale. L'art. 25, secondo comma, Cost. si rivolge al legislatore e alla Corte costitu-

---

[147] In *Giur. cost.*, 1992, p. 1333, con nota di R. Guastini, *Errore materiale del legislatore e interpretazione correttiva della legge penale* (p. 1339) e di G.U. Rescigno, *L'errore materiale del legislatore, la cattiva redazione delle leggi e la Corte* (p. 2418 ss). Positivo il giudizio nei confronti della decisione da parte di G. Marinucci-E.Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 73-74; la decisione è invece ritenuta lesiva del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. da R. Guastini, *op. ult. cit.*, p. 1342 ss.

[148] Un'analisi della decisione n. 364 del 1988 e dei suoi riflessi sul rapporto fra lo Stato e il cittadino è compiuta nel volume a cura di A.M. Stile, *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, 1989 (v. in particolare, i contributi di D. Pulitanò (p. 61 ss.); F.C. Palazzo (p. 149 ss.); P. De Felice (p. 205 ss.)).

zionale, richiedendo interventi correttivi, finalizzati ad una migliore comprensione da parte dei cittadini della legge penale, e, quindi, ad un migliore rapporto fra Stato e cittadini stessi, nell'ottica espressa dalla Corte costituzionale nella sent. n. 364 del 1988 [149].

In un altro caso recente, la sent. n. 34 del 1995 [150], l'applicazione del principio di determinatezza conduce ad una dichiarazione di incostituzionalità parziale, nella quale la Corte non integra il precetto penale, ma si limita a caducarne la parte indeterminata [151]. Oggetto del giudizio costituzionale è una norma penale che punisce lo straniero che «*non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente*»: l'espressione utilizzata dal legislatore risulta indeterminata, non essendo possibile stabilire «*né il grado dell'inerzia punibile, né il tempo entro il quale la condotta doverosa ipotizzata dal legislatore debba essere compiuta*».

La Corte ritiene indispensabile rimuovere la parte della disciplina indeterminata, chiarendo che tale indeterminatezza rende il destinatario del comando penale «*nell'impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi per evitare di soggiacere alle conseguenze della sua inosservanza*» (tanto più che il precetto è rivolto esclusivamente a stranieri) e affida la sua interpretazione «*all'arbitrio dell'interprete*» [152].

Un profilo nuovo nella costruzione dell'impianto teorico del principio di determinatezza, quale canone interpretativo dei giudizi costituzionali, è il collegamento stabilito nella decisione fra l'art. 25, secondo comma, Cost. e l'art. 24, secondo comma, Cost., che tutela il diritto di difesa: una norma indeterminata, chiarisce la Corte, comporta in ogni caso l'impossibilità per il destinatario di potersi difendere nel processo, provando elementi della propria condotta, che non sono chiariti dal precetto normativo.

---

[149] Secondo R. GUASTINI, però, si sarebbe invece dinanzi ad una violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., anziché ad una lettura più evoluta (*op. ult. cit.*, p. 1342).

Nei paesi di *Common Law* i giudici hanno il compito di salvare la norma «vaga», attraverso un'interpretazione giurisprudenziale che garantisca, per il futuro, un significato chiaro: così, E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Pol. del dir.*, 1996, p. 474.

[150] In *Giur. cost.*, 1995, p. 352 ss

[151] Tale pronuncia si pone in linea con il sindacato sulla misura della pena, che vede numerosi interventi manipolativi: sul problema, v. F. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.

[152] Da notare che nella decisione vi è un significativo rinvio ai canoni elaborati nella pregressa giurisprudenza, e, in particolare al criterio che abbiamo denominato «*relazionale*», in base al quale la verifica del rispetto del principio di determinatezza non va condotta tenendo presente soltanto la singola norma, bensì «considerando questa nell'ambito della disciplina in cui si inserisce».

## 6. Il «diritto vivente» rende determinato un enunciato normativo indeterminato

In alcune decisioni, la Corte costituzionale, approfondendo l'analisi del rapporto fra integrazione del precetto normativo e attività interpretativa, supera i dubbi sull'indeterminatezza degli enunciati normativi, richiamando il c.d. «*diritto vivente*» [153].

Due sono i filoni applicativi sviluppati nella giurisprudenza costituzionale.

Da un lato, vi sono pronunce nelle quali vengono rigettate censure di indeterminatezza delle fattispecie normative, in quanto, secondo il giudice costituzionale, le norme censurate risulterebbero chiaramente applicate, e quindi applicabili in modo univoco, alla luce di indirizzi interpretativi consolidati.

Appartengono a questo filone le decc. nn. 983 del 1988, in tema di tutela delle bellezze naturali [154]; 11 del 1989, in tema di possesso di «*armi giocattolo*» [155]; 122 del 1993, in tema di reati ambientali (sotto il profilo sanzionatorio) [156]; 247 del 1997, in tema di tutela di bellezze naturali [157]. In tutti questi casi, la Corte afferma che «*la costante enunciazione di coerenti statuizioni da parte della stessa Corte di Cassazione fuga ogni preoccupazione di incertezza circa le conseguenze penali della violazione della norma impugnata*». Tale filone giurisprudenziale è sintomo di una profonda trasformazione del principio di determinatezza della legge penale, il cui rispetto non si esaurisce sul piano dell'enunciato linguistico, ma investe la concreta applicazione giurisprudenziale.

Da altro lato, però, abbiamo pronunce nelle quali, non essendo di fronte ad un diritto vivente consolidato ed univoco, la Corte costituzionale tenta di imporre, attraverso la propria interpretazione conforme a Costituzione, una linea interpretativa, interferendo così con il ruolo spettante ai giudici comuni [158].

---

[153] Su tale argomento, si rinvia ad A. Pugiotto, *Sentenze normative*, cit., p. 4219 ss.

[154] In *Giur. cost*., 1988, I, p. 4641 ss.

[155] In *Giur. cost*., 1989, I, p. 26 ss.

[156] In *Giur. cost*., 1993, p. 1008 ss.

[157] In *Giur. cost*., 1997, p. 2328 ss.

[158] Diverso è il caso della sent. n. 117 del 1994, in *Giur. cost*., 1994, p. 994 ss., dove la Corte costituzionale rigetta la questione sulla base di una propria autonoma interpretazione, senza richiamarsi ad indirizzi giurisprudenziali consolidati. Anche nella sent. n. 312 del 1996 (in *Giur. cost*., 1996, p. 2575), la Corte costituzionale, giudicando una questione su una norma che impone al datore di lavoro di «ridurre al minimo, in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, i rischi derivanti da esposizione al rumore mediante misure tecniche, organizzative e procedurali, concretamente attuabili, previlegiando gli interventi alla fonte», ritiene infondata la questione «*nei sensi di cui in motivazione*». La Corte interpreta in sen-

Nella sent. n. 31 del 1995 [159], la Corte giudica la punizione penale del reato di «*rivolta*» dei militari, il quale, ad avviso del giudice *a quo*, sarebbe stato lesivo del principio di determinatezza, utilizzando l'espressione «*abbandonandosi ad eccessi*».

Secondo il giudice costituzionale, alla fattispecie penale è dato «*un significato chiaro, preciso, determinato*», giacché la giurisprudenza militare interpreta l'espressione censurata come riferita ad «*atti di intensa indisciplina concretanti una minacciosa pressione morale collettiva sulla volontà dei superiori*».

Tuttavia, a nostro avviso, non basta il richiamo ad alcune applicazioni giurisprudenziali univoche per rendere davvero chiaro il confine fra lecito e illecito, dinanzi ad espressioni linguistiche indeterminate; inoltre, il superamento di una censura di indeterminatezza sollevata da un giudice che non si riconosce nell'interpretazione dominante potrebbe comportare la violazione dell'art. 101, primo comma, Cost., secondo il quale «*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*».

Delle due l'una: o si riconosce ad ogni giudice la possibilità di interpretare la legge liberamente – e allora, in tal caso, la Corte dovrà necessariamente espungere dall'ordinamento norme indeterminate, quale quella in esame, in quanto l'art. 25, secondo comma, Cost. esige che la legge penale renda chiaro a *tutti* i soggetti il confine fra lecito e illecito, sulla base del proprio enunciato linguistico, e non della sua sola applicazione –; oppure la Corte ritiene che l'art. 25, secondo comma, Cost. comporti una limitazione della libertà interpretativa di ogni giudice, costretto a seguire l'interpretazione dominante, per rendere chiaro e stabile il contenuto della fattispecie penale. Nel caso in esame, la Corte costituzionale, concludendo con una decisione interpretativa di rigetto, che rinvia all'interpretazione dominante, interpretazione che, secondo la Corte, renderebbe chiaro un precetto altrimenti indeterminato, sembra optare per quest'ultima ipotesi: tale soluzione, però, comporta non trascurabili riflessi sul rapporto fra giudici comuni e Corte costituzionale, nonché sullo stesso principio di «*costituzionalità*», attuato attraverso un controllo incidentale «*ad iniziativa diffusa*» [160].

---

so restrittivo l'espressione «misure concretamente attuabili», generica ad avviso del giudice *a quo*, senza alcun riferimento al modo in cui la norma stessa avrebbe già trovato applicazione.

[159] In *Giur. cost*., 1995, p. 336 ss., con nota di P.P. Rivello, *Gli «eccessi» di cui all'art. 174, primo comma, n. 3, c.p.m.p. ed il principio di determinatezza della fattispecie criminosa*.

[160] Ritiene giustamente che decisioni come questa modifichino anche il significato e la funzione del «*diritto vivente*», A. Pugiotto, *Sentenze normative*, cit., p. 4219 ss.

## 7. Norme penali «in bianco» e determinatezza della fattispecie

La giurisprudenza costituzionale sulle c.d. norme penali «*in bianco*» [161], pur riguardando direttamente il principio di legalità sotto il profilo della riserva di legge, concernendo la costituzionalità di norme che consentono un'integrazione del precetto penale da parte di fonti secondarie, svolge importanti argomenti che si riflettono anche sul problema di cui ci stiamo occupando, quello della determinatezza.

Per lungo tempo, la Corte costituzionale ha infatti rigettato questioni di legittimità costituzionali aventi ad oggetto norme penali «*in bianco*», per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., affermando che «*il principio di legalità in materia penale è soddisfatto, allorquando la legge determina con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale*» [162].

È nella sent. n. 282 del 1990 [163], che la Corte costituzionale accoglie una questione sollevata su una norma penale in bianco, per violazione, sia del principio della riserva di legge, sia – ed è questo il profilo che maggiormente ci interessa – del principio di determinatezza. Il principio di determinatezza, valorizzato attraverso il richiamo a due precedenti importanti (la sent. n. 364 del 1988, sull'art. 5 c.p., e la sent. n. 247 del 1989, *supra*, cap. 5), costituisce il punto centrale della decisione. Richiamando la propria giurisprudenza pregressa, la Corte, non volendo e non potendo risolvere il problema in via generale e definitiva, statuisce il principio secondo il quale integrazioni da parte di fonti diverse sono ammesse, purché il legislatore circoscriva con sufficiente determinatezza gli elementi essenziali della fattispecie punitiva.

Nel caso concreto [164], la Corte ritiene che la norma impugnata difetti pro-

---

[161] Cfr. G. Leone, *Le norme penali in bianco*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale*, 1932, I, p. 24 ss.

[162] V. sentt. nn. 103 del 1957, in *Giur. cost*., 1957, p. 976; 52 del 1958, *ivi*, 1958, p. 598; 35 del 1959, *ivi*, 1959, p. 667; 20 del 1960, *ivi*, 1960, p. 200; 36 e 40 del 1964, *ivi*, 1964, p. 484 (con nota di G. Amato, *Sufficienza e completezza della legge penale*); 16 e 30 del 1965, *ivi*, 1965, p. 169 e 283; 26 del 1966, *ivi*, 1966, p. 259 (con nota di G. Amato, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25 Cost.*).

[163] In *Giur. cost*., 1990, I, p. 1755 ss.

[164] Si trattava di questione avente ad oggetto l'art. 1, legge 7 dicembre 1984, n. 818 (*Nulla osta provvisorio per le attività soggette ai controlli di prevenzione incendi*), estesa dalla Corte costituzionale anche all'art. 5 della legge medesima, per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., sia sotto il profilo della riserva di legge, sia sotto il profilo della determinatezza: tali norme stabiliscono la sanzione penale conseguente all'inosservanza dell'obbligo di richiedere o rinnovare il certificato di prevenzione incendi e rinviano ad una fonte secondaria la determinazione dei soggetti destinatari.

prio di una sufficiente determinazione legislativa degli elementi essenziali della fattispecie penale: affidando all'amministrazione il compito di determinare tutti i termini normativi rilevanti per l'individuazione del fatto tipico, verrebbe infatti contraddetto il principio che sia «*solo la legge dello Stato a stabilire, con sufficiente precisione, gli estremi del fatto*». Secondo la Corte, dunque, la disciplina censurata sarebbe incostituzionale, in quanto, da un lato, lederebbe la riserva di legge, con il «*totale rinvio al regolamento o all'atto amministrativo "subordinato" (…) nella persistenza del potere dell'amministrazione di modificare l'atto stesso (…)*», dall'altro introdurrebbe «*incertezze sul contenuto essenziale dell'illecito penale*».

Si potrebbe sostenere che la tecnica della norma penale in bianco violerebbe in ogni caso la necessaria *determinatezza* della legge penale, delegando ad una fonte secondaria il compito di tracciare il confine fra lecito e illecito: quel che colpisce nella decisione, però, è che il giudice costituzionale richiami il principio di determinatezza quale profilo autonomo della motivazione, contrapponendosi ad un indirizzo consolidato, nel quale veniva escluso *a priori* che il rinvio ad una fonte secondaria comportasse la violazione del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. [165].

In una decisione successiva, la n. 199 del 1993 [166], la Corte costituzionale, chiamata ad affrontare nuovamente il problema dell'integrazione della fattispecie penale da parte di fonti secondarie, applicando i criteri della sent. n. 282 del 1990, rigetta una questione avente ad oggetto la punizione penale dell'«*esercizio abusivo della professione*». Secondo il giudice costituzionale, l'art. 348 c.p. esprimerebbe con sufficiente determinazione gli elementi essenziali del precetto penale, non venendo quindi a fare parte della sua struttura anche le specifiche norme di livello secondario che stabiliscono requisiti e caratteristiche per ottenere l'«*abilitazione*» ad esercitare la professione, con la conseguenza che una eventuale indeterminatezza della norma secondaria non inficierebbe la determinatezza della norma primaria.

Il sindacato sulle norme penali «*in bianco*» consente al giudice costituzionale di chiarire e approfondire il legame tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie penale, escludendo tuttavia dal proprio sindacato valutazioni sulla determinatezza di norme secondarie eventualmente integrative della fattispecie stessa.

---

[165] V. decisioni citate alla nota 162.

[166] In *Giur. cost.*, 1993, p. 1359 ss.

## 8. La recente giurisprudenza costituzionale: attenzione al profilo interpretativo e ingresso del principio di offensività nel giudizio sulla determinatezza della fattispecie penale

In alcune recenti decisioni la Corte costituzionale approfondisce ulteriormente l'analisi della determinatezza della legge penale, offrendo nuove importanti chiavi di lettura all'interprete, sia per ciò che attiene agli aspetti teorici del principio, sia, naturalmente, per i suoi risvolti pratici.

Nella sent. n. 447 del 1998 [167], in tema di abuso d'ufficio, la Corte costituzionale, rispondendo alle censure sollevate da alcuni giudici nei confronti della nuova formulazione dell'art. 323 c.p., in quanto troppo restrittiva, riafferma la centralità del principio di legalità in materia penale, affidato al legislatore. In tale decisione, la *ratio* del principio di determinatezza viene identificata nel divieto di «*lasciare che la individuazione della condotta incriminata dipenda da valutazioni discrezionali del giudice e quindi non sia prevedibile da parte del destinatario della legge penale*».

Significativo il richiamo alla sent. n. 364 del 1988, anche se già operante in decisioni precedenti: rifacendosi all'impostazione in base alla quale il rapporto fra singolo e Stato in ordine alla obbedienza della legge penale si fonda su un reciproco intrecciarsi di diritti e doveri, fra cui spicca l'onere dello Stato di produrre leggi «chiare» e conoscibili dai cittadini, si consolida il principio secondo il quale la qualità della legge penale costituisce un dovere per lo Stato, contenuto nell'art. 25, secondo comma, Cost. e non soltanto nell'art. 3, secondo comma, Cost.

In altre decisioni, il giudice costituzionale porta alla luce un principio nuovo e diverso nell'interpretazione della determinatezza della legge penale, che era già emerso nella sua giurisprudenza pregressa, ma che raggiunge ora grande chiarezza. Si tratta del principio in base al quale la valutazione sulla qualità della legge penale non dipende esclusivamente da un'analisi dell'operato del legislatore, ma è condizionata anche, e in larga misura, dall'interpretazione e dall'applicazione da parte dei giudici, costituzionali e comuni.

Nella sent. n. 69 del 1999 [168], la Corte costituzionale, ritenendo che le censure di indeterminatezza sollevate riguardassero non già «un reale *deficit* di determinatezza della struttura astratta delle norme in questione», bensì piuttosto «*l'uso patologico di tali fattispecie incriminatrici ad opera della magistratura inquirente e di merito – uso ampiamente contrastato dalla prevalente giuri-*

[167] V. *Giur. cost*., 1998, p. 3721.

[168] La decisione può leggersi in *Giur. cost*., 1999, p. 788.

*sprudenza di legittimità* –», ritiene «compatibile con il dato testuale (come in effetti seguita dalla prevalente giurisprudenza) una lettura della norma denunciata che, eliminando i possibili margini di indeterminatezza della fattispecie, consente di superare il dubbio di costituzionalità». Risulta in modo non equivoco da tale decisione che il rispetto del principio di determinatezza coinvolge non solo il legislatore, nella formulazione *astratta* della norma, ma anche i giudici, costituzionale e comuni, nella sua applicazione *concreta*.

Nella decisione n. 263 del 2000 [169], la Corte costituzionale, in una questione avente ad oggetto l'art. 120 c.p.m.p., il quale assoggetta alla sanzione della reclusione militare fino ad un anno la violazione della consegna avuta [170], ritiene che le censure siano infondate, dal momento che il termine «*consegna*», che il giudice *a quo* assumerebbe come generico, pur possedendo nel linguaggio comune una molteplicità di significati, anche eterogenei, «*nell'ambito dell'ordinamento militare è da sempre stato inteso in una accezione fortemente tecnica, che lo rende oltremodo preciso e per nulla indeterminato*» [171].

Nell'analisi sulla costituzionalità della norma, la Corte costituzionale introduce un elemento nuovo e importante, ai fini della valutazione della effettiva determinatezza della fattispecie: viene valutata, infatti, l'offensività in astratto «*intesa quale limite di rango costituzionale alla discrezionalità legi-*

---

[169] V. Corte cost., sent. n. 263 del 2000, in *G.U.*, *I serie spec.*, 11 luglio 2000, n. 29, p. 35.

[170] La questione era stata sollevata sotto diversi profili, collegati fra di loro: ad avviso del giudice *a quo*, la norma avrebbe violato l'art. 25, secondo comma, Cost., sia sotto il profilo della riserva di legge – delegando il legislatore all'amministrazione la descrizione del precetto –, sia sotto il profilo del difetto di determinatezza della fattispecie – non essendo chiarito nella stessa l'esatto contenuto della nozione di consegna, il quale verrebbe rimesso alla valutazione discrezionale dei singoli giudici militari –; l'art. 24, secondo comma, Cost., dal momento che la violazione della riserva di legge e della determinatezza della fattispecie pregiudicherebbe il diritto di difesa dell'imputato; l'art. 3 Cost., per la possibilità che i cittadini siano soggetti a difformi decisioni dei giudici e anche al discrezionale comportamento dell'amministrazione; gli artt. 25, secondo comma, Cost. e 13 Cost., per ciò che attiene al principio di offensività, giacché «*la disposizione censurata configurerebbe un reato di pericolo presunto*, *un illecito di mera disobbedienza disancorato dalla effettiva lesione di un bene giuridico*».

[171] Nella decisione, la Corte precisa che l'incriminazione della violata consegna, per la sua collocazione sotto il titolo II «*dei reati contro il servizio militare*», è diretta a tutelare il servizio, e non la disciplina militare; che in ordine alla sfera soggettiva, si è chiarito in via giurisprudenziale che il reato può essere commesso «da un militare che sia comandato ad un servizio determinato e al quale siano assicurati i mezzi per l'esecuzione della consegna»; che, infine, in ordine al contenuto, sarebbe pacifico, sempre in via giurisprudenziale, «che non sono configurabili spazi di discrezionalità da parte del militare comandato e che pertanto la consegna deve essere precisa, nel senso che essa deve determinare interamente e tassativamente il comportamento del militare in servizio».

*slativa in materia penale e che spetta indubbiamente a questa Corte rilevare*» (la Corte richiama la sent. n. 360 del 1995) [172].

Nel caso di specie, secondo la Corte «*una volta accertato che il bene giuridico protetto dall'art. 120 c.p.m.p. è la funzionalità e l'efficienza di servizi determinati, che il legislatore ha inteso garantire, rendendone rigide e tassative le modalità di esecuzione da parte del militare comandato, non vi è ragione di dubitare che la violazione della consegna sia di per sé suscettibile di ledere interessi di rilievo costituzionale riconducibili ai valori espressi dall'art. 52 Cost.*».

La Corte rinvia al singolo giudice il compito dell'accertamento in concreto dei presupposti che identificano la consegna. Essa conclude, sottolineando i due momenti necessari nel giudizio sulla conformità di una norma penale all'art. 25, secondo comma, Cost.: quest'ultimo postulerebbe un «*ininterrotto operare del principio di offensività dal momento della astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice, con conseguente distribuzione dei principi conformativi tra giudice delle leggi e autorità giudiziaria, alla quale soltanto compete di impedire, con un prudente apprezzamento della lesività in concreto, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale*» (il rinvio è alle decc. nn. 360 del 1995; 247 del 1997; 133 del 1992; 333 del 1991; 144 del 1991) [173-174].

Dunque, è chiarito nella decisione il duplice operare del principio di offensività, sul piano astratto e sul piano concreto, e il suo essere elemento del giudizio sulla determinatezza delle norme penali, mentre, come afferma lo stesso giudice costituzionale, rimane aperta la questione «*se l'offensività in concreto apprezzabile dal giudice sia dotata di autonomia concettuale o se essa non sia nient'altro che il riflesso della non sussumibilità di singoli casi sotto la*

---

[172] Ritiene che il principio di offensività vincoli l'interprete *e* il legislatore, E. Dolcini, *Principi costituzionali e diritto penale*, cit., pp. 16-17; esprime riserve sulla costituzionalizzazione del principio di offensività, G. Fiandaca, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 1 ss.

[173] Per un'anticipazione del rapporto fra elementi di indeterminatezza della fattispecie e concreta offensività del fatto costituente reato, si veda Corte cost., sent. n. 368 del 1992, in *Giur. cost*., 1992, p. 2935, in un giudizio avente ad oggetto l'art. 528 c.p., che punisce «*chiunque detiene scritti*, *disegni*, *immagini o altri oggetti osceni*», conclusosi con una decisione di rigetto interpretativa, dove la censura sull'indeterminatezza dell'espressione «*osceno*» viene analizzata con riferimento alla concreta applicazione della norma da parte dei giudici e, quindi, alla concreta offensività del singolo caso.

[174] Anche in una decisione di poco successiva, la n. 293 del 2000, in *G.U.*, *I serie spec.*, 26 luglio 2000, n. 31, p. 19 ss., pur ammettendo che la norma impugnata sia caratterizzata dal riferimento a concetti elastici, la Corte risolve «*in chiave interpretativa*» i dubbi sull'indeterminatezza della fattispecie, introducendo il limite della dignità umana, quale principio fondamentale, nella penalizzazione dei comportamenti astrattamente desumibili dalla fattispecie penale.

*previsione della norma penale a causa del necessario concorrere dell'offensività con gli altri elementi che tipizzano il reato*» [175].

Ed è sempre in chiave interpretativa che nella sent. n. 519 del 2000 [176] vengono affrontati i dubbi di costituzionalità sollevati nei confronti di norme che, utilizzando espressioni quali «*attività sediziosa*» e «*grida e manifestazioni sediziose*», si espongono a censure di indeterminatezza attinenti al piano linguistico.

In questa decisione, se è chiaro il principio astratto, secondo il quale una norma non è carente di determinatezza, quando i termini pur vaghi utilizzati dal legislatore vengono interpretati in modo sufficientemente determinato, risulta meno chiara l'impostazione complessiva della pronuncia stessa in relazione a quella data dai giudici *a quibus*, venendo alla luce aspetti problematici dell'evoluzione del giudizio di determinatezza.

Il giudice costituzionale sembra infatti dare per scontato che esista un «*consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale, seguito dalla giurisprudenza comune*», laddove le censure sollevate dai giudici remittenti si fondavano proprio su una convinzione opposta, e cioè che «*la giurisprudenza di tutti i giorni depone per il contrario*» [177]. In parole più semplici, la lettura della decisione costituzionale, unita ad un'analisi dei casi nei quali la norma vie-

---

[175] La Corte sembra suggerire che non sia affatto decisiva la qualificazione di tale giudizio concreto quale «*attività interpretativa di valutazione del comportamento nella sua rispondenza alla fattispecie astratta*» oppure quale «*giudizio sull'idoneità lesiva del comportamento in concreto*»: la prima prospettiva rientrerebbe nella categoria della determinatezza della fattispecie; la seconda, in quella dell'offensività in concreto: ma, secondo la Corte, si tratterebbe di due punti di vista atti ad inquadrare la medesima attività concretizzatrice del giudice, necessaria al fine di realizzare compiutamente il principio contenuto nell'art. 25, secondo comma, Cost.

[176] Analoga questione, nei confronti dell'art. 183 c.p.m.p., era stata risolta dalla Corte con sent. n. 57 del 1984 nel senso della manifesta infondatezza e dell'inammissibilità, sulla quale v. MESSINA, *Il reato militare di manifestazioni e grida sediziose: una figura «determinata»?*, in *Giur. it.*, 1984, c. 347.

La dec. può leggersi in *G.U.*, cit., p. 53.

[177] Nella giurisprudenza militare troviamo affermazioni perentorie, di segno opposto rispetto a quanto affermato dal giudice costituzionale. Il reato di cui all'art. 183 c.p.m.p. si concretizzerebbe in moltissimi casi: «è sediziosa qualsiasi manifestazione idonea a suscitare malcontento nelle Forze Armate» (Trib. supr. mil., 22 ottobre 1974, Russo e Soldati, in *Rass. giust. mil.*, 1975, p. 28); «il connotato della sediziosità è da ravvisare quindi nella astensione dal rancio così come nella osservanza di un minuto di silenzio durante il rancio, se astensione e silenzio siano protesta contro i superiori (nella specie per il trasferimento di due commilitoni, attribuito a ragioni politiche)» (Trib. supr. mil., 25 giugno 1976, n. 249, Grippa e altro, in *Rass. giust. mil.*, 1977, p. 62); «l'ipotesi dell'art. 183 c.p.m.p. si attaglia, perciò, alla partecipazione di un miltare ad un corteo di persone che manifestano un orientamento politico se, in spregio al principio di estraneità delle FF.AA. alle competizioni di parte, si metta in evidenza tale partecipazione con il modo di salutare e coprendo il volto con un fazzoletto» (Trib. supr. mil., 4 giugno 1976, n. 209, ric. Negozio, in *Rass. giust. mil.*, 1977, p. 62).

ne applicata in modo diverso e contraddittorio dai giudici militari [178], mostra come fosse del tutto discutibile la chiave interpretativa sviluppata dalla giurisprudenza costituzionale pregressa, su cui la Corte si basa per superare le censure di indeterminatezza della fattispecie.

Delle due l'una: o la Corte costituzionale si fonda su un presupposto discutibile, quello dell'esistenza di un indirizzo interpretativo consolidato, capace di superare i dubbi sull'indeterminatezza della fattispecie, senza verificarne fino in fondo l'effettiva consistenza; oppure, consapevole dell'esistenza di pronunce giurisprudenziali di segno opposto, la Corte intende riaffermare la propria interpretazione conforme a Costituzione, rafforzandola con il richiamo al principio di determinatezza della legge penale. In ogni caso, non essendoci un pacifico «*consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale, seguito dalla giurisprudenza comune*», è evidente che la strada seguita dalla Corte costituzionale, pur valida in linea di principio, non vale a fugare definitivamente i dubbi sull'indeterminatezza delle norme censurate: ciò ripropone il dilemma sempre presente nell'attuale evoluzione del principio di determinatezza della legge penale, se sia possibile affidarne la realizzazione non soltanto al legislatore, bensì anche ai giudici, costituzionale e comuni. Se tale impostazione, che si fa strada nella recente giurisprudenza costituzionale, appare non solo percorribile, ma anche auspicabile, proprio per dare un significato attuale ad un principio la cui realizzazione non può essere rimessa soltanto al potere che oggi non riesce in via autonoma a produrre chiarezza, nella sua concreta realizzazione non è esente da luci ed ombre, come testimonia proprio la recente decisione in esame.

Ma l'aspetto di novità della decisione riguarda il profilo concernente l'offensività della fattispecie, già evidenziato dal giudice *a quo*, ma come argomento separato dalle censure sulla determinatezza della fattispecie di cui all'art. 182 c.p., che punisce l'attività sediziosa: riguardo ad esso, la Corte afferma un principio importante, basandosi sul precedente di cui alla sent. n. 263 del 2000 (nonché alla meno recente sent. n. 360 del 1995).

La Corte ricorda che la tutela della disciplina militare non è fine a se stes-

[178] A fronte di decisioni nelle quali si afferma la compatibilità dell'art. 183 c.p.m.p. con l'art. 21 Cost., riconoscendosi, ad esempio, in una di queste che la semplice partecipazione in uniforme e gridando slogans ad un corteo non concretizzi il reato in oggetto (v. Trib. supr. mil., 12 novembre 1976, n. 347, ric. Bertaina, in *Rass. giust. mil.*, 1977, p. 339), troviamo numerose decisioni nelle quali si afferma il contrario, e cioè che la semplice «partecipazione a corteo, idonea ad esprimere ribellione», concretizzi il reato stesso (Trib. supr. mil., 23 gennaio 1976, ric. Castaldi, in *Rass. giust. mil.*, 1976, p. 95) e che «la tutela costituzionale della manifestazione del pensiero (…) non si estende alla tutela di immotivate espressioni di rancore e di ribellione; va ravvisato un reato di manifestazione sediziosa nella frase «Abbasso l'esercito» (Trib. supr. mil., 17 gennaio 1978, n. 18, ric. Bez, in *Rassegna giust. mil.*, 1978, p. 192).

sa, ma funzionale alle esigenze del servizio militare: di conseguenza può essere considerata sediziosa «*solo l'attività in concreto idonea a ledere le esigenze di coesione, di efficienza e di funzionalità del servizio militare e dei compiti istituzionali delle forze armate*». Il giudice costituzionale analizza anche il principio di offensività, il quale opererebbe nel giudizio sul reato in esame, distinguendo un aspetto *astratto*, che varrebbe sul terreno della previsione normativa, quale limite alla discrezionalità del legislatore «*nella individuazione di interessi meritevoli di essere tutelati mediante lo strumento penale, suscettibili di essere chiaramente individuati attraverso la formulazione del modello legale della fattispecie incriminatrice*», ed un aspetto *concreto*, riguardante il momento dell'*applicazione giudiziale*, cui farebbe riscontro «*il compito del giudice di accertare in concreto, nel momento applicativo, se il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma*» (v. sentt. 263 del 2000; 360 del 1995; 144 del 1991).

Anche in tal caso fa ingresso, nel giudizio sull'astratta determinatezza della fattispecie penale, una valutazione sull'offensività del concreto comportamento punibile: ruolo del legislatore e del giudice vengono quindi ad avvicinarsi, determinando un'evoluzione evidente dell'assunto secondo il quale nella materia penale la qualità della legge sarebbe un valore autonomo e indipendente dai suoi risvolti applicativi [179].

Anche nella recente decisione n. 531 del 2000 [180], nella quale la Corte costituzionale dichiara l'infondatezza di varie censure sollevate in riferimento all'art. 83 c.p.m.p., che punisce il vilipendio alla bandiera dello Stato, troviamo un importante collegamento fra il giudizio sull'astratta conformazione della fattispecie da parte del legislatore e quello sulla sua concreta applicazione da parte del giudice.

La questione aveva ad oggetto solamente l'entità della pena militare, ritenuta eccessiva, sproporzionata e irragionevole: essa non riguardava dunque

---

[179] Importante, nella decisione, il richiamo ad altri principi costituzionali che verrebbero lesi da una norma indeterminata: il diritto di *difesa* (art. 24 Cost.), in quanto una fattispecie non tipizzata lascerebbe il cittadino in balia della discrezionalità interpretativa del giudice; il principio di *obbligatorietà* dell'azione penale (art. 112 Cost.), in quanto si impedirebbe al pubblico ministero di individuare con certezza i comportamenti incriminabili; il principio di *eguaglianza* (art. 3 Cost.), in quanto, essendo possibili differenti letture della norma, i cittadini sarebbero esposti a decisioni diverse, e quindi a diversi trattamenti processuali, pure in presenza di identiche situazioni di fatto.

[180] La decisione può leggersi in *G.U.*, *I serie spec.*, 29 novembre 2000, n. 49, p. 98. In una decisione successiva, la n. 39 del 2001 (in *G.U.*, *I serie spec.*, n. 8, 21 febbraio 2001, p. 14), la Corte supera i dubbi sull'indeterminatezza dell'art. 173 c.p.m.p., ricostruendo il quadro normativo e interpretativo, alla luce dei valori costituzionali, senza dare spazio ad un'analisi del modo in cui la norma veniva applicata dai giudici comuni.

altri profili di incostituzionalità della disciplina, attinenti al precetto, quali soprattutto la compatibilità con l'art. 21 Cost., potendo essere punite anche manifestazioni di pensiero coperte dal parametro costituzionale, e con l'art. 25, secondo comma, Cost., nella parte in cui esige norme determinate, non risultando il concetto di vilipendio in grado di disegnare chiaramente il confine fra comportamenti leciti e comportamenti vietati [181]. Pur non essendo chiamata direttamente a giudicare su questi profili – che, per inciso, sono quelli su cui la dottrina finora ha maggiormente insistito – la Corte compie importanti affermazioni: da un lato, essa ribadisce, sulla scia di una giurisprudenza consolidata, che viene puntualmente richiamata (sentt. nn. 20 del 1974; 29 del 1965; 188 del 1975; 479 del 1989; 24 del 1989), che la repressione del vilipendio «non si estende alle espressioni di critica, anche aspra, potendosi applicare solo a manifestazioni offensive, che neghino ogni valore ed ogni rispetto ("tenere a vile") all'entità oggetto di protezione, in modo idoneo ad indurre i destinatari della manifestazione al disprezzo delle istituzioni o, addirittura, ad ingiustificate disobbedienze».

L'aspetto nuovo, particolarmente significativo perché oggetto anche delle recenti pronunce appena analizzate, è costituito dal legame fra il ragionamento astratto – e già consolidato nella giurisprudenza pregressa – sull'interpretazione del termine «*vilipendio*», e il riferimento alla «*concreta offensività*» del comportamento, da valutarsi da parte del giudice caso per caso. Anche in questo caso, il rinvio al giudice dirime ogni problema di astratta indeterminatezza della fattispecie: «Non può certo ritenersi ricadere nell'ambito delle fattispecie incriminatrici di vilipendio qualsiasi espressione di personale dissenso, *priva di concreta idoneità offensiva*, spettando al giudice di «*impedire*», con un prudente apprezzamento della lesività in concreto, un'arbitraria e illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale» [182].

---

[181] Sulla compatibilità con l'art. 21 Cost., si veda la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 180, primo comma, c.p.m.p., il quale prevedeva come reato «*la presentazione collettiva, ad opera di almeno dieci militari, o di uno solo di essi, previo accordo con gli altri, di una istanza, esposto o reclamo (per cose attinenti al servizio), scritto od orale*», ritenuto lesivo dell'art. 21. Cost., in riferimento agli artt. 3 e 52 Cost.; tale norma, secondo il giudice costituzionale porrebbe «*un limite penalmente sancito alla libertà di manifestazione del dissenso, e alla correlata libertà di petizione, e quindi alla libertà di manifestazione del pensiero nella forma collettiva di esercizio anch'essa garantita dall'art. 21 Cost.*».

[182] Nonostante l'estraneità di questo argomento alla questione sollevata dal giudice, la Corte introduce l'elemento della concreta offensività, quale profilo nuovo, da mettere in conto nell'interpretazione dell'esatto significato della norma: sembra, nella decisione, che il giudice costituzionale sia preoccupato anche della specifica soluzione del caso concreto, laddove in chiusura afferma che «*resta fermo il dovere dei giudicanti di verificare, in sede applicativa, la riconducibilità della condotta al modello legale e la sua concreta offensività*».

## 9. Gli spunti della giurisprudenza comune

La giurisprudenza comune può dividersi in due filoni, aderenti all'impostazione della stessa giurisprudenza costituzionale in tema di giudizio sulla chiarezza della legge penale.

Il gruppo più numeroso è costituito da pronunce di *manifesta infondatezza* nei confronti di censure di indeterminatezza di norme penali: tali decisioni ricalcano la giurisprudenza costituzionale, prevalente soprattutto all'inizio, che tende ad assolvere in linea di principio enunciati indeterminati.

Troviamo qui, fra le tante, pronunce che assolvono i delitti di attentato [183]; di riorganizzazione del partito fascista [184]; discipline speciali in materia di diritto del lavoro, con riferimento a dati tecnici generici [185]; discipline in materia edilizia [186]; discipline in materia di divieto di esportazione e importazione [187]; norme sulla riorganizzazione del partito fascista [188]; delitti di riduzione in schiavitù [189].

In altre pronunce, analogamente a quanto accade nella più recente giurisprudenza costituzionale, si fa strada il principio secondo il quale dubbi sulla determinatezza della fattispecie penale possono essere risolti anche sul piano interpretativo: così in una decisione, pur ammettendo che il comportamento penalmente sanzionato deve essere descritto con precisione dalla norma, si afferma contestualmente che in particolari ipotesi sorge «*la necessità per il legislatore di lasciare al giudice la valutazione concreta*» [190]; in un'altra decisione, più radicalmente, si risolve il dubbio di indeterminatezza prospettato sul piano meramente interpretativo, affermando che l'indeterminatezza risultante dal tenore testuale della norma può essere superata attraverso un'interpretazione restrittiva della norma stessa, venendo meno così anche i dubbi sulla chiarezza della fattispecie [191].

---

[183] Cass. pen., Sez. I, sent. 27 maggio 1969, n. 01569.

[184] Cass. pen., Sez. III, sent. 28 febbraio 1981, n. 01564.

[185] Cass. pen., Sez. III, sent. 17 gennaio 1984, n. 00410.

[186] Cass. pen., Sez. III, sent. 17 maggio 1984, n. 04536.

[187] Cass. pen., Sez. III, sent. 16 febbraio 1985, n. 01603.

[188] Cass. pen., Sez. III, sent. 18 febbraio 1988, n. 01560.

[189] Cass. pen., Sez. V, sent. 20 marzo 1990, n. 28909.

[190] Si tratta di giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 74 della legge 22 dicembre 1975, n. 685, nella parte in cui prevede l'aggravante generica «dell'*ingente* quantità di stupefacente»: v. Cass. pen., Sez. VI, sent. 2 aprile 1990, n. 04524.

[191] Si tratta di giudizio di legittimità costituzionale sul reato di maltrattamento di animali: cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 29 gennaio 1997, n. 00601.

## 10. Conclusioni: la qualità della legge penale fra legislatore, giudice costituzionale e giudici comuni

L'evidente trasformazione del contesto nel quale il principio di determinatezza/tassatività della legge penale opera, caratterizzato da uno scadimento della qualità della legge, non solo sul piano della redazione della singola norma, ma anche, e soprattutto, su quello dell'insieme delle norme penali, ha prodotto una profonda trasformazione del principio stesso.

Un'analisi delle sue attuali implicazioni e interpretazioni conduce infatti alla constatazione che la tenuta di tale principio non dipende soltanto dal legislatore. Corte costituzionale e giudici comuni concorrono nella stabilizzazione di norme chiare, in grado di definire precisamente il confine fra lecito e illecito.

Il ruolo della Corte costituzionale era già apparso evidente da anni anche alla dottrina [192], nella consapevolezza del rapporto necessario, pur con le inevitabili cautele, fra legislatore e Corte costituzionale, a partire dall'adeguamento del codice Rocco ai valori costituzionali, in assenza di una riforma del codice stesso.

Quel che di nuovo appare oggi è lo stretto rapporto fra una valutazione sull'astratta determinatezza della norma penale e la sua concreta applicazione da parte dei giudici [193].

È la stessa Corte costituzionale ad elaborare in modo molto convincente questo passaggio nell'interpretazione del principio, che conduce alla caduta definitiva del dogma secondo il quale nella materia penale ci si dovrebbe affidare ad una razionalità di tipo soltanto politico – quella legislativa –.

Partendo da pronunce nelle quali diviene sempre più rilevante il profilo interpretativo, anche nel giudizio sull'astratta determinatezza della fattispecie penale, la Corte giunge ad aprire la porta all'operare dello stesso principio di offensività nell'ambito della propria valutazione sulla determinatezza della fattispecie. Tale principio agisce, dunque, attraverso il solo richiamo all'art. 25, secondo comma, Cost. e sembra essere risolutivo nella valutazione dello *standard* di qualità della singola norma penale.

---

[192] Così, F. Palazzo, *Orientamenti dottrinali*, cit., p. 27 ss.; G. Contento, *Clausole generali*, cit., p. 109 ss.; e, volendo, M. D'Amico, *Il principio di determinatezza*, cit., pp. 374-376. Sul ruolo del giudice nella concretizzazione dei principi generali e dei principi in materia penale, cfr. G. Vassalli, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica,* in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1991, p. 699.

[193] Sul rapporto fra principio di legalità e diritto giurisprudenziale, in un'ottica comparatista, cfr. E. Grande, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Pol. del dir.*, 1996, p. 469 ss.

Legando il giudizio sull'offensività in concreto – affidato sempre al giudice ed estraneo in via di principio a valutazioni sulla chiarezza della norma – a quello sull'offensività in astratto – che agisce unitamente alla valutazione sull'astratta chiarezza della fattispecie –, la Corte costituzionale fornisce il quadro teorico che giustifica il congiunto operare di legislatore, giudice costituzionale e giudici comuni nell'effettiva realizzazione del rispetto della qualità della legge penale.

# Le regole sulla qualità della legislazione e il principio di sussidiarietà

di *Cesare Pinelli*

SOMMARIO: 1. Gli aspetti del problema e i relativi rimedi: proliferazione delle fonti normative, rinuncia a dettare scelte di principio, cattiva formulazione dei testi, ipertrofia della legislazione. Delimitazione dell'indagine. – 2. Le regole per la semplificazione della legislazione vigente e l'arbitrio del legislatore. – 3. Princìpi e congegni costituzionali in vista della semplificazione. – 4. Le regole per migliorare la legislazione nelle Costituzioni di alcuni Paesi europei e nel Protocollo sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Amsterdam. – 5. Le regole introdotte nell'ordinamento italiano. – 6. Qualità della legislazione e principio di sussidiarietà: un'ipotesi di innovazione costituzionale.

## 1. Gli aspetti del problema e i relativi rimedi: proliferazione delle fonti normative, rinuncia a dettare scelte di principio, cattiva formulazione dei testi, ipertrofia della legislazione. Delimitazione dell'indagine

Da alcuni anni, il problema della qualità della legislazione forma oggetto di pressante attenzione da parte delle istituzioni e della scienza costituzionalistica. Essa non deriva dalla perdita della generalità ed astrattezza dei precetti legislativi, avvenuta da tempo anche in ragione del carattere pluralistico delle nostre società e dei nostri ordinamenti [1].

I fenomeni che spiegano l'attenzione alla qualità della legislazione sono assai più recenti: il bisogno di regolazione derivante dalla liberalizzazione dei mercati, l'esigenza di ristrutturare conformemente gli apparati pubblici, la domanda di sicurezza provocata dai nuovi prodotti tecnologici, la necessità

[1] Così G. AMATO, *Intervento*, in G. MIGNONE (a cura di), *La crisi della legislazione. Studiosi e politici a confronto*, Cedam, Padova, 1997, p. 4 ss.

di articolare, se non di organizzare, il crescente pluralismo sociale e istituzionale [2].

Sarà bene distinguere subito gli aspetti principali del problema, sia per le cause e gli effetti che producono, sia per la necessità di differenziare i corrispondenti rimedi. Proliferazione delle fonti, rinuncia dei parlamenti alle scelte di principio a favore dei dettagli o di misure amministrative, linguaggio incomprensibile o inaccurato dei testi, ipertrofia della legislazione determinano sempre incertezza del diritto e scadimento della legislazione, ma non per questo si debbono confondere fra loro.

La proliferazione delle fonti può derivare da vicende istituzionali e sociali connesse a un impianto costituzionale di tipo pluralistico o alla rilevanza costituzionale accordata ad ordinamenti giuridici esterni, e in tal caso non è eliminabile. Quando invece si manifesta lungo l'asse Parlamento-Governo-pubbliche amministrazioni (come sta accadendo da noi in anni recenti, con procedimenti di produzione normativa secondaria *ad hoc* che si giustappongono a quello dettato in via generale), esige rimedi appositi, che solo indirettamente gioveranno alla qualità della legislazione.

La tendenza dei Parlamenti a concentrarsi su dettagli e su misure amministrative può venire contrastata anzitutto in via di autocorrezione (può avere questo significato l'attribuzione alle Commissioni referenti, prevista dall'art. 79 Reg. Camera, della valutazione della «necessità dell'intervento legislativo, con riguardo alla possibilità di conseguirne i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge»), poi in via successiva (tramite serrati scrutini di costituzionalità sulla ragionevolezza delle leggi provvedimento), infine con un'eventuale revisione costituzionale destinata ad innovare stabilmente il sistema delle fonti (introduzione di una riserva di regolamento nelle materie non coperte da riserve di legge, prevista in recenti progetti di legge costituzionale). Anche qui, eventuali benefici sulla qualità della legislazione deriveranno dall'attivazione di rimedi volti ad altri obiettivi.

Il linguaggio incomprensibile o inaccurato dei testi, che pure ha più direttamente a che vedere con la qualità della legislazione, richiede anch'esso rimedi specifici, a partire dalle tecniche di *drafting*.

La complessità e l'ipertrofia della legislazione rappresentano oggi il cuore del problema. Da qui nasce, in Europa e altrove, la preoccupazione per i diritti dei cittadini, per la legittimazione delle istituzioni politiche, per i costi occulti a carico delle imprese. Specialmente dopo la pubblicazione della

[2] La formula del passaggio «dallo Stato gestore allo Stato regolatore», adoperata fra gli altri da A. La Spina-G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 15 ss., designa una parte significativa dei fenomeni considerati.

*checklist* per l'adozione di decisioni normative, allegata alla Raccomandazione del Consiglio dell'O.C.S.E. del 1995, approfonditi studi e molteplici soluzioni si sono susseguite negli Stati europei, in sede comunitaria e in via concertata anche fra istituzioni parlamentari [3].

In Italia l'impresa è al tempo stesso più difficile e più urgente. Il nostro sistema spicca per la maggior quantità di leggi e per una loro oscurità e complessità spesso ingiustificate, che rimandano a fattori storici e culturali assai risalenti.

L'enfasi sull'accezione garantistica del principio di legalità nei confronti degli atti del potere esecutivo ha finito coll'attribuire al Parlamento una facoltà di regolazione pressoché indiscriminata. Ci si può chiedere, salvo tornare sul punto, se tutto ciò derivi da una Costituzione che aveva promesso una legislazione adeguata anche nei metodi alle esigenze dell'autonomia e del decentramento, ed il buon andamento delle pubbliche amministrazioni: dove c'è discrezionalità illimitata c'è invadenza, e dove c'è invadenza non può esservi buona legislazione né buona amministrazione.

Il disinteresse delle istituzioni e dell'opinione pubblica per il rendimento della legislazione costituisce l'altro elemento che ha storicamente contraddistinto l'esperienza costituzionale italiana. Ne è derivata la tendenza ad attribuire alle leggi obiettivi di fantasia, quindi di convenienza contingente. Il fenomeno delle leggi-manifesto, ovunque collegato alla formazione dei circuiti mediatici di comunicazione politica, ha incontrato da noi un più favorevole terreno, con ulteriore proliferazione delle leggi.

Di recente sono state introdotte regole sia per semplificare la legislazione in vigore sia per migliorare la qualità della legislazione futura, ed altre proposte sono all'esame delle Camere. Mi propongo di passarle in rassegna, di esaminarne adeguatezza e implicazioni costituzionali, di esplorare l'ipotesi di un'applicazione, su questo terreno, del principio di sussidiarietà.

## 2. Le regole per la semplificazione della legislazione vigente e l'arbitrio del legislatore

Un primo ordine di rimedi in vista della semplificazione della legislazione vigente è costituito dall'opera di delegificazione avviata dalla legge n. 59 del

[3] Una completa documentazione dei rimedi è offerta nel dossier n. 18 dell'Osservatorio sulla legislazione - Servizio Studi della Camera dei deputati, *Norme e princìpi sulla legislazione*, del giugno 1999.

1997 e proseguita con l'ambiziosa opera di riordino normativo in testi unici, da completarsi entro il 31 dicembre 2001, prevista dall'art. 7, legge n. 50 del 1999 nel consistente novero di materie che vi sono elencate. Per la verità, il disposto parla di «criteri e princìpi direttivi», ma senza conferire espressamente una delega legislativa al Governo [4].

Fra i princìpi e criteri, compaiono quelli di apportare un «coordinamento formale» alle vigenti disposizioni e assicurare così «la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo», di indicare «le disposizioni, non inserite nel testo unico, che restano comunque in vigore» e di abrogare espressamente «tutte le rimanenti disposizioni, non richiamate, che regolano la materia oggetto di delegificazione».

In termini di legittimità costituzionale, non è possibile ignorare che l'espressa attribuzione ai regolamenti della disponibilità dell'effetto abrogativo di norme di rango primario configura una violazione del principio di preferenza della legge [5]. Né è possibile ignorare, in termini di congruenza interna del disegno, come la dichiarata volontà di apportare un coordinamento meramente «formale» alla normativa di volta in volta in questione contrasti con l'attribuzione ai regolamenti approvati con testi unici del potere di abrogare norme di rango legislativo, e dunque con la natura inevitabilmente innovativa dell'intera operazione. D'altra parte, la scelta di affidare il riordino delle materie a testi unici senza distinguere fra materie delegate e materie destinate alla delegificazione, ma prefigurando un modello unico di raccolta di norme legislative e regolamentari con le relative evidenziazioni, non consente di dissipare incertezze in sede applicativa [6].

---

[4] Secondo F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, Relazione al Convegno di Macerata del 21-22 maggio 1999, *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, i cui Atti sono in corso di pubblicazione, ciò basterebbe ad escludere l'ipotesi della legge di delegazione.

[5] F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, cit. Alla luce del massiccio ricorso alle delegificazioni in funzione di semplificazione amministrativa già operante prima della legge n. 50 del 1999, S. CASSESE, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in S. CASSESE-G. GALLI (a cura di), *L'Italia da semplificare. I. Le istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 48, aveva osservato che l'individuazione delle disposizioni legislative da abrogare, presupponendo una chiara consapevolezza, anche nei dettagli, della disciplina regolamentare successiva, non potrebbe che spettare ai regolamenti di delegificazione. A mio avviso l'argomento prova troppo: per quella via, la stessa formulazione di «norme generali della materia» richiesta dalla legge n. 400 del 1988 in capo alla legge di delegificazione dovrebbe presupporre una consapevolezza della disciplina regolamentare successiva. In ogni caso, si tratta di un ordine argomentativo eterogeneo rispetto a quello incentrato sulla conformità a Costituzione della disciplina di cui trattasi.

[6] Sull'ambiguità, molto probabilmente voluta, del disegno di riordino perseguito dalla legge n. 50 del 1999, M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella «legge annuale di semplificazione»*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 424 ss.

Il disegno perseguito dalla legge n. 50 del 1999 non scongiura gli effetti perversi, i rischi di inutili complicazioni dell'ordine delle fonti e di incertezze interpretative, che dovrebbe costituire il primo imperativo di ogni opera di semplificazione della legislazione.

Un secondo ordine di rimedi si ricava dal testo unificato delle proposte recanti «Disposizioni in materia di attività normativa» (A.C. 1665, A.C. 4868, A.C. 5151, A.C. 6019), attualmente all'esame delle Camere.

Oltre ad aggiornare l'assetto delle fonti delineato dalla legge n. 400 del 1988, il testo unificato prevede l'obbligo del Governo di dimostrare, nelle relazioni ai disegni di legge e agli emendamenti di iniziativa governativa, la necessità dell'intervento legislativo con riguardo alla possibilità di conseguirne i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge, la definizione di obiettivi e mezzi adeguati, la valutazione degli effetti dei testi normativi anche sui destinatari finali. Si prescrivono inoltre criteri e contenuti delle relazioni sullo stato di attuazione delle leggi, con verifica degli effetti, della congruità dei mezzi individuati, dei costi e dei benefici conseguiti. Si introduce infine la figura della legge organica, destinata a disciplinare settori normativi aventi rilevanza di ordine generale e suscettibile di abrogazione e di ogni altra modificazione solo in via esplicita.

Senonché, nonostante l'opinione contraria di parte della dottrina, la più recente prassi legislativa ha continuato ad attribuire alla legge successiva il potere di abrogare, modificare o derogare quella anteriore, anche in presenza di leggi volte a predisporre in via generale regole sulla produzione normativa e talora provviste di limiti espressi alla propria abrogabilità: si pensi alle continue deroghe apportate alle leggi nn. 400 del 1988, 86 del 1989, 142 del 1990.

Di fatto, ciò equivale ad aumentare o a non contenere l'arbitrio del legislatore, questa volta non in termini di discrezionale copertura di ambiti materiali, ma di derogabilità dei precetti posti in via generale e di norme sulla normazione. L'arbitrio del fare e disfare, si potrebbe dire.

Finora, non si è considerato abbastanza quanto le istanze di modernizzazione e di semplificazione amministrativa, poi anche di semplificazione della legislazione, abbiano costituito il pretesto per nuovi interventi in deroga, e dunque per legittimare l'arbitrio. La stessa considerazione che la complessità degli assetti regolativi delle società contemporanee rendano la semplificazione e il miglioramento della qualità dei testi normativi obiettivi permanenti dell'azione pubblica può venire strumentalizzata. Quasi a dar vita a una strana alleanza fra modernizzazione e ritorno all'arbitrio, di cui il legislatore godeva all'epoca dello Statuto albertino.

## 3. Princìpi e congegni costituzionali in vista della semplificazione

La legge ordinaria non sarà la soluzione, ma una parte del problema, fino a quando princìpi e congegni disposti con legge costituzionale non consentiranno di canalizzare le regole sulla qualità della legislazione entro argini sufficientemente univoci e destinati a durare nel tempo. In difetto di queste condizioni, le leggi annuali di semplificazione resteranno un'occasione per modificare annualmente la disciplina di base, anziché una sede per calibrare meglio l'obiettivo della semplificazione.

L'obiettivo di procedere alla semplificazione in via di codificazione o di redazione di testi unici viene riconosciuto nelle Costituzioni di alcuni Paesi europei [7], ed anche in quella sede deve tener conto di diversi aspetti: l'individuazione delle procedure, la specificazione del grado di innovatività rispetto alla legislazione vigente, l'eventuale fissazione dell'obbligo di abrogazione espressa in capo alla legislazione sopravvenuta.

La Costituzione greca prevede ad esempio che «L'adozione di codici giudiziari o amministrativi redatti da Commissioni speciali costituite con leggi speciali può essere decisa in assemblea plenaria con una legge particolare, che statuisca la ratifica di questi codici nel loro insieme. Si può nello stesso modo procedere alla codificazione di leggi esistenti mediante una semplice loro raccolta in un modo organico o alla loro rimessa in vigore, nell'insieme, di leggi abrogate, eccezion fatta per le leggi fiscali» (art. 76, sesto e settimo comma).

La Costituzione spagnola annovera invece l'autorizzazione delle *Cortes* «a fondere testi legislativi» fra le ipotesi di legislazione delegata, assoggettandola all'obbligo di specificare, oltre all'ambito normativo, se «si limita alla semplice redazione di un testo unico o se comprende la facoltà di correggere, chiarificare e armonizzare i testi legislativi da fondere» (art. 82, quinto comma).

L'art. 92 del progetto di revisione presentato alle Camere dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali affidava rispettivamente alla legge il compito di regolare «le procedure con cui il Governo propone alle Camere la codificazione delle leggi vigenti nei diversi settori», e ai regolamenti parlamentari il compito di prevedere «l'improcedibilità dei disegni di legge che intervengono nelle materie già codificate senza prevedere, in modo espresso, alla modifica o integrazione dei relativi testi». L'art. 129, ultimo comma, aggiungeva che «Nuove norme penali sono ammesse solo se modifi-

[7] Sull'esperienza anglosassone A. Pizzorusso, *La manutenzione del libro delle leggi*, in P. Costanzo (a cura di), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Jovene, Napoli, 1999, p. 75 ss.

cano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono».

L'opzione in sede costituzionale per la procedura di delegazione legislativa non rifletterebbe soltanto una tradizione consolidata anche da noi, ma sarebbe la più adeguata a risolvere incertezze di ordine sistematico, che hanno trovato nuovo alimento con l'accennato ricorso alla redazione dei testi unici in vista della semplificazione.

L'obbligo costituzionale, per il legislatore delegante, di precisare il grado di innovatività del testo unico consentirebbe di distinguere definitivamente fra testi unici compilativi ed innovativi, questi ultimi accompagnati da princìpi e criteri direttivi, e nello stesso tempo di tracciare in modo inequivoco il confine fra leggi di delegazione e leggi di delegificazione.

Un vincolo costituzionale di abrogazione espressa in capo alle leggi volte a modificare i testi unici assicurerebbe poi l'essenziale controllo di costituzionalità. L'intermediazione dei regolamenti parlamentari non appare opportuna, anche alla luce dello scarno risultato cui ha dato luogo la prescrizione del Regolamento della Camera, secondo cui le Commissioni curano che vengano espressamente indicate le disposizioni abrogate dai testi legislativi che vengano introdotti.

Meriterebbe infine distinta menzione lo specifico requisito previsto dal progetto della Commissione bicamerale relativamente alla legislazione penale, in ragione della peculiare esigenza di certezza giuridica che mira a soddisfare.

## 4. Le regole per migliorare la legislazione nelle Costituzioni di alcuni Paesi europei e nel Protocollo sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Amsterdam

I riferimenti comparatistici offrono un'ampia gamma di soluzioni anche per quanto concerne il miglioramento della qualità della legislazione per il futuro.

Ad esempio, la Costituzione spagnola prevede l'obbligo in capo al Governo di accompagnare i disegni di legge di propria iniziativa con una esposizione dei motivi e dei precedenti necessari, affinché il Congresso vi si possa pronunciare (art. 88); la Costituzione svedese istituisce un Consiglio per la legislazione con funzione consultiva, che oltre a svolgere una sorta di controllo preventivo di costituzionalità verifica la rispondenza dei progetti di legge alle esigenze di certezza del diritto e la relativa fattibilità (art. 18); la Costituzione greca prevede che tutti i progetti di legge vengano sottoposti ad una elabora-

zione tecnico-giuridica da parte di apposito servizio scientifico istituito presso la Camera dei deputati (art. 74).

Per quanto riguarda l'Unione europea, l'accordo interistituzionale fra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione del 20 dicembre 1994 ha stabilito di adottare un metodo di lavoro accelerato per la codificazione ufficiale dei testi legislativi. La Dichiarazione sulla qualità redazionale della legislazione comunitaria, adottata unitamente al Trattato di Amsterdam, ha in seguito affidato alle predette istituzioni comunitarie i comuni compiti di fissare orientamenti per un miglioramento della qualità redazionale della legislazione, e di seguirli nell'esame di proposte di atti legislativi comunitari anche per il tramite di adeguate revisioni dell'organizzazione interna.

Per combattere più specificamente l'ipertrofia della regolazione, l'O.C.S.E. e l'Unione europea hanno di recente predisposto apposite raccomandazioni, regole e princìpi, incentrati sull'obbligo di motivare la necessità della regolazione che si intende introdurre: qualcosa di assai più impegnativo del mero requisito di motivazione.

Fra i punti cruciali della *checklist* per l'adozione di decisioni normative allegata alla Raccomandazione adottata dal Consiglio dell'O.C.S.E. del 9 marzo 1995, compare infatti, al punto 2, la necessità della regolazione pubblicistica, «tenendo conto dei seguenti elementi: i princìpi in gioco e le politiche attuali di governo; l'analisi dei costi e dei benefici (basata non su un modello teorico di governo «perfetto» ma su una realistica valutazione dell'efficacia dell'azione governativa); i meccanismi alternativi per risolvere il problema. In effetti, i mercati dovrebbero essere sempre considerati come un'alternativa all'azione di governo senza escludere la capacità del settore privato e dei singoli di affrontare i problemi in questione».

In una direzione affine, l'art. 6 del Protocollo al Trattato di Amsterdam sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità stabilisce che «La forma dell'azione comunitaria deve essere quanto più possibile semplice, in coerenza con un soddisfacente conseguimento dell'obiettivo della misura e con la necessità di un'efficace applicazione. La Comunità legifera soltanto per quanto necessario. A parità di altre condizioni, le direttive dovrebbero essere preferite ai regolamenti e le direttive quadro a misure dettagliate. Le direttive di cui all'articolo 189 del Trattato, mentre sono vincolanti per lo Stato membro al quale sono indirizzate per quanto concerne il risultato da raggiungere, lasciano alle autorità nazionali facoltà di scelta riguardo alla forma e ai metodi».

Quando dice che «La Comunità legifera soltanto per quanto necessario» (specificando l'art. 3B del Trattato di Maastricht nella parte in cui prevedeva che «L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato»), il Protocollo non si rivol-

ge agli Stati membri, ma fissa un limite alla iperregolazione da parte delle stesse istituzioni politiche comunitarie.

La tentazione di superare «il necessario» è molto forte in sede comunitaria, dal momento che un mercato interno non potrebbe nemmeno esistere senza un intricato sistema di regolazioni che suppliscano il divieto di restrizioni alla libertà di commercio imposte agli Stati membri [8], e la crescente incidenza della normazione comunitaria in altri settori, a partire dall'ambiente, pone lo stesso problema [9]. Più la disciplina comunitaria guadagna spazi, più aumenta la tentazione di legiferare al di là degli obiettivi per i quali l'azione comunitaria si era resa necessaria; talvolta, sono i ministri responsabili di un certo settore che cercano di far passare a livello europeo proposte osteggiate dai governi nazionali [10].

In questa prospettiva, si osservava nello studio redatto dal Club di Firenze in vista della Conferenza Intergovernativa di Torino, il principio di sussidiarietà vale da contenimento degli eccessi di regolazione [11].

Sono evidenti le complicazioni con la sussidiarietà orizzontale e con il principio di legalità. Più si afferma che il ricorso alla regolazione pubblica non dipende da una scelta arbitraria dei pubblici poteri ma deve trovare giustificazione nella sua necessarietà, previa commisurazione dei suoi costi e dei suoi benefici, più si ottiene un duttile criterio di scorrimento dalla regolazione pubblica all'autonomia dei privati, sostanzialmente equivalente, negli effetti, alla sussidiarietà orizzontale. Vedremo però che un principio di sussidiarietà inteso come limite all'iperregolazione, che è anche cattiva normazione, vale anche da complemento indispensabile di una legalità fondata su grandi scelte di principio e su regole certe e prevedibili dell'agire pubblico.

## 5. Le regole introdotte nell'ordinamento italiano

I rimedi finora adottati nel nostro ordinamento per migliorare la qualità della futura legislazione tendono a precostituire vincoli procedimentali e di

---

[8] G. Majone, *Europe's «Democracy Deficit»: the Question of Standards*, in *European Law Journal*, 1998, p. 28.

[9] D.A. Farber, *Environmental Federalism in a Global Economy*, in *Virginia Law Review*, 1997, p. 1301.

[10] Club di Firenze (a cura di), *Europa: l'impossibile status quo*, prefazione di J. Delors, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 123.

[11] Club di Firenze (a cura di), *Europa*, cit., p. 120 ss.

contenuto all'esercizio della funzione legislativa, con obiettivi progressivamente affini a quelli del citato Protocollo al Trattato di Amsterdam.

La precostituzione di vincoli procedimentali trae spunto dalla positiva esperienza delle relazioni tecniche sugli effetti finanziari derivanti dai progetti di legge, disciplinate dalla legge n. 362 del 1988 e più di recente dalla legge n. 208 del 1999. In questa direzione si muovono le modifiche al Regolamento della Camera entrate in vigore nel gennaio 1998, le quali delineano un ruolo di stimolo e controllo delle Commissioni parlamentari in sede referente nei confronti del Governo, cui possono richiedere di compiere un'analisi di fattibilità del progetto di legge in esame ai fini di svolgimento dell'istruttoria, consentono di superare, con una nuova disciplina della votazione degli emendamenti, la «cultura del microemendamento», e istituiscono il Comitato per la legislazione, chiamato ad esprimere pareri sulla semplicità, chiarezza e proprietà della formulazione dei testi, ma anche sulla loro efficacia per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente [12]. L'attività del Comitato e le prime Relazioni semestrali dei suoi Presidenti mettono in luce i problemi incontrati, ma anche il raggiungimento di alcuni incoraggianti risultati [13].

Quanto ai vincoli di contenuto, una circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri del 15 aprile 1998 ha disposto che la presentazione di disegni di legge di iniziativa governativa venga preceduta da una relazione tecnico-normativa contenente la valutazione dell'impatto normativo e amministrativo della proposta. Una Risoluzione approvata dal Senato il 24 novembre 1999 sulla Relazione del Governo per l'adozione del programma di riordino delle norme legislative e regolamentari impegnerà poi esplicitamente il Governo «ad uniformare il processo di semplificazione normativa ai princìpi vigenti di diritto costituzionale europeo in materia di sussidiarietà, di proporzionalità, di trasparenza e di qualità redazionale della legislazione».

Infine, la direttiva del Presidente del Consiglio attuativa della legge n. 50 del 1999, e volta a definire a titolo sperimentale «tempi e modalità di effettuazione dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese in relazione agli schemi di atti normativi adottati dal Governo e di regolamenti ministeriali o interministeriali», reca all'Allegato A («Griglia metodologica per la stesura della relazione tecnico-normativa») una lista di «aspetti tecnico-normativi» da considerare, fra cui compare al primo posto la «necessità dell'intervento normativo».

---

[12] G. Rizzoni, *Semplificazione normativa e innovazione istituzionale: il contributo delle procedure parlamentari*, in *Codificazione del diritto*, cit., p. 168 ss.

[13] F. Petricone, *Brevi riflessioni sul Comitato per la legislazione*, in *Giur. it.*, 1999, c. 1131 ss.

## 6. Qualità della legislazione e principio di sussidiarietà: un'ipotesi di innovazione costituzionale

Se le tendenze descritte appaiono sufficientemente univoche, le regole da cui risultano sono pur sempre previste da fonti subordinate alla Costituzione. E per quanto riguarda in particolare la prassi legislativa, si è già detto come i vincoli posti da leggi ordinarie in capo al futuro legislatore continuino a considerarsi liberamente derogabili.

D'altra parte, l'ipotesi di costituzionalizzare un principio che subordini l'esercizio della potestà normativa alla dimostrazione della necessità di ricorrervi, previa valutazione dei relativi costi e benefici, deve essere prospettata in termini problematici. Ho parlato di potestà normativa, poiché, per poter funzionare, un principio del genere dovrebbe riguardare tutti gli atti normativi dei pubblici poteri, nazionali e regionali, salve le materie riservate alla legge. Anche in questi termini, esso avrebbe comunque forti implicazioni tanto sulle caratteristiche tradizionalmente ascritte alla funzione legislativa, quanto sulla configurazione dei rapporti fra pubblici poteri e cittadini.

La nostra tradizione, come quella di ordinamenti affini, esenta gli atti normativi dall'obbligo di motivazione, e la legge n. 241 del 1990 l'ha ora sancito espressamente, estendendo la regola agli atti amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione emanati dalle pubbliche amministrazioni. Tuttavia, al fine di assicurare efficacia agli adempimenti istruttori richiesti dalla recente normazione, è difficile continuare ad escludere il ricorso alla motivazione. Né vanno dimenticati i suggerimenti di Mortati, pur limitati alle ipotesi di leggi provvedimento [14].

Il requisito della necessità potrebbe in primo luogo considerarsi formula troppo vaga per vincolare il legislatore. Ma il rischio della vaghezza verrebbe scongiurato, se all'obbligo di motivare i benefici attesi dal ricorso alla potestà legislativa si accompagnasse una riserva di legge destinata a specificare gli ulteriori requisiti occorrenti a farlo valere. L'applicazione del Protocollo al Trattato di Amsterdam e i rapporti annuali della Commissione europea su «Mieux légiférer» dimostrano inoltre che una motivazione stringente della regolazione si ottiene proprio quando si è tenuti a spiegare perché non si sceglie per la non regolazione. Si potrebbe ancora obiettare che un simile vincolo farebbe venire meno uno spazio vitale per i processi di deliberazione politica. Le conseguenze sullo spazio deliberativo vanno riconosciute apertamente: dire che i pubblici poteri esercitano potestà normative solo quando se ne

[14] C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 134 ss.

dimostri la necessità significa porre un vincolo non al contenuto o alle modalità di deliberazione, ma ad un elemento logicamente prioritario, al se deliberare o meno.

Più precisamente, se si segue una concezione pervasiva, se non potenzialmente onnicomprensiva, della legalità e del pubblico interesse, la dimostrazione della incostituzionalità della regolazione pubblica spetterà a chi la contesta in nome della libertà di mercato o del pluralismo delle formazioni sociali. Se invece si distingue l'area riservata dall'area non riservata dalla Costituzione alla legge, e in questa si richiede di dimostrare la necessità dell'intervento legislativo, si invertirà l'onere di giustificazione costituzionale dell'intervento, in tal caso spettante allo stesso legislatore.

Il discorso deve perciò tornare all'interpretazione della Costituzione. Solamente in determinate aree, non in altre, la Costituzione ha attribuito alla legge la funzione di veicolo di formazione delle scelte politiche di principio maggiormente caratterizzanti il vivere civile. E, anche per questo, ha potuto promettere una legislazione adeguata per princìpi e metodi alle esigenze dell'autonomia e del decentramento, e un buon andamento delle pubbliche amministrazioni pur esso legato ad una legislazione attrezzata allo scopo.

Se ci chiediamo perché quelle promesse costituzionali non sono state adempiute, possiamo rispondere che l'enfasi originaria, e storicamente comprensibile, sull'accezione negativa e garantistica della legalità è stata man mano sfruttata al fine di rilegittimare l'arbitrio e l'ipertrofia regolatrice del legislatore. Né si poteva risolvere il problema con la razionalizzazione *ex post* di volta in volta compiuta dalla Corte costituzionale in sede di scrutinio sulla ragionevolezza in senso oggettivo o coerenza dell'ordinamento.

La spiegazione meriterebbe approfondimenti, ma è certo che la Costituzione non legittima una concezione pervasiva della legalità e del pubblico interesse, o la legittima assai meno di quanto la corrente interpretazione presupponga.

Su queste premesse, l'introduzione di un principio di sussidiarietà inteso come limite all'iperregolazione sarebbe assai meno lontano dal quadro dei princìpi costituzionali di quanto di solito non si ritenga. Paragonato ai giudizi sulla ragionevolezza, fornirebbe un criterio di giudizio sicuramente più intransigente nei confronti dell'arbitrio del legislatore. Al tempo stesso, proprio per il fatto di limitare l'ipertrofia normativa, sarebbe virtualmente idoneo a soddisfare le più profonde esigenze sottostanti al principio di legalità, fra loro confliggenti nell'epoca classica dello Stato di diritto, ed ora minacciate dall'iperregolazione: la garanzia dei diritti della persona, l'eguaglianza formale e sostanziale, l'attribuzione agli organi di rappresentanza politica del compito di deliberare politicamente.

# Il linguaggio transnazionale dei diritti

di *Maria Rosaria Ferrarese*

SOMMARIO: 1. Diritti e diritto: equilibri e compensazioni. – 2. I diritti: verso un nuovo paesaggio giuridico. – 3. Dalla cultura dei diritti al «linguaggio dei diritti». – 4. I diritti nella comunicazione: il catalogo incoerente e le possibilità dell'incoerenza. – 5. Oralità del linguaggio dei diritti: tra diritto e non diritto. – 6. La transnazionalità del linguaggio dei diritti. – 7. Costituzionalizzazione e «diritto in *stand by*». – 8. Diritti e fori: oltre la legalità e la giustizia.

## 1. Diritti e diritto: equilibri e compensazioni

In tempi di crisi del diritto normativo statale, i diritti acquistano una nuova vitalità. È come se esistesse un rapporto di compensazione tra queste due componenti della vita giuridica, che sono rispettivamente il diritto, inteso come diritto legislativo prodotto politicamente, e i diritti, intesi come *rights* delle persone, ossia come dotazioni di carattere pre-politico o a-politico, in grado di resistere ai meccanismi maggioritari. Si può così sinteticamente riassumere quanto sta avvenendo non solo negli stati, ma, ancor più, nella sfera giuridica transnazionale. Certamente, nei nostri sistemi giuridici, il centro di gravità è ancora costituito dalla legislazione, che peraltro è stata la fonte anche di importanti diritti, come quelli sociali. Questa espressione giuridica può apparire persino in espansione: ma la sovrapproduzione legislativa rispecchia piuttosto una sorta di impotenza, che di effettività [1]; soprattutto, più ci si sposta da un punto di osservazione interno, più i diritti, sulla strada

[1] Com'è stato osservato, mentre «sta venendo meno il principio, fondamentale nell'ordinamento degli ultimi secoli, della territorialità della norma […] lo stato ha invece reagito esasperando la produzione delle norme giuridiche: il diritto positivo ha così sviluppato due caratteristiche del tutto anomale rispetto alla tradizione giuridica dell'Occidente, la pervasività e l'autoreferenzialità». Così P. PRODI, *Una storia della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 11.

di una crescente affermazione, sembrano disegnare uno sviluppo giuridico che diverge dalla centralità della legislazione. E ciò sia perché vi è una crisi sempre più manifesta della legislazione come espressione giuridica «esaustiva», sia per il rapporto incerto e ambivalente che corre tra legislazione e diritti. Osserviamo questi due aspetti.

Per varie ragioni, il linguaggio della legislazione appare inceppato: non solo per la crisi «fiscale» dello stato, ma, ancor più, nella difficile ricerca di propri possibili autori, ossia di quei legislatori sovranazionali, di cui non è certo affollato il mondo globale, che si affida piuttosto al linguaggio del contratto e delle sue infinite varianti (trattati, patti, accordi, ecc.). E, d'altra parte, come si dirà, il legislatore sovranazionale è tutt'altra cosa dal vecchio legislatore nazionale.

La crisi della legislazione si può registrare su un duplice piano. Innanzitutto quello delle sue modalità di produzione, che sono legate alla dialettica maggioranza-minoranza, una dialettica troppo rigida per rispondere alla complessità delle variegate società post-moderne: basti pensare come questa dialettica, pensata per un mondo che si muoveva in base a contrapposizioni ideologiche o di interesse di tipo bipolare, sia oggi incapace di rendere conto di nuovi schieramenti politici, che spesso sono transpartitici o «trasversali», come si usa dire, o di organizzazioni sociali articolate per gruppi culturalmente diversi, quali sono proprie delle società multietniche, che non necessariamente si riconoscono nelle mediazioni legislative. Dietro entrambi questi piani si può leggere, indirettamente, una certa stanchezza dei tradizionali attrezzi della democrazia nelle società globalizzate: come se questi attrezzi non riuscissero più a dare risposta ai bisogni nuovi che si manifestano in società che non sono più protette o limitate dai tradizionali confini statali e che sono ancora alla ricerca di nuove forme di identità cosmopolite.

In secondo luogo, la crisi della legislazione è legata ai suoi moduli di intervento nella società, che sono anch'essi troppo rigidi, legati a presupposti di tipo normativo ed incapaci di seguire percorsi più articolati e complessi, come le inclinazioni «economiche» dei soggetti o i nuovi nessi tra pubblico e privato. La normatività ha sempre meno spazio in società «di mercato», che tendono prevalentemente ad organizzarsi intorno al nucleo degli interessi e a costruire interazioni pubblico-privato per dare risposta a bisogni che nel passato erano soddisfatti solo dallo stato [2].

Come si è accennato, a questa crisi della legislazione, nelle società globalizzate, corrisponde innanzitutto un trionfo del diritto contrattuale, diritto

[2] Rimando in proposito al mio *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.

flessibile per eccellenza, capace di adattarsi alle più diverse esigenze e di seguire i nuovi percorsi e bisogni delle società «di mercato». Ma un'altra compensazione importante a questa crisi della legislazione e della normatività che essa interpreta, avviene attraverso una crescente affermazione dei diritti.

Qui viene in evidenza il secondo aspetto prima accennato: la tendenziale incongruenza tra primato della legislazione e primato dei diritti. L'ideologia dei diritti era sostanzialmente estranea agli stati incentrati sull'idea di sovranità e, più in generale, al pensiero giuspositivistico [3]. Se, infatti, troviamo già nelle pagine di Kant e, più in generale, nella cultura settecentesca, il «progetto» di un diritto e di diritti cosmopoliti, e se le grandi Costituzioni di fine Settecento sembrarono incarnare quel progetto, il consolidamento degli stati portò poi ad una interruzione di quel progetto nella cultura giuridica ottocentesca, nella presunzione che gli stati potessero «costruire» e «contenere», ciascuno, nel proprio territorio, un proprio catalogo di diritti, in coerenza con il proprio progetto di sovranità. Coerentemente con questa idea, i diritti venivano, per così dire, espropriati di una propria specificità grammaticale e assoggettati alle specificità grammaticali delle legislazioni nazionali. Lo stesso concetto di cittadinanza, ponendosi a cavallo tra politica e diritto, ha sempre operato nell'ambito territoriale di uno stato sovrano che aveva «al proprio centro l'istanza particolaristica della sicurezza, non quella universalistica dell'uguaglianza degli uomini e della giustizia» [4]. Così, mentre continuava a circolare la presunzione di universalità dei diritti, questa universalità di fatto si rifrangeva in una varietà di versioni, sulla cui dissimiglianza non si è forse ancora fatta luce sufficientemente. Da questo punto di vista, appare esposta ad addebiti di incoerenza la posizione di quanti si fanno strenui difensori di una ideologia dei diritti da una prospettiva strettamente giuspositivista [5].

Oggi, non per caso, in un clima di diminuita importanza della sovranità statale, e mentre gli stati si aprono a nuove funzioni [6], l'esplosione dei diritti

---

[3] G. Bronzini, *Hans Kelsen sul diritto soggettivo: la crisi del garantismo liberale*, in *Passato anteriore*, n. III-IV, 1995.

[4] Cfr. D. Zolo, *la strategia della cittadinanza*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità diritti*, Laterz, Roma-Bari, 1994, p. 19.

[5] L. Ferrajoli è uno dei più tenaci sostenitori di questo connubio. Si veda di questo autore specie *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, n. 2/1998. Si veda altresì la puntuale analisi critica di A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, n. 2/2000 ed Id., *Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico*, in *Sociologia dir.*, 2000.

[6] Si veda S. Cassese, *Gli stati nella rete internazionale dei pubblici poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/1999 e Id., *L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?* Relazione presentata al convegno «*Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*», Roma, 2 ottobre 2000. Rimando altresì alla mia voce *Globalizzazione* (*Aspetti istituzionali)*, in *Enc. scienze soc.*, vol. IX, edito dall'Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, in corso di pubblicazione, 2001, pp. 156-166.

può apparire come una ripresa del progetto settecentesco. Sarebbe tuttavia improprio pensare ad una semplice ripresa di quel progetto, senza considerare tutti gli adattamenti e le novità imposti dal contesto della globalizzazione.

D'altra parte, al di là del secolo dei lumi, in materia di diritti, va sicuramente richiamata l'esperienza giuridica statunitense, che ha sempre riservato, a differenza dei paesi europei di cultura continentale, uno spazio centrale ai diritti come motore ed ingranaggio essenziale dell'evoluzione giuridica [7]. E quell'esperienza parla chiaro sul rapporto tra legislazione e diritti: un rapporto squilibrato dalla parte dei secondi, secondo un organigramma di tipo liberale, che premia le libertà e le potenzialità dei soggetti. Quell'esperienza ci indica inoltre la stretta contiguità esistente tra l'ideologia dei diritti e la centralità delle corti: è nelle corti che i diritti trovano lo spazio istituzionale per affermarsi, competere e trasformarsi. Traiamo dunque dal caso americano anche questa indicazione di uno sviluppo istituzionale che corre parallelamente all'espansione dei diritti, conducendo, come si dirà, verso un'affermazione dei tribunali e dei fori. Ma su ciò si tornerà. Per il momento, torniamo ad indagare il modificato rapporto tra legislazione e diritti, per intenderne i significati più profondi.

L'affermazione dei diritti non è dunque uno sviluppo che ha scarso impatto sui sistemi giuridici europei: in esso si possono cogliere i segni di un significativo spostamento culturale che interessa tutta l'area della giuridicità. Nella centralità dell'idea dei diritti nel mondo globalizzato, ossia unificato dai mercati e da tendenze, corsi e movimenti ad essi collegati, si possono cogliere nuove tendenze giuridiche, in coerenza con un forte indebolimento della tradizionale idea di sovranità statale.

L'«esplosione» dei diritti oggi interessa specialmente la dimensione transnazionale [8], dove sembra dare risposta alle attese di cosmopolitismo, anche giuridico, di un mondo itinerante e privo di confini; ma l'ideologia dei diritti non manca di far sentire i suoi effetti altresì negli stati, dove si rivela capace di dialogare, interferire e confliggere con le vecchie concezioni della sovranità. Il tema della «esplosione dei diritti» si presta insomma ad illustrare un cambiamento di prospettiva giuridica, tutt'altro che secondario, che si sta verificando in parallelo rispetto al processo di globalizzazione.

---

[7] La bibliografia in proposito sarebbe smisurata. Qui basti il riferimento ad un classico sul tema come R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1983. La nota metafora usata da questo autore dei diritti come «carta vincente», da esibire davanti alle corti, rende del resto perfettamente conto della valenza antimaggioritaria dei diritti.

[8] Si veda S. RODOTA, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in corso di pubblicazione in S. SCARPONI (a cura di), *Globaliszzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001.

## 2. I diritti: verso un nuovo paesaggio giuridico

L'accresciuta rilevanza dei diritti, oltre ad essere in un rapporto «a somma zero» con la legislazione, offre un utile punto di osservazione per mettere a fuoco una serie di cambiamenti di prospettiva, che interessano l'area della giuridicità. Se pensassimo alla giuridicità come ad un paesaggio, potremmo dire che, guardato dalla prospettiva dei diritti, tale paesaggio ci dà un'immagine assai diversa da quella a cui eravamo abituati: è come se da un paesaggio di tipo montagnoso, con le sue rocce immobili, si passasse ad un paesaggio di tipo sabbioso, con dune mobili e soggette al capriccio dei venti. In particolare, sono da annotare i seguenti «spostamenti», quali sintomi significativi di una nuova stagione giuridica.

Il primo spostamento segnalato dalla nuova rilevanza dei diritti è quello dal piano nazionale al piano transnazionale: laddove la legislazione riposava sui presupposti dello stato-nazione, ossia di specificità di natura politica quanto di natura culturale, i diritti non appaiono come pertinenza di uno stato-nazione, ma piuttosto come parte di un patrimonio giuridico dell'intera umanità, che può intersecare culture e appartenenze politiche diverse. Inutile ricordare qui l'immensa letteratura sul carattere «universale» dei diritti. Piuttosto va segnalato che lo spostamento dallo stato-nazione alla dimensione transnazionale non va inteso come un mero cambiamento di natura spaziale, che si identifica in un allargamento dei confini: nel passaggio dall'una all'altra dimensione, si attua un mutamento ben più profondo. Si tornerà su questo punto. Per il momento basti rilevare come l'affermazione dei diritti lascia pensare ad una giuridicità che si sposta da riferimenti di tipo statico a riferimenti di tipo mobile. Il diritto legislativo era tipicamente contrassegnato dalla dimensione della staticità: esso era infatti ritagliato sulla territorialità degli stati e segnato dai loro confini. I diritti, in quanto riferiti ai soggetti, sono invece perfettamente in grado di adeguarsi al nomadismo di un mondo in movimento. Non a caso le potenzialità dei diritti sono alte soprattutto con riferimento all'umanità itinerante del mondo contemporaneo. Itinerante per bisogno, per sfuggire alla fame o all'oppressione politica; itinerante per piacere, com'è nel caso dei turisti, che diventano sempre più di massa; itinerante per rispondere alle esigenze di un mercato del lavoro povero e «di lusso», che recluta cervelli con indifferenza rispetto ai confini nazionali. Insomma, via via che i mercati mettono in movimento il mondo attraverso le molteplici figure itineranti della transumanza post-moderna ritratta da Bauman [9], i vecchi attrezzi giuridici forgiati negli stati, e soprattutto negli stati europei, legislazione in testa, si rivelano sempre

[9] Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999.

meno utilizzabili nello spazio transnazionale, proprio perché statici e «pesanti». I diritti appaiono invece attrezzi leggeri e maneggevoli, che si possono spostare con le persone, dovunque esse vadano, che valgono anche a dispetto delle diversità nazionali, negli stati e persino contro gli stati.

Un secondo significativo spostamento che si intravede dietro la crescente affermazione dei diritti è quello da un'ottica di tipo normativo verso un'ottica di tipo «promozionale» [10]. La legislazione rispondeva prevalentemente al criterio del «comando» e dell'«obbligo», imponendo dei modelli di condotta, e fissando sanzioni per l'inadempimento. Si era qui dentro una giuridicità concepita come prodotto della sovranità statale: erano gli organi statali, dotati della necessaria legittimazione, a produrre diritto attraverso un determinato iter procedurale. Anche gli adattamenti via via introdotti da una legislazione cosiddetta «contrattata», ossia ottenuta attraverso compromessi con le parti sociali interessate, restavano dentro questo modello, se non altro perché il «sigillo» finale toccava sempre al legislatore.

Con i diritti, vengono meno entrambi i caratteri dell'obbligo e del comando: per dirla con Bobbio si rovescia quella «medaglia della morale» che è stata tradizionalmente guardata più dalla parte dei doveri che dei diritti, più dalla parte della società che da quella dell'individuo [11]. I diritti parlano «in positivo», stabiliscono poteri e libertà dei soggetti, piuttosto che limitazioni e doveri, li rendono forti rispetto ai potenti e tendenzialmente uguali rispetto ad altri soggetti. Anche il requisito di un sigillo finale dello stato diventa meno stringente. I diritti, persino quando sono posti in essere per via legislativa, non si arrendono ad essere visti come il puro prodotto di una volontà statale che, come tale, potrebbe cambiare, secondo gli assunti del giuspositivismo: a prescindere da una concezione di tipo giusnaturalista, i diritti si presentano sempre come entità di tipo pre-politico, che hanno sì bisogno di tutele e riconoscimenti pubblici (statali o sovranazionali), ma che pretendono di esistere indipendentemente da questi. Essi vivono insomma sospesi tra la dimensione giuridica e quella etica. Non a caso, solo per i diritti si pone la questione della «positivizzazione», che non ha nessun senso riferita alla legge: la legge o è «positiva» o non è.

---

[10] Comè noto, fu Bobbio a inventare questa denominazione per riferirsi specie a quel diritto (legislativo) degli stati di *welfare*, che rinunciano al linguaggio del comando e della sanzione, per offrire invece opportunità e benefici. Si veda N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Comunità, Milano, 1977.

[11] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 55. Sullo «scompiglio» che il tema dei diritti porta nel tradizionale assetto della responsabilità, si veda anche F. Viola, *Una moralità basata sui diritti*, in S. Zamagni (a cura di), *Economia, democrazia, istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 1997.

Da questa irriducibile diversità dei diritti in quanto entità giuridiche, che li vede sospesi tra dimensione positiva e dimensione meta-positiva, discende altresì il dubbio rapporto tra diritti e legalità [12]. Com'è stato osservato, lo Stato di diritto legislativo era indirizzato verso il principio di legalità che «non era che il compimento della tradizione assolutistica dello Stato e delle concezioni del diritto naturale "oggettivo" che ne erano state lo sfondo e la giustificazione» [13]. Di fronte ad una caduta delle pretese assolutistiche della sovranità, non può non darsi una parallela crisi della legalità.

Un ulteriore spostamento della giuridicità che l'affermazione dei diritti sembra suggerire è quello da un'ottica di tipo oggettivo verso un'ottica di tipo soggettivo. Il diritto legislativo era la rappresentazione di un diritto «oggettivo» per eccellenza, ossia svincolato rispetto ai soggetti, che venivano invece ridotti a puri ricettori dello stesso. Kelsen, rivendicando l'eliminazione da parte della sua «dottrina pura del diritto» di ogni soggettivismo, osserva come questo risponda ad «una concezione avvocatesca, che considera il diritto solamente dal punto di vista dell'interesse di parte, cioè soltanto riguardo a ciò che esso significa per il singolo, in qual misura gli giova (…) ovvero gli nuoce (…)» [14]. Ebbene, questa «concezione avvocatesca», lamentata da Kelsen, che rispecchia un'ottica di indifferenza, se non di disprezzo verso i versanti soggettivisti del diritto, fa pensare a due possibili aspetti. Per un verso, fa pensare che i diritti, in quanto soggettivi, non hanno altra misura di riferimento se non gli stessi soggetti: è solo a partire da questi che acquistano senso e legittimità. Anzi, proprio a causa di questo legame congenito con i soggetti, i diritti sono pronti a registrare impulsi, movenze e opzioni provenienti dai soggetti. Per un altro verso, il termine «avvocatesco» fa pensare ad una sorta di posizione di confine che i diritti hanno con gli interessi, perché tendono, per così dire, a perorare se stessi [15]. Anzi Zagrebelsky non esita a definire i diritti come «mezzi di realizzazione di interessi individuali, rimessi all'autonoma valutazione dei loro titolari» [16]. Diritti ed interessi costituiscono la

---

[12] Indagando su tale rapporto, L. Triolo prova, ad esempio, a rinchiudere i diritti nel circuito della legalità, arrivando alla conclusione che l'esercizio del potere costituente si giustifica proprio attraverso la positivizzazione dei diritti. E tuttavia, così trovando un fondamento per la costituzione, finisce per toglierlo ai diritti che dunque appaiono autogiustificantisi. Si veda L. Triolo, *La valenza giuridica delle Carte dei diritti*, in *Ragion pratica*, n. 11, ottobre 1998.

[13] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 25.

[14] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1960, pp. 215-216.

[15] Com'è stato osservato, «ciò che è particolarmente insidioso nella cultura americana dei diritti è che essa dà dignità di uno scopo di alto valore morale a ciò che spesso risultano bassi interessi e desideri privati». Cfr. F. Fukuyama, *Trust*, The Free Press, New York, 1995, p. 316.

[16] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 112.

grande endiadi della società liberale, che vedeva negli uni come negli altri l'espressione di un individualismo forte e contrapposto ai pubblici poteri. Nell'ottica dei diritti, nel loro versante soggettivistico, è implicita altresì una deviazione da quell'ottica «tolemaica», che faceva «vedere il diritto esclusivamente nella prospettiva dei "produttori" e del loro "prodotto"» [17]. Per l'una e per l'altra ragione, i diritti sembrano costituire una giuridicità «dal basso», che è necessariamente incline al movimento e al cambiamento: insomma, la propensione soggettivista che hanno i diritti, li rende un territorio giuridico estremamente mobile e variabile, difficile da rinchiudere entro recinti definitivi.

Attraverso questi vari cambiamenti di direzione che l'ottica dei diritti sembra imporre alla giuridicità contemporanea, si possono agevolmente intravedere i segni di un complessivo cambiamento di paesaggio giuridico. Cambiano infatti non solo i riferimenti spaziali e culturali del diritto; cambia, più in generale, l'assetto delle fonti: se nel passato si pensava ad un insieme di fonti gerarchicamente ordinate ed organizzate in «sistema», oggi l'assetto è diventato molto più mobile ed incerto.

Più si indeboliscono le capacità della legislazione, più acquistano rilevanza strumenti giuridici *soft*, capaci di adattarsi a contesti diversi, di interpretare ottiche non comuni: non a caso nello spazio transnazionale è lo strumento contrattuale ad aver conquistato una posizione egemone. La stessa legislazione, quando viene ad esistenza nella sfera globale, si sbiadisce nelle morbidezze del diritto «soft», «mite», «liquido» ecc., perdendo il suo carattere distintivo originario, il suo fondamento nella «decisione» [18]. Ora, i diritti, visti con l'ottica tradizionale, possono apparire come l'opposto di un'espressione giuridica «soft»: essi sono indisponibili, non negoziabili, assoluti, ecc. Tuttavia, nel mondo globale, mentre alcune di queste valenze sembrano confermarsi ed anzi acquistare un impatto anche maggiore, esse sembrano coesistere con valenze assai meno nette e nitide: via via che i diritti si moltiplicano a mezzo di etichette ed aggettivi sempre diversi, sembrano perdere identità e precettività; per un verso, in quanto naturalmente transnazionali, appaiono una moneta giuridica che è facile far circolare nelle infinite e variabili strade del mondo globalizzato; per un altro non è chiaro quale sia la banca che fa da garante di tale moneta: nella dimensione transnazionale, gli interlocutori diventano più numerosi ma anche più incerti. Aumentano le possibilità in materia di diritti ma non sempre a ciò corrisponde l'attesa di maggiori certezze.

---

[17] Cfr. M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 100.

[18] Su questa caduta della legislazione a favore delle «regole del gioco», rimando ancora al mio *Le istituzioni della globalizzazione*, cit.

## 3. Dalla cultura dei diritti al «linguaggio dei diritti»

La globalizzazione sembra segnata dalla cosiddetta «esplosione dei diritti». Ora questa esplosione, oltre a testimoniare, come si è detto, un sensibile cambiamento di paesaggio giuridico, può essere vista anche come espressione di un cambiamento che interessa la stessa complessiva cultura dei diritti.

Quando si parla di «cultura dei diritti», ci si riferisce all'insieme di idee storicamente condizionate e socialmente condivise, che strutturano una data concezione dei diritti. Si tralascerà qui la questione se nel passato si potesse parlare di una comune e condivisa cultura dei diritti, a dispetto delle diversità statali [19]; si assumerà che, al di là delle specifiche versioni statali, nei paesi occidentali, si potesse comunque risalire ad una comune cultura di cui non è difficile rintracciare né le ascendenze filosofiche, né le manifestazioni giuridiche. Le une e le altre sono fin troppo note e fanno parte di una conoscenza condivisa nel mondo occidentale. Le ascendenze filosofiche stanno in quel pensiero illuminista che, attraverso il culto della «ragione», permise l'affermazione dell'individualismo. Le manifestazioni giuridiche stanno in quelle Costituzioni di fine Settecento che per prime, al di là e al di qua dell'Atlantico, dettero voce e riconoscimento ai diritti, a danno di una concezione assoluta della sovranità statale.

L'ipotesi qui avanzata è che, nella temperie della globalizzazione, l'esplosione dei diritti, mentre può apparire come il punto di approdo o come una più estesa affermazione della tradizionale cultura dei diritti, produce invece una significativa trasformazione della questione dei diritti, in quanto questione giuridica. L'esplosione dei diritti nella dimensione globale sembra insomma attentare alla possibilità di una «cultura dei diritti», quale l'abbiamo avuta finora, ossia basata su presupposti di coesione e coerenza e sembra, per così dire, annacquarla in un più lato «linguaggio dei diritti», che viene parlato nella dimensione transnazionale. Cerchiamo di capire meglio cosa si vuole intendere con tale espressione.

Parlando di «linguaggio dei diritti», ci si riferisce a tutta la comunicazione, giuridica e non giuridica, che avviene intorno ai diritti nella sfera dei rapporti transnazionali. In altri termini, il linguaggio dei diritti è, per così dire, un laboratorio incessante nel quale l'identità anche giuridica dei diritti viene forgiata e riforgiata di continuo dai vari apporti comunicativi della sfera tran-

[19] Una indagine in tal senso, a mia conoscenza inesistente, meriterebbe di essere compiuta. Ciò che nel passato l'ha impedita è stata probabilmente la scarsa inclinazione dei giuspubblicisti ad assumere un'ottica comparatista, mantenendo sui diritti una visione prevalentemente domestica.

snazionale. In tal senso, l'esplosione dei diritti si nutre di linguaggio dei diritti, ma al contempo nutre il linguaggio dei diritti: vi è una circolarità tra questi due aspetti, che non permette di distinguere chiaramente tra causa ed effetto. L'espressione «linguaggio dei diritti» non è nuova: essa è ricorsa qui e lì [20] e sembra richiamarsi specie a suggestioni habermasiane. Tuttavia, il linguaggio dei diritti di cui qui si parla è cosa diversa dall'«agire comunicativo»: esso non arriva ad assicurare quel coordinamento delle azioni, ottenuto attraverso il linguaggio, in cui Habermas auspica di vedere realizzata la democrazia nelle società contemporanee [21]. Il linguaggio dei diritti è troppo fluido, affollato di diversità, per procurare un'intesa sui valori democratici o un sufficiente coordinamento delle azioni. Soprattutto, non ha la capacità di indirizzare verso la legislazione, tradizionale risorsa giuridica della democrazia: esso, piuttosto, sembra indirizzare verso fori e tribunali, tradizionale risorsa giuridica del costituzionalismo, piuttosto che della democrazia [22]. Non a caso Zagrebelsky, coniando la metafora del diritto «mite», ritrae uno stato costituzionale in cui i fini di giustizia prevalgono sui requisiti di certezza del diritto [23].

Tradizionalmente, un linguaggio dei diritti, nel senso detto, se mai esisteva, aveva una ben minore consistenza. Beninteso, i diritti, come entità giuridiche, hanno sempre avuto una certa esposizione all'insieme di nozioni etiche, di credenze religiose, di pratiche sociali, di dottrine politiche, di filosofie morali presenti all'interno dei vari aggregati sociali. E tuttavia, il linguaggio dei diritti aveva non solo assai minore estensione, ma anche assai minore importanza: innanzitutto perché i diritti erano entità di serie B, specie negli stati europei, e dunque non producevano una comunicazione estesa. Inoltre, la comunicazione intorno ai diritti percorreva due strade che restavano tendenzialmente separate: quella nazionale e quella internazionale. È importante vedere come queste due strade interagivano nel passato e come interagiscono oggi.

A livello nazionale, il linguaggio dei diritti era più o meno esteso, a seconda dei documenti giuridici «scritti» di cui ogni paese era dotato. Ora, tradi-

---

[20] Si veda, ad esempio, M.A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New York, 1991. Inoltre, G. De Burca, *The Language of Rights and European Integration*, in J. Shaw-G. More, *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

[21] J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, 2 voll., Il Mulino, Bologna, 1986, specie le pp. 169-178 del vol. I.

[22] Si veda G. Rebuffa, *Costituzione e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1990. Inoltre, A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in Id. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna, 1999.

[23] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit.

zionalmente, l'elemento della scrittura, con riferimento ai diritti si identificava con le carte costituzionali, documenti che erano, se pure a minore densità «positiva» rispetto alla legislazione, come questa, intenti tuttavia a tracciare o a rispecchiare una determinata concezione di sovranità, più o meno ristretta, a seconda della valenza «liberale» della carta. Ad esempio, la costituzione americana ha funzionato come una fonte ed un veicolo di «linguaggio dei diritti» in misura ben più grande dei documenti costituzionali europei.

Vi era poi una seconda comunicazione a carattere «internazionale» o «universale» intorno ai diritti, che poteva sia costituirsi a partire dai documenti «internazionali», sia condurre alla loro redazione. Tra questi due livelli della comunicazione c'era scarsa interazione perché gli stati, nell'ottica giuspositivistica, riuscivano con successo a preservare l'indipendenza della comunicazione nazionale intorno ai diritti. La scarsa comunicazione tra queste due sfere è resa evidente, ad esempio, dal termine «autorizzazioni», che Weber usa per indicare i diritti: questi altro non sono che «aspettative giuridicamente garantite» costituite da autorizzazioni statali all'esercizio di libertà [24]. Ogni presunzione di universalismo cade di fronte a questa ascrizione della sfera dei diritti alla volontà statale.

Oggi, invece, la capacità delle carte costituzionali nazionali di riuscire a recintare la comunicazione intorno ai diritti è più ridotta. Infatti le varie comunicazioni intorno ai diritti di livello nazionale tendono a interagire costantemente con la comunicazione a carattere transnazionale. Ma non si tratta solo di una differenza di grado, ossia di una accresciuta esposizione della comunicazione nazionale: ben più significativamente, si tratta di riconoscere alla sfera della comunicazione transnazionale non solo una sua autonomia, ma, ancor più, una forza costitutiva e quasi una capacità «costituente».

Prima di osservare meglio le condizioni in cui si produce questo linguaggio nello spazio transnazionale, occorre osservare come, nel passaggio dalla cultura dei diritti al «linguaggio dei diritti», si compiano diversificazioni importanti. Due differenze significative vanno annotate rispetto alla cultura dei diritti naturali derivata dalla filosofia illuminista.

Innanzitutto, nel linguaggio dei diritti si sommano senza distinzione le più diverse concezioni dei diritti ed anche usi irriflessi degli stessi, cosicché, alla fine, prevale una laicità «di fatto», che risulta dall'assenza del riferimento privilegiato ad una specifica dottrina etica, religiosa o razionale. Questa laicità, d'altra parte, è condizione stessa di un dialogo così allargato, che mette in connessione soggetti, gruppi e culture assai diversi. Il linguaggio dei diritti, insomma, non si avvale di principi trascendenti, religiosi o etici privilegiati,

[24] Cfr. M. Weber, *Economia e società*, vol. II, Comunità, Milano, 1961, p. 43.

ma solo di una catena di comunicazioni nelle diverse sfere della vita sociale: i riferimenti all'etica certamente non scompaiono, ma si affiancano a numerosi altri riferimenti (alla tradizione, alla cultura, alla religione, alle radici etniche ecc), perdendo così una posizione di indiscussa centralità. Ad ogni modo, la contaminazione di diverse culture porrebbe, tutt'al più, diverse etiche in concorrenza.

Ciò conduce anche ad una seconda differenza: il linguaggio dei diritti rappresenta, in un certo senso, la volgarizzazione di quella che potremmo chiamare la «lingua colta dei diritti», ossia il dibattito elitario tra i filosofi illuministi che partorì l'idea dei diritti in una ristretta cerchia di «opinione pubblica» dialogante [25]. Oggi, il discorso sui diritti non è più appannaggio di una ristretta élite di persone che condividono comuni presupposti culturali e riferimenti testuali: nella babele culturale della globalizzazione, dove tutte le diversità tendono a incontrarsi, scontrarsi e a dialogare, anche i diritti sembrano rinunciare ad una propria grammatica esclusiva. Così, mentre il catalogo dei diritti sembra allargarsi a dismisura, tutti i soggetti transnazionali possono partecipare alla redazione di nuove «voci».

Passiamo adesso ad esaminare più approfonditamente gli aspetti qualificanti del «linguaggio dei diritti». Tali aspetti sono essenzialmente tre. In primo luogo, la centralità della dimensione comunicativa per i diritti, come dimensione costitutiva degli stessi. In secondo luogo, la prevalente oralità di tale linguaggio, pur nella presenza di alcuni documenti giuridici scritti. In terzo luogo, la transnazionalità di questo linguaggio.

## 4. I diritti nella comunicazione: il catalogo incoerente e le possibilità dell'incoerenza

I diritti oggi vivono nella comunicazione transnazionale e danno luogo al linguaggio dei diritti, che è uno spazio della comunicazione transnazionale in cui le diverse «lingue» dei diritti possono incontrarsi, scontrarsi, confondersi, intersecarsi, sovrapporsi, contraddirsi, integrarsi ecc. Nel linguaggio transnazionale dei diritti, le possibilità di riprodurre forme di articolazione tra le varie «lingue» sono infinite. L'assenza di regole rigide fa di questo linguaggio un grande contenitore: si dà infatti la possibilità di tenere nello stesso circuito comunicativo anche ipotesi divergenti o addirittura opposte. In attesa di assimilazioni culturali e di normative giuridiche stringenti, che appaiono

[25] Il rimando è a J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990.

ancora lontane, oggi il linguaggio dei diritti ci rinvia ad un universo pieno di contrasti e paradossi, in cui ci si deve accontentare di apparentamenti più o meno lontani e di contenuti variabili in materia di diritti [26].

Moltiplicazioni, dissonanze e paradossi nel catalogo dei diritti non sono un'esclusività del panorama odierno [27]. Essi attengono ai diritti fin dall'origine, sia pure in misura più contenuta. Un conflitto può ad esempio essere visto già nella famosa triade dei diritti «fondamentali» sventolata dai rivoluzionari francesi: *liberté, egalité, fraternité*. Sono fin troppo noti i rapporti difficili tra i diritti di libertà e quelli di uguaglianza, in ragione del fatto che i primi erano slegati dalla logica del confronto e dell'assimilazione, mentre i secondi erano inevitabilmente portati a percorrere proprio quella strada. Ma una non inferiore difficoltà era sottesa ai rapporti tra i diritti di libertà, che sono evidentemente allergici ai legami ed alle appartenenze, e quella «fraternità», che appariva invece come un diritto *double face*: essa appariva un diritto solo dalla parte dei fratelli deboli, poveri e bisognosi che avrebbero potuto avere maggior interesse a veder riconosciuto quel legame. La fraternità si poneva invece più come un dovere che come una libertà per coloro che, in ragione della propria forza, economica, morale o psicologica, avrebbero potuto o voluto evadere quel legame.

Tuttavia, è possibile leggere le tensioni tra questi diritti così diversi e potenzialmente conflittuali, oltre che all'insegna dell'incompatibilità, anche all'insegna del compromesso e del reciproco bilanciamento. Affiancata alla «libertà», ad esempio, la «fratellanza» non poteva avere quel significato stringente ed ineludibile di un legame di sangue e poteva articolarsi in un diverso rapporto, ad esempio in termini di solidarietà. Già in un'epoca incentrata sull'idea di diritti a misura dell'individuo, le dissonanze e i possibili conflitti tra due possibili visioni della società (di tipo organico o di tipo atomizzato, o, se si vuole, di tipo «caldo» o di tipo «freddo») venivano affrontati con l'arma della mediazione e dell'accostamento, piuttosto che in chiave di incompatibilità. L'incongruenza sembra insomma generare nuove possibilità combinatorie.

Nell'affollamento delle varie accezioni dei diritti, oggi è soprattutto la sco-

---

[26] Sulle tensioni possibili tra diritti si veda D. Zolo, *La strategia della cittadinanza*, cit., p. 23 ss. In particolare, Zolo nota un «inquietante paradosso: il processo della differenziazione sociale porta all'affermazione della cittadinanza civile e politica come complesso di diritti di libertà e di partecipazione degli individui. E tuttavia in un mondo dominato da uno sviluppo tecnologico sempre più accelerato quei diritti sono minacciati dal costante aumento del potere dell'uomo sull'uomo, oltre che dell'uomo sulla natura, e in gran parte questo è un potere sproporzionato e distruttivo» (p. 24).

[27] Rimando a S. Rodota, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 91-113, dove si ricorda altresì che «i diritti costano» (p. 94).

perta delle valenze «culturali» dei diritti che ci pone di fronte a inquietanti quesiti circa il significato di termini come «fondamentali», «universali» «umani» ecc. E ciò per almeno due ragioni. Il moderno giusnaturalismo assumeva che esistesse una comune «razionalità» umana a dare fondamento ai diritti, vedendo in essi la realizzazione di una fondamentale uguaglianza degli individui. D'altra parte, il giusnaturalismo moderno vedeva nei diritti individuali uno strumento capace di liberare gli individui dai vecchi legacci tradizionalistici [28]. Oggi, sia gli esiti di uguaglianza, sia gli esiti di razionalità sembrano sfidati in uno spettro dei diritti sempre più complesso e incoerente. Soprattutto un'ipoteca pesa sulla costruzione del catalogo: quella costituita dai diritti cosiddetti «culturali». La scoperta delle valenze «culturali» dei diritti non si è mai spinta fino al punto raggiunto oggi. Il colonialismo, ad esempio, mentre scopriva le diversità culturali, non usava il paradigma dei diritti per interpretarle e ricorreva o all'assimilazione forzata (come fecero gli inglesi con il rogo delle vedove indiane), o ad una tolleranza di tipo aristocratico, propria di chi, constatata l'«inferiorità» di certi costumi, li lasciava sussistere per evitare noie o conflitti. Oggi, le diversità culturali, interpretate in chiave di diritti, allargano il catalogo fino a generare paradossi e contrasti.

Si pensi alle polarità costituite dai diritti individuali e dai diritti di gruppo, dal diritto alla libertà e dal diritto «alle radici». A seconda che il pendolo dei diritti ricada dalla parte dell'individuo o dalla parte del gruppo, si disegnano opzioni diverse e persino opposte, fino a smentire talora quella assimilabilità dei diritti agli interessi, da cui eravamo partiti, ed a ricondurre i diritti quasi a forme di obbligo e dovere [29].

Mai come oggi, in un mondo costituito come «vetrina» dalle possibilità comunicative della telematica, è possibile vedere come la produzione di diritti a mezzo di aggettivi, ponga sempre più di fronte a paradossi e conflitti, smentendo l'esaustività di termini come «universali», «umani», «fondamentali» ecc. Ma oltre che attraverso la polarità individui/gruppi, i rischi di collisione tra i diritti sono insiti in molte altre aree. Si pensi ad esempio alla potenziale collisione tra il diritto alla *privacy* e il diritto alla trasparenza, o tra il diritto al lavoro e il diritto all'ambiente o, per andare nella sfera transnazionale, al contrasto tra diritto di «autodeterminazione dei popoli» e diritto di «ingerenza umanitaria». Mentre nel passato, le accezioni dei diritti hanno sempre finito per gravitare da una parte o dall'altra dei poli, ricomponendosi

[28] Rimando sul tema alla mia breve nota *I diritti tra ragione e passione*, in *Quaderni cost.*, n. 1/2001.

[29] L'esempio più scontato è quello del «diritto» delle donne islamiche al *chador* o, peggio, delle donne di certe tribù africane a subire forme di mutilazione sessuale.

se non in una grammatica rigorosa, almeno in una cultura prevalente, ciò che appare tipico di questa fase è la tendenza a far coesistere tutte le diverse dizioni dei diritti, nell'impossibilità di trovare un punto preferenziale. Così i diritti, sospesi tra universalismo e particolarismo, tra individualismo e accezioni collettive, tra «autenticità» e «artificialità», finiscono per diventare quasi delle proiezioni di diverse condizioni, opzioni, concezioni, possibilità di vita: rispondono piuttosto all'idea hegeliana secondo cui «tutto ciò che è reale è razionale», che a principi di natura normativa. Non sono semplicemente degli scudi protettivi, ma anche delle garanzie di realizzazione.

D'altra parte, questa tendenza dei diritti a smarrire una propria grammatica esclusiva ed a farsi anche proiezioni, oltre che criteri ordinatori del reale, rientra perfettamente nella tendenza post-moderna a smarrire modelli e criteri ordinatori. Come mostrano alcune metafore utilizzate, da quella del *pastiche* [30] a quella del *patchwork* [31], la tendenza è a rinunciare ad uno stile unificante, in favore di uno stile assemblante, che mescola elementi variegati e persino incompatibili. L'immagine del *patchwork,* che affianca pezze con colori, disegni, stoffe e materiali diversi, oltre a rimandarci ad un mondo che tende a sommare elementi diversi e persino opposti, senza neanche il tentativo di renderli affini o coerenti ci fa capire il tipo di sguardo di cui abbiamo bisogno per cogliere questa nuova giuridicità: uno sguardo diverso e specifico per ogni tassello, senza che sia possibile passare dall'uno all'altro con la presunzione della loro somiglianza. E tuttavia, come nel *patchwork*, l'accostamento delle diversità, per quanto azzardato, non produce effetti impossibili e può persino arrivare a risultati piacevoli.

Il problema è che dalla sfera della comunicazione, questa tendenza dei diritti a farsi semplici recipienti puramente nominalistici, privi di referenti certi e di una propria specifica «grammatica», si travasa anche nella sfera giuridica, dove le richieste di «riconoscimenti» dei vari diritti si sommano, senza poter arrivare ad una selezione, che sia «universalmente» condivisa. L'accostamento di tante diversità sembra oggi rivelare, come mai nel passato, quanto la questione «giuridica» dei diritti sia esposta alle coloriture storiche, sociali e culturali delle diverse società [32]. Si genera così in continuazione un para-

---

[30] Si veda G. Minda, *La teoria postmoderna del diritto*, in M. Bessone-E.Silvestri-M. Taruffo, *I metodi della giustizia civile*, Cedam, Padova, 2000, p. 182 ss.

[31] Ad esempio, A. Smith, *National Identity*, Penguin, London, 1991, p. 157. L'espressione viene ripresa anche da altri autori. Ad esempio, C. Geertz, *Mondo globale, mondi locali*, Il Mulino, Bologna, 1999 e D. De Masi, *L'ozio creativo*, Ediesse, Milano, 1997.

[32] Ciò è conseguenza di quanto ha osservato Bobbio, ossia che «i diritti non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono o possono nascere». Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. XIV.

dosso. Per un verso, sembra che mai, come oggi, si sia andati vicini ad un'accezione universalistica dei diritti, che cioè vale per tutti, a dispetto di ogni diversità di nazione, razza, religione, stato, sesso ecc. La società globale presenta un'inarrestabile tendenza all'assimilazione perché, attraverso l'abbattimento delle barriere di spazio e di tempo, mette in connessione tutti con tutti: i diritti si fanno contagiosi e si diffondono. Ma essi non perorano solo la causa dell'uguaglianza, ma anche quella della «diversità nell'uguaglianza». Mai come oggi le valenze culturali e storiche dei diritti sono state così evidenti e scoperte. Così assimilazione e diversificazione procedono parallelamente, secondo un percorso del tutto nuovo. La globalizzazione tiene dentro tutto: le attese di libertà di soggetti individui di cui ha anche bisogno il capitalismo in espansione, ma anche le aspirazioni dei popoli, delle etnie, delle culture a preservare se stessi: così, mentre apparentemente trionfa il pensiero «unico», il catalogo dei diritti si espande sempre più, rendendo evidente che lo sguardo tradizionale è troppo ristretto per contenere tutte le possibilità che si danno in materia di diritti.

La scoperta delle valenze «culturali» dei diritti ci fa andare molto oltre l'idea di possibili «dissonanze» dovute a culture arretrate o tradizionali e ci pone di fronte a paradossali divergenze interne alla stessa cultura occidentale e capitalistica. Si pensi alla pena di morte ed alla lesione che essa profila di un diritto fondamentale come quello alla vita. In un mondo «occidentale» prevalentemente assimilato, dove si tende a mangiare le stesse cose [33], a vestire gli stessi vestiti e a vedere gli stessi film, qual è la chiave per intendere la persistenza di una divaricazione tanto grande in materia di diritti? Ad una cultura giuridica europea che ha definitivamente recepito la lezione di Beccaria contro la pena di morte, sembra contrapporsi clamorosamente la persistenza di tale pena in terra americana, dove viene condivisa senza problemi da entrambi gli schieramenti politici esistenti [34]. D'altra parte, la divaricazione riguarda altrettanto il tema dei poteri dello stato: così si può notare il paradosso per cui, proprio negli Stati Uniti, il più liberale dei paesi occidentali, lo stato si arroga il più «sovrano» di tutti i poteri, quello di togliere la vita.

La ridondanza del linguaggio dei diritti, la sua capacità di tenere dentro paradossi e contrasti, dà luogo ad un ambiente giuridico costituito come catena e interazione continuata tra «ciò che è», «ciò che potrebbe essere» e «ciò

---

[33] McDonald è la metafora per eccellenza di questa assimilazione alimentare ma non solo. Si veda G. Ritzer, *Il mondo alla McDonald*, Il Mulino, Bologna, 1997.

[34] Va annotata, nelle ultime elezioni presidenziali americane, la posizione «originale» di R. Nader, unico «candidato» ad avere dichiarato la propria opposizione alla pena capitale: con il 2,5% di voti conquistati da Nader, è d'altra parte evidente qual' è la probabile consistenza di una eventuale opposizione sociale su questo tema.

che dovrebbe essere». Queste varie possibilità di percorso, ramificate e complesse, del linguaggio dei diritti, come si è detto, non procurano un sufficiente coordinamento delle azioni; si limitano a creare un ambiente in cui i vari riferimenti etici, sociali, storici comunicano con quelli giuridici [35]. In altre parole, il linguaggio dei diritti, mescolando senza posa il piano della realtà, il piano delle aspirazioni e il piano del «dover essere», pone la questione dei diritti, in quanto questione giuridica, in una situazione di sospensione e di continuo slittamento tra questi vari livelli.

## 5. Oralità del linguaggio dei diritti: tra diritto e non diritto

L'importanza odierna della dimensione comunicativa per i diritti ci conduce altresì ad esaminare la collocazione del linguaggio dei diritti rispetto alla endiadi oralità/scrittura.

Oralità e scrittura sono due diversi modi della comunicazione, con diverse caratteristiche e funzioni [36]. Con riferimento ad una stessa lingua questi due *media* comunicativi svolgono funzioni analoghe ma differenziate quanto a efficacia, profondità, capacità di sofisticazione. Tuttavia, il riferimento a queste due possibilità espressive va differenziato a seconda che ci si riferisca ad una stessa lingua o all'incontro tra lingue diverse: quando si tratta di mettere in relazione persone di lingue e contesti diversi, le capacità dell'oralità sono senz'altro più elevate. Per questa ragione, la globalizzazione sembra premiare questa modalità di comunicazione giuridica [37], che ha maggiore capacità di superare la distanza tra le diversità linguistiche, storiche, culturali ecc. L'oralità è flessibile e tollerante, tanto quanto la scrittura è rigida ed esigente. Tuttavia, nelle società moderne e post-moderne, l'oralità da sola non può bastare: essa ha bisogno di alcuni ancoraggi scritti, di alcune linee guida per indirizzarsi verso esiti congruenti.

---

[35] A questa prospettiva sembra vicino Habermas quando vede nei diritti le condizioni per istituzionalizzare «i presupposti comunicativi che sono indispensabili a una ragionevole formazione della volontà politica». Cfr. J. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 220. Appare tuttavia necessario osservare che, sul piano transnazionale, il nesso tra diritti e «volontà politica» è assai meno scontato. È proprio perché non c'è uno sbocco di questo tipo che il linguaggio dei diritti può essere così accogliente e tollerante.

[36] Si veda W.J. Ong, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Il Mulino, Bologna, 1982.

[37] Per riferimenti più ampi su questo tema rimando al mio *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., ultimo capitolo.

Vi sono espressioni giuridiche che si avvalgono esclusivamente della forma scritta: l'espressione giuridica più tipicamente giuspositivista, il diritto legislativo, ad esempio, si avvale esclusivamente della scrittura. Vi sono altre espressioni giuridiche, come il *common law*, che hanno forma prevalentemente orale. Più frequentemente, il diritto moderno si avvale di entrambe queste diverse «tecnologie della parola», come le chiama Ong, mescolandole in vario modo. Ad esempio, il nostro diritto giudiziario è prevalentemente scritto ma contempla varie aperture all'oralità, mentre il *judge-made-law* è prevalentemente orale, pur avendo alcuni riferimenti ed approdi di tipo testuale.

Ora, il tema dei diritti è, per sua conformazione, prevalentemente consegnato alla dimensione orale. I diritti, in quanto entità giuridiche, hanno la propensione a presentarsi piuttosto in forma orale che scritta: in quanto espressione giuridica «dal basso», essi navigano in un contesto comunicativo allargato, che incide costantemente sulla loro elaborazione anche giuridica. In altri termini, la questione dei diritti, in quanto questione giuridica, oggi si struttura e ristruttura continuamente attraverso un flusso comunicativo che, pur includendo anche riferimenti giuridici, non è strettamente giuridico.

Parlando di «oralità» del linguaggio dei diritti, in altri termini, si intende riferirsi al fatto che, lungo la comunicazione, i diritti non assumono un tono prettamente giuridico ma di volta in volta sfumature etiche, culturali, politiche e giuridiche. I diritti costituiscono infatti un tema giuridico a bassa tecnicità, che si presta particolarmente ad essere parlato «dal basso»: si capisce che la comunicazione giuridica intorno a questo tema si presti ad un continuo sconfinamento nella comunicazione sociale, etica, culturale, politica ecc. È come se i diritti, in quanto entità giuridiche, vivessero immessi in una fitta rete comunicativa assai più di quanto non accada per altri temi giuridici. In questa rete di comunicazione prevalentemente «orale», gli elementi di natura giuridica sono costantemente aperti a registrare apporti, significati e dimensioni elaborati nelle diverse sfere sociali precedentemente dette [38].

È questa «oralità» del linguaggio dei diritti che consente la sua flessibilità, cosicché esso, in quanto ricco di risonanze simboliche, si presta a suggerire l'idea di una naturale irriducibilità della loro portata, mentre al contempo consente manipolazioni verbali e adattamenti concreti, che tuttavia sembrano non intaccare il loro nucleo essenziale di riferimento.

Non che manchino i testi giuridici sui diritti: anzi, le scritture sui diritti hanno un'importanza ed una solennità superiore a quelle di altri testi giuridici. Si

[38] Va detto che, specialmente nel caso americano, è sempre apparsa con particolare evidenza l'importanza di questa tessitura che i diritti hanno mantenuto con le varie sfere della comunicazione sociale.

pensi qui non solo e non tanto alle costituzioni, che, oltre ad essere documenti giuridici statali sono, come attesta il caso inglese, non necessariamente scritti. Si pensi piuttosto a quelle Dichiarazioni o Carte dei diritti di carattere «universale» o «internazionale», che hanno contrassegnato la storia dei diritti. Ebbene, nonostante l'alto rango di questi documenti nella storia dell'etica umana, la loro «scrittura» appare contrassegnata da alcune precarietà, che non le rende assimilabili ad altri documenti giuridici scritti di natura legislativa. La prima ragione di debolezza sta nell'impossibilità di adottare per i diritti il linguaggio delle norme, con i suoi arredi di obblighi e sanzioni: come si è già accennato, si tratta di linguaggi asimmetrici, se non antitetici. I diritti non possono essere oggetto di un obbligo per i soggetti [39] e, anche quando sembrano configurare un obbligo per gli stati, non sono sostenuti da un conseguente apparato sanzionatorio [40]. Più in generale, a questa debolezza, già tipica del diritto internazionale, occorre aggiungere l'ambiguità dello stesso rapporto dei diritti con la legalità, che è piuttosto incerto, come si è già detto. Una seconda ragione di precarietà di tali scritture sta nel fatto che questi documenti adottano un criterio di asimmetria tra i diritti, che si assumono universali, e dunque indifferenti allo spazio, e lo spazio della giuridicità, che è stato fino ad oggi sempre contrassegnato dai confini degli stati. Quei documenti, pertanto, anticipano il riferimento ad uno spazio di tipo transnazionale, che non è ancora costituito giuridicamente, se non attraverso il mezzo «privatistico» del contratto.

## 6. La transnazionalità del linguaggio dei diritti

Vediamo ora in che senso il linguaggio dei diritti oggi abita naturalmente e si espande progressivamente nella sfera transnazionale.

---

[39] Si può parlare di un obbligo per lo stato di apprestare le difese per i diritti o i mezzi per attuarli, ma il soggetto non può essere obbligato a fruire il proprio diritto.

[40] Si veda, ad esempio, U. Villani, *Attuazione e sviluppi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Ragion pratica*, n. 11 (1998), dove si osserva ripetutamente la resistenza degli stati verso l'obbligatorietà della *Dichiarazione*. Si noti inoltre quanto osserva Viola: «il grado molto basso (se non addirittura inesistente) di stretta obbligatorietà legale della *Dichiarazione* serve a mantenere la distinzione tra i diritti dell'uomo e i diritti fondamentali, che sono quelli contenuti nelle costituzioni statali. Assimilare i primi ai secondi significa eliminare il potenziale critico che i diritti umani possiedono nei confronti dei modi e delle forme della loro recezione nel diritto interno. La sporgenza assiologica dei diritti morali nei confronti dei diritti legali permette di rendere ragione dell'evoluzione dei diritti fondamentali». Cfr. F. Viola, *Dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ai Patti internazionali. Riflessione della pratica giuridica dei diritti*, nello stesso numero della rivista *Ragion pratica*. La citazione è tratta da p. 45.

Quando si parla di uno spazio giuridico transnazionale, non si deve pensare ad un semplice ampliamento dei confini statali. «Transnazionale» non equivale a «internazionale». La dimensione internazionale è contrassegnata dalla stessa logica dei confini che era propria degli stati: alcuni stati, accordandosi, decidono di riconoscersi in una giuridicità che ha un territorio allargato rispetto al proprio. La dimensione transnazionale non costituisce il riferimento ad una sorta di giurisdizione allargata; essa è anzi, in un certo senso, la negazione di ciò: il suo riferimento non è ai confini ed alla certezza, ma è all'attraversamento dei confini ed all'incertezza. Lo spazio transnazionale è quello spazio mobile e cangiante disegnato e ridisegnato in continuazione dai soggetti che lo percorrono specialmente con le loro comunicazioni: comunicazioni sociali, giuridiche, politiche, economiche ecc. Siamo cioè in uno spazio che ha confini sempre incerti e mobili e che viene costituito non da altro se non dalla comunicazione stessa. Questa nuova spazialità non ha dunque riferimenti giuridici fissi e produce una giuridicità che non è condizionata dallo spazio, ma che costituisce essa stessa di volta in volta il suo spazio.

Ora, questa nuova spazialità è stata, per così dire, un'invenzione del mercato e della tecnologia, piuttosto che della politica. La politica si è sempre organizzata intorno al territorio ed al controllo dello stesso, e così ha tradizionalmente fatto anche il diritto, in una sorta di gioco mimetico della politica: il *nomos* era, tipicamente, «*nomos* della terra» [41]. L'economia capitalistica ha anch'essa trovato a lungo la sua organizzazione negli stati ma, fin dai suoi esordi mercantilisti [42], ha sempre mostrato una tendenziale irrequietezza rispetto a questa spazialità definita dal controllo statale. Le cosiddette «multinazionali» sono sembrate a lungo compatibili con questo tipo di organizzazione: non a caso, come mostra lo stesso termine «multinazionali», il riferimento era ancora alle «nazioni». Ma esse erano, in realtà, le prime manifestazioni di una capacità delle imprese di svincolarsi dal territorio statale e di determinare una diversa spazialità [43]. Perché si passasse alle imprese «transnazionali», occorreva quella crescita della capacità di movimento dell'economia, che è stata data sia dalle nuove tecnologie elettroniche, sia dalla liberalizzazione finanziaria, che ha finito per sottrarre in gran parte la moneta al controllo

---

[41] Il riferimento è all'opera di C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1991. Per Schmitt, che critica la riduzione giuspositivistica del *nomos* a legge, il *nomos* è «la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo» (p. 59). La prospettiva schmittiana viene ripresa da S. ORTINO, *Il nuovo Nomos della terra*, Il Mulino, Bologna, 1999.

[42] Sui nessi tra capitalismo e mercantilismo, P. TIBERI VIPRAIO, *Dal mercantilismo alla globalizzazione. Lo sviluppo industriale trainato dalle esportazioni*, Il Mulino, Bologna, 1999.

[43] Si veda P. TIBERI VIPRAIO, *op. cit.*, p. 199 ss.

degli stati [44]. Le imprese transnazionali sono la prima misura evidente di uno spazio economico che viene inventato dai traffici economici, così come Internet inventerà uno spazio comunicativo attraverso la stessa comunicazione.

L'invenzione di questa spazialità fittizia, che è dunque in grado di travalicare i confini statali, segna una differenza importante nei rapporti tra economia e istituzioni politiche. Solo l'economia è attrezzata per «abitare» questo spazio, mentre le istituzioni politiche non lo sono. Ma si realizza altresì un divorzio parziale tra istituzioni politiche e istituzioni giuridiche: mentre le prime non possono che restare nel proprio territorio, o al massimo elevarsi alla dimensione internazionale o sovranazionale [45], le istituzioni giuridiche, che tradizionalmente erano legate al territorio statale, oltre a inseguire le dimensioni internazionale e sovranazionale, tentano l'impresa di installarsi anche nella dimensione transnazionale. Non a caso, con la globalizzazione, vengono valorizzate quelle espressioni giuridiche che sono a-politiche, come il contratto, che trova il proprio fondamento nell'accordo e nello scambio, o come i diritti, che sono radicati nelle potenzialità individuali o di gruppo.

L'istituto giuridico che appare pronto per essere utilizzato in questo spazio è il contratto: il contratto, con la sua capacità di mettere insieme volontà diverse e di assecondare scelte private, appare il mezzo più adatto per dare un sostegno giuridico ai rapporti transnazionali. La centralità del contratto nei rapporti transnazionali spiega altresì perché nel mondo globale si nota talora la tendenza a sacrificare i diritti del cittadino, visto come soggetto politico, a vantaggio dei diritti del consumatore, visto come soggetto economico: questa tendenza non deriva solo dal riconoscimento di un ruolo centrale all'istituzione del mercato; deriva altresì dal fatto che lo strumento contrattuale, essendo già adatto alla dimensione transnazionale, può accompagnare agevolmente i soggetti di questo spazio, e può essere adattato in modo da incorporare anche la difesa di soggetti deboli, come i consumatori, e mobili nello spazio, come i molti soggetti migranti per le ragioni più varie.

In questa nuova spazialità, che è tendenzialmente indipendente dagli stati, anche i diritti trovano un ambiente favorevole: non solo per la loro tendenziale indipendenza da un momento costitutivo statale, ma anche perché dispongono di riferimenti giuridici che sono anch'essi, per così dire, transnazionali.

In primo luogo, nel mondo globalizzato, come si è detto, i diritti tendono

---

[44] Si veda S. STRANGE, *Denaro impazzito. I mercati finanziari: presente e futuro*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999. Per uno sguardo sulla situazione italiana, si veda S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 157 ss.

[45] Si dirà più avanti delle tensioni che sono insite nella dimensione sovranazionale.

a perdere quella grammatica che li teneva insieme nel passato e a sommarsi in un catalogo incoerente, con esiti paradossali: più le differenze crescono, più le coloriture culturali dei diritti mettono in scacco la presunzione di razionalità, più aumenta la loro «contestualizzazione» [46], più diventa difficile costruire dall'alto coperture giuridiche capaci di soddisfare esigenze contrastanti. Affidandosi prioritariamente a processi comunicativi, a dispetto delle differenze, i diritti del mondo globale possono sperimentare nuovi incontri, aggiustamenti e compromessi, raggiungere bilanciamenti e vie di coesistenza: il linguaggio funziona, in altri termini, come un elaboratore di soluzioni giuridiche. Si è già detto che, grazie alla propria oralità, il linguaggio dei diritti funziona come un contenitore che tiene in collegamento costante produzioni sociali, culturali ed etniche, con possibili abiti ed esiti giuridici. Si può ora aggiungere che esso, grazie alla propria transnazionalità, tiene in collegamento questi due poli da un capo all'altro della terra.

In secondo luogo, le varie Carte e Dichiarazioni dei diritti che si autoproclamano «universali», proprio per la loro presunzione di universalità, sono tipicamente riferite ad uno spazio indefinito e potenzialmente totale. Esse altro non sono che forme di comunicazione, a metà tra l'enunciazione di principi etici e il progetto giuridico; ma proprio il loro carattere essenzialmente comunicativo, indefinito, persino la loro genericità, il loro tono promozionale, le rendono adatte alla bisogna di una società transnazionale: come delle mappe di orientamento, dei primi strumenti di cui servirsi per dare alla comunicazione sui diritti dei riferimenti più sicuri e dei «punti di convergenza» [47].

Ovviamente il problema della positivizzazione dei diritti nello spazio transnazionale è ancora in massima parte irrisolto, ma non più di quanto lo sia stato affidandosi al diritto internazionale. Anzi, proprio istituzioni di tipo sovranazionale, come la Corte di giustizia, hanno fatto per l'affermazione dei diritti più di quanto non avessero fatto nel passato i tradizionali soggetti di diritto internazionale.

D'altra parte, lo spazio transnazionale, almeno per il momento, non è tanto chiamato a dare risposte giuridiche positive, quanto a costruire un ambiente giuridico capace di far dialogare sui diritti soggetti, gruppi, popoli, culture, tradizioni, a dispetto della diversità e talvolta, persino a dispetto della loro presunta inconciliabilità. Vi è insomma una «globalità dei diritti» [48], come una

---

[46] Si veda F. VIOLA, *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, p. 45.

[47] A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1988, p. 61.

[48] Si veda D. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

grande rete dei diritti, che registra ripercussioni da un punto ad un altro. Ma il linguaggio dei diritti, in quanto transnazionale, non è ancora un luogo per risposte politiche o per legami comunitari: è solo una premessa per tutto questo, una premessa basata sulla possibilità dell'incontro e della comunicazione.

## 7. Costituzionalizzazione e «diritto in *stand-by*»

In che rapporto sta ciò che abbiamo chiamato il «linguaggio dei diritti» con il cammino di copertura giuridica degli stessi? Finora è emerso che questo grande laboratorio della comunicazione sui diritti contribuisce, oltre che a mettere in circolo le varie culture dei diritti esistenti, a renderle disponibili ad incontri, scontri, adattamenti, giochi di influenza e coesistenza, possibilità di coesistenza ecc. Si è visto come le varie Dichiarazioni e Carte dei diritti proclamate a livello internazionale o «universale» sono parte di questa comunicazione: per quanto scritture di carattere giuridico, contano più come manifesti di natura culturale, che come dei definitivi punti di riferimento giuridico. Come passare allora a una costruzione prettamente giuridica dei diritti? Quali le strade più appropriate per l'affermazione giuridica dei diritti nella dimensione transnazionale? Va subito detto che, a differenza che nel passato, quando il diritto costituzionale a matrice statale giocava un ruolo decisivo e dava luogo ad una serie di competenze definite, oggi, con la globalizzazione, non esiste più una strada unica: piuttosto si danno varie possibilità di percorso e di strumenti. Si può far ricorso a strumenti di tipo «contrattuale» «giudiziario», oltre che a processi di «costituzionalizzazione». È opportuno precisare che cosa si intende con questi due termini.

Il termine «contratto» vuole qui riferirsi a tutti quegli strumenti di diritto internazionale di tipo pattizio, come i trattati, con cui alcuni stati si obbligano reciprocamente a rispettare un certo regime di diritti. Questa strada, già ampiamente battuta [49], e che continuerà ad essere battuta, pur tra molte potenzialità, ha alcuni limiti che non è difficile vedere: primo fra tutti, il limite della reciprocità, che sembra negare l'identità «umana» o «universale» dei diritti. Essa può funzionare bene solo per alcuni diritti, preferibilmente non fondamentali o accessori: questi patti di reciprocità, del tipo dei cosiddetti «patti sociali» possono, ad esempio, riguardare la fruizione di alcuni diritti di

[49] Basti ricordare che la stessa Unione europea ha origini di questo tipo. Sulla questione torna ripetutamente A. Barbera, *Esiste una «Costituzione europea?»*, in *Quaderni cost.*, n. 1/2000.

cittadinanza, come il voto, o di non discriminazione nel mercato del lavoro o di libertà di movimento ecc.

Anche la produzione e il riconoscimento dei diritti per via giurisprudenziale sono cresciuti considerevolmente. Questo tratto proprio della cultura giuridica nordamericana ha trovato espressione in casa europea attraverso il ruolo svolto specialmente dalla Corte di Strasburgo, che si è affermata come «vero giudice europeo», elaborando propri principi e persino una propria carta dei diritti *ante litteram*[50]: essa è riuscita non solo a vincere la resistenza di alcune Corti costituzionali nazionali, ma altresì a stabilire un proprio «"rapporto privilegiato" con i giudici nazionali»[51], così costituendo una propria rete interattiva a base transnazionale[52] .

Ma il futuro dei diritti è soprattutto nei processi di costituzionalizzazione[53]. Questi processi sono parte di un importante processo di ristrutturazione dei pubblici poteri che si è verificato e si sta verificando nel mondo occidentale e specialmente nello spazio europeo, attraverso le sue istituzioni e i suoi percorsi.

Con il termine «costituzionalizzazione», si vogliono qui indicare una serie di tendenze. Innanzitutto il carattere processuale del percorso per arrivare a definire un certo regime di diritti. Ma anche il carattere «aperto» e dinamico di eventuali testi costituzionali «scritti» a cui tali processi conducono: mentre segnano un avanzamento di tipo documentale, eventuali «carte» dei diritti funzionano come piattaforme di accordo non sottratte a ulteriori e continui ritocchi, aggiustamenti, contrattazioni ecc., formali e materiali, dovuti alla varietà dei soggetti chiamati a interagire ed alla pluralità di riferimenti che questi possono avere. L'«incompiutezza» e la «fluidità» diventano condizioni permanenti, cosicché «i conflitti vengono evitati». Si va così disegnando un assetto in cui, come nell'Europa medievale, «nessuna istituzione è totalizzan-

---

[50] Si veda E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 1/1996, dove alla Corte europea si attribuisce un ruolo simile a quello della Corte suprema americana e la creazione «di una vera e propria *higher law*, avente ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali, che è andata a sovrapporsi a quella dei singoli stati» (p. 184).

[51] Cfr. S. CASSESE, *La Costituzione europea*, cit., p. 494. La citazione precedente è tratta da p. 493.

[52] Si veda C. JOERGES, *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. critica dir. privato*, n. 2, giugno 2000, dove si traccia il profilo di decisioni giudiziarie «interattive» in materia di diritto privato.

[53] Si veda J. HABERMAS, *La costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999.

te e prevale l'*indirect rule*»[54]. Il riferimento ad uno spostamento istituzionale che richiama alcuni caratteri dell'età medievale può essere rafforzato da quanto nota Fioravanti: «l'età medievale può essere descritta come l'età in cui il discorso sulla costituzione cessa di appartenere in via esclusiva al campo politico e morale, del perfezionamento dell'uomo attraverso l'esperienza della comune cittadinanza politica, e inizia a entrare nel mondo del diritto, a divenire discorso giuridico, che nasce dalla pratica sociale»[55].

A farsi promotori di aggiustamenti e ritocchi dell'ordinamento costituzionale potrebbero essere gli individui quanto gli Stati, i soggetti pubblici come i soggetti privati. Certamente gli Stati, per arrivare ad un'armonizzazione di tipo politico, passeranno anche attraverso reciproci conflitti. Come ha osservato Habermas, «anche in una Unione politicamente costituita, non potrebbero sparire del tutto gli elementi – oggi onnideterminanti della *trattativa* e dell'*accordo pragmatico* [*Vereinbarung*] tra gli stati membri»[56]. Ancor più, i privati, individui e gruppi, nonché ONGs, avvertiranno la tentazione di inserirsi in questo processo di fluida costituzionalizzazione, per far valere proprie istanze e richieste di riconoscimenti. Si pensi altresì che i processi di privatizzazione incrociano anche questioni di diritti e che princìpi, come quello di «sussidiarietà», enunciato nel trattato di Maastricht, permettono una mobilità delle frontiere tra ciò che è privato e ciò che è pubblico, che non può non avere riflessi anche in materia di diritti, ad esempio, cambiandone gli interlocutori e i soggetti responsabili della loro realizzazione.

Le «Carte» dei diritti di carattere sovranazionale, insomma, sono diverse sia dai tradizionali documenti costituzionali nazionali, sia dalle «Carte» o «Dichiarazioni» a carattere internazionale. La differenza da queste ultime è data da un più stringente rapporto con la sovranità, che fa apparire le carte sovranazionali come documenti giuridici vicini ad una valenza «positiva». Le Costituzioni, d'altra parte, pur essendo dei documenti giuridici non assimilabili ad un testo legislativo di carattere prettamente prescrittivo, in quanto impregnate di valenze politiche ed etiche, potevano tuttavia considerarsi dei prodotti «finiti», destinati a influenzare ed a dare un certo corso alla vita giuridica di un determinato paese. Esse erano frutto di un «potere costituente» ed avevano una pretesa fondativa rispetto al complessivo assetto giuridico. Mentre una simile pretesa sembra inerire altresì alle carte sovranazionali, essa è tuttavia attenuata da vari aspetti che occorre considerare. Due osservazioni appaiono importanti.

---

[54] Cfr. S. Cassese, *Gli stati nella rete internazionale dei pubblici poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/1999, p. 328.

[55] Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 34.

[56] J. Habermas, *La costellazione postnazionale.*, cit., p. 84.

Innanzitutto, al potere costituente di una nazione ineriva un carattere originario, che sembra mancare nel caso delle Carte sovranazionali: qui i principali soggetti «costituenti», ossia gli stati, sono già «costituiti», per così dire, e si portano dietro ciascuno la propria densa storia, con le sue specificità. Ma vi è di più: essi non sono neanche assimilabili a degli stati «sovrani», che accedono ad un patto di diritto internazionale: gli enti sovranazionali appaiono infatti spesso imporsi agli stati stessi, e quasi a dispetto di questi [57]. Non a caso si fa continuamente riferimento ad uno «svuotamento» delle sovranità nazionali, attraverso le varie normative comunitarie che le sommergono e le travolgono [58]. Così questi poteri costituiti-costituenti, sono destinati a pesare in un modo diverso dai vecchi poteri costituenti [59]. D'altra parte, come ha notato MacCormick, oggi, in una nuova realtà istituzionale che non sta più nelle categorie del diritto internazionale e dei suoi presupposti pattizi, che vedevano gli stati in una posizione di indiscussi padroni, cresce il rischio di «collisione» tra essi [60].

Sembra insomma che la dimensione sovranazionale si ponga, per così dire, come una via di mezzo tra la tradizionale dimensione internazionale, che veniva e viene costituita dalla volontà degli stati, e la rivoluzionaria dimensione transnazionale, che continuamente attraversa e supera gli stati, senza aver bisogno del loro consenso [61]. L'invenzione della dimensione transnazionale sembra quasi il frutto di un'astuzia della storia, per superare le resistenze degli stati e, con esse, la tradizionale debolezza del diritto internazionale.

Ancorché lo spazio dell'Unione sia del tutto definito, in esso circola come uno spirito transnazionale, capace di imporsi agli stati stessi[62], che è in conti-

---

[57] Importante, sotto questo profilo, è stato il passaggio dalla regola dell'unanimità a quella della maggioranza qualificata per le decisioni del Consiglio, così come l'aumento dei poteri della Commissione.

[58] «Nessuno stato in Europa occidentale è più uno stato sovrano […]. Dove una volta c'erano, o possono esserci stati, stati sovrani, vi è stata una unione o fusione nell'ordine normativo comunitario di alcuni dei poteri degli stati in materia di legislazione, decisione giudiziaria e implementazione del diritto in relazione ad un ampio ma controllato spettro di questioni». Cfr. N. McCormick, *Beyond the Sovereign State*, in *The Modern Law Review*, vol. 56, n. 1, Jan. 1993.

[59] Intorno a questa problematica, si veda il ricco contributo di A. Barbera, *Esiste una «Costituzione europea?»*, cit.

[60] Si veda N. McCormick, *Risking Constitutional Collision in Europe*?, in *Oxford, Journal of Legal Studies*, n. 3/1998.

[61] Ad esempio Internet, in quanto tecnologia della comunicazione e la *lex mercatoria*, in quanto insieme di moduli giuridici per gli affari economici intercorrenti tra paesi diversi, sono transnazionali, perché si impongono agli stati, piuttosto che derivare dal loro consenso.

[62] Come lucidamente osserva Cassese, la stessa struttura organizzativa originaria della

nua espansione [63]. Questo carattere misto delle carte e degli enti sovranazionali, a metà tra dimensione internazionale e dimensione transnazionale, in cui gli stati un po' sono co-produttori e un po' ricettori di nuove normative sui diritti, così come in altri campi, può contribuire anche a spiegare il senso di espressioni come «taking rights home», impiegata dagli inglesi a proposito dello *Human Rights Act* del 1998, con cui essi hanno inteso dare realizzazione all'*European Convention on Human Rights* [64].

Un secondo aspetto appare meritevole di nota: le Carte sovranazionali sono, prima che documenti giuridici, il tentativo di recintare la comunicazione transnazionale sui diritti in un certo spazio. Esse sono in parte «anticipazioni» [65], come le chiama Habermas, di un quadro politico che ancora non è coperto da sufficiente legittimazione. Le carte sovranazionali riempiono questo vuoto, assolvendo sia a compiti di legittimazione, che di integrazione [66]. La loro connessione con la sfera comunicativa, prima ancora che con la sfera strettamente giuridica, è del tutto palese nel caso della carta europea dei diritti: questa, infatti, mentre appare compiuta in quanto «scrittura», ossia come definizione di una più o meno coesa «grammatica» dei diritti in casa europea, non ha ancora una valenza giuridica definita, costituendosi come un documento giuridico in *stand by*, per così dire.

Ma nel frattempo, essa svolge una funzione tutt'altro che secondaria, segnando il tentativo di ritornare ad una specifica «cultura dei diritti», ritagliandola nel debordante flusso comunicativo del «linguaggio dei diritti». Indicativo in proposito è il riferimento all'art. 2 della Carta europea, in cui

---

Comunità europea conteneva due organismi «a carattere transnazionale», ossia la Commissione e la Corte di giustizia, «il carattere transnazionale della Commissione e della Corte deriva dal fatto che, nonostante la nomina dei componenti di tali organismi si fondi su accordi tra i governi nazionali, gli organismi sono chiamati a curare un pubblico interesse specificamente comunitario, donde la denominazione di 'cani da guardia dello spirito comunitario' o 'custodi dell'interesse comunitario' […]. Ciò comporta che chi ne fa parte, pur nascendo in uno stato, si debba svestire delle proprie caratteristiche originali nazionali e servire il corpo internazionale, nel rispetto del principio di lealtà». Cfr. S. Cassese, *La Costituzione europea*, in *Quaderni cost.*, n. 3, dicembre 1991, p. 488.

[63] *Ivi*, p. 492.

[64] Si veda J. Miles, *Standing Under the Human Rights Act 1998: Theories of Rights Enforcement & the Nature of Public Law Adjudication*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. LIX, march 2000 e P. Leyland, *Human Rights Act 1998: riportare i diritti a casa?*, in *Quaderni cost.*, n. 1/2000.

[65] «La stipulazione di una 'carta' europea anticipa le modificate competenze di una costituzione, ma quest'ultima può funzionare solo dopo che ha preso piede il processo democratico da essa stessa innescato». Cfr. J. Habermas, *La costellazione postnazionale*, cit., p. 88.

[66] Si veda G. De Burca, *The Language of Rights and European Integration*, cit., pp. 40-43.

viene proibito il ricorso alla pena di morte: ora, poiché in nessuno stato europeo è previsto il ricorso alla pena di morte, è chiaro che quel divieto corrisponde, più che al bisogno di fissare un obbligo giuridico, all'intento di segnalare una specificità etica e culturale dell'Europa, e magari di farne un importante riferimento per la comunicazione globale. Altrettanto, la fissazione nella carta europea di alcuni diritti sociali [67] vuole essere non solo un modo per positivizzare tali diritti, ma anche un'insegna luminosa accesa nella comunicazione globale, che attende ulteriori adesioni.

Anche in questo caso, la difficoltà di arrivare ad un esito giuridico definito deriva dalla contaminazione tra dimensione internazionale e dimensione transnazionale: l'istituzione europea è proliferata un po' per volontà degli stati e un po' loro malgrado e si capisce che, laddove gli stati possono ricorrere ai loro poteri di soggetti di diritto internazionale, siano tentati di farlo, bloccando una giuridicità «sovranazionale» che rischia di metterli sempre più nell'angolo. A queste debolezze dell'Unione si è suggerito di porre rimedio in vari modi. F. Mancini perorava la causa di un vero e proprio «stato europeo» [68] e c'è chi pensa piuttosto ad una scelta di tipo federale, come la più congrua per combinare al meglio le istanze comunitarie con il mantenimento di sfere di autonomia degli stati [69]. In tutti i casi viene auspicato un maggiore radicamento «politico» e «democratico» dell'istituzione europea, come rimedio al cosiddetto «deficit democratico». Ora, mentre è innegabile che un cammino più deciso su questa strada è da intraprendere con più decisione, è tuttavia illusorio attendersi esiti di democrazia compiuta simili a quelli che abbiamo conosciuto nei nostri stati: è l'irruzione della dimensione transnazionale, con l'implicita sfida che essa pone al tradizionale spazio degli stati, a costituire la natura «sui generis» dell'Unione europea, ed i suoi deficit di democrazia [70]. Poiché transnazionalità e carenze democratiche vanno di pari passo, la dimensione sovranazionale cerca di riempire i vuoti, senza peraltro poter incorporare compiutamente le tradizionali strutture democratiche.

Da tutto ciò deriva una ulteriore specificità delle Carte sovranazionali:

---

[67] Si veda G. Bronzini, *I diritti sociali nella costituzione europea*, in A. Cantaro (a cura di), *Europa, politiche, diritti, costituzione*, Franco Angeli, Milano, 2000.

[68] F. Mancini, *Appunti per uno stato europeo*, in *Sociologia dir.*, n. 1/1999.

[69] J. Habermas, *La costellazione postnazionale*, cit. Questa opzione, espressa da J. Fisher, massimo responsabile alla politica estera tedesca, viene fatta propria anche da G. Bronzini, *L'Europa dopo la guerra in Kossovo e la crisi austriaca*, in *I diritti dell'uomo*, 2000.

[70] Si veda P.L. Lindseth, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community*, in *Columbia Law Review*, vol. 99, n. 3, *april* 1999, dove si sostiene il carattere amministrativo delle istituzioni sovranazionali come l'Unione europea.

esse sono destinate a costituire dei documenti ben più «soft» dei tradizionali testi costituzionali: mentre sono dei prodotti giuridici, degli *output,* destinati ad avere influenza su futuri assetti, restano contemporaneamente aperti anche ad apporti ed *input*, che arrivano in itinere. Ancora una volta, il caso della «costituzione» europea appare emblematico: essa appare una coperta che ognuno vuole tirare dalla sua parte. Così, nonostante una rigida e articolata enumerazione di diritti, individuali e collettivi, economici e sociali, di vecchia e di nuova generazione, essa ha un volto tutt'altro che definito e sembra in predicato tra una identità economicistica, disegnata prevalentemente dal mercato e dai suoi moventi efficientisti ed un'identità solidaristica, affidata ai diritti sociali [71]. Ma la competizione tra queste due anime non sarà risolta solo da un testo: essa sarà decisa via via, in un percorso che si annuncia dialettico e vivace e che, probabilmente, non avrà né vincitori né vinti definitivi, ma piuttosto una tensione irrisolta tra queste due opzioni [72], così come tra altre opzioni decisive in materia di diritti.

La carta europea dei diritti si può considerare emblematica anche per un ulteriore aspetto: come si è appena detto, molti lamentano che essa abbia avuto il suo tessuto connettivo più nell'istituzione del mercato che non in una comune identità politica e democratica. Ma, come si è cercato di spiegare, ciò è da collegare alle sue contaminazioni transnazionali: ancorché lo spazio dell'Unione sia del tutto definito, la sua tessitura intorno a moventi di mercato ha permesso di ritrovarsi più facilmente nella dimensione comunitaria: questo forse non sarebbe mai accaduto se si fosse partiti da un'identità politica: segno che anche il mercato può fare il suo lavoro per i diritti.

## 8. Diritti e fori: oltre la legalità e la giustizia

Nelle pagine precedenti si è a lungo insistito sull'idea che il linguaggio dei diritti è acefalo: esso non parte da un centro, è un laboratorio spontaneo in cui le varie idee, teorie e pratiche dei diritti, giuridiche e non giuridiche, si incontrano, si scontrano, si affiancano, si combinano. Il linguaggio dei diritti dà dunque conto di come oggi, nella comunicazione transnazionale, si formi

---

[71] Si veda V.P. Ridola, *Diritti di libertà e mercato nella Costituzione europea*, in *Quaderni cost.*, n. 1/2000.

[72] Del resto, com'è stato ricordato, «la questione della proprietà è proprio *l'altra faccia dei diritti sociali*: il legame non si può ignorare». Cfr. G. Palombella, *Diritti fondamentali. Per una teoria funzionale*, in *Sociologia dir.*, n. 1/2000, p. 81, corsivo dell'autore.

un catalogo dei diritti amorfo e variabile, destinato ad interagire con le varie «scritture» che si danno in materia di diritti. Siamo, in altri termini, di fronte ad una non irrilevante metamorfosi delle fonti, che, mentre da un punto di vista formale, rimangono invariate, da un punto di vista sostanziale, mettono radici nel terreno transnazionale, così registrando impulsi, torsioni ed apporti propri di questa «terra di nessuno».

Questo radicamento dei diritti nella dimensione comunicativa transnazionale, come si è detto, porta ad una significativa mutazione dello stesso diritto costituzionale. Se il cammino giuridico dei diritti passa soprattutto attraverso processi di costituzionalizzazione, ed il momento della scrittura, per quanto importante, non determina una chiusura definitiva dei significati, ciò significa che tali scritture danno luogo ad un diritto costituzionale diverso dal tradizionale diritto costituzionale, concepito come fondamento dell'edificio giuridico. L'idea kelseniana di una *Grundnorm*, che assicura coerenza ed armonia all'intero impianto giuridico, è destinata ad attenuarsi. Non che questo intento fondativo di Carte e Costituzioni transnazionali venga meno del tutto; piuttosto, esso è destinato a coesistere con spinte in senso contrario, che tendono alla introiezione di aspetti che turbano l'armonia e la coerenza dell'insieme. Insomma, non ci si può aspettare, in tempi di globalizzazione, di veder rivivere l'«eleganza» del vecchio diritto costituzionale, che, in ciascun paese, vedeva nella Corte costituzionale una sorta di sartoria *haute couture* per garantire il proprio stile e preservare le proprie linee. Il diritto costituzionale transnazionale sarà un terreno di lotta non solo in nome dell'armonia, ossia di quanti tenteranno di ricondurlo ad una chiave epistemica unitaria, ma anche in nome della disarmonia e del contrasto, ossia di quanti tenteranno di aprirne i significati, a dispetto dell'armonia dell'insieme. Per dirla in modo ancora diverso, la cesura che il diritto costituzionale sovranazionale, ciò che abbiamo chiamato costituzionalizzazione, segnerà rispetto al linguaggio dei diritti, sarà soltanto parziale: questo linguaggio «orale» tenderà a riattraversare i confini di volta in volta segnati dal diritto costituzionale, ad alterarne le coordinate.

La costituzionalizzazione dei diritti è un processo importante, che specie la realtà europea ci mette sotto gli occhi in maniera assai chiara. Ma il lavoro giuridico sarebbe tuttavia ancora incompiuto se ci si affidasse solo a questo processo: i diritti, in quanto entità giuridiche, oltre ad essere enumerati in un catalogo, devono essere esigibili, azionabili, o, come più efficacemente dicono gli anglosassoni, *enforceable*. Le esigenze di «effettività» dei diritti chiamano in causa soggetti istituzionali capaci di ricevere queste istanze di esigibilità e di dar loro risposta. Per tradizione, questi soggetti sono le corti, i giudici. Non per caso il passaggio da una piena democrazia ad uno strisciante costituzionalismo ha già visto emergere, anche in Europa, un protagonismo

delle magistrature e delle corti [73], che era tradizionale appannaggio della cultura istituzionale statunitense [74].

Sarà dunque anche sul terreno giudiziario che le partite sui diritti verranno via via giocate. La giustizia «costituzionale» avrà un'importanza sempre maggiore anche sul piano sovranazionale perché sarà il terreno di aggiustamento di istanze in conflitto e di pretese incoerenti. Insomma, è ragionevole attendersi che, parallelamente all'espansione del catalogo dei diritti nella sfera comunicativa, le risposte giuridiche, per essere sufficientemente fluide, corrano su un doppio binario: quello di una costituzionalizzazione mobile e ricettiva di istanze sempre nuove e quello di istituzioni di tipo giurisdizionale [75], che possano di volta in volta dare risposte e soluzioni ai conflitti, alle contraddizioni, ai bisogni in materia di diritti. Del resto, già oggi si può parlare di un «ruolo strategico che il giudiziario ha assunto nei paesi altamente sviluppati quando è in gioco la difesa dei diritti degli immigranti, dei rifugiati, di coloro che cercano asilo politico» [76]. Ma questo ruolo è destinato ad espandersi anche in direzioni nuove e fino ad oggi non sperimentate. I tradizionali «interlocutori» dei diritti sono destinati ad aumentare. Essi possono essere presenti non solo sui vari territori nazionali, che sono già dotati di un proprio catalogo, ma anche nello spazio transnazionale, dove le cose sono più incerte, sia perché più incerto è il regime giuridico in tale spazio, sia perché spesso più deboli ed esposte sono le persone che lo percorrono, specie nella veste di emigranti o rifugiati.

Si potrebbe parlare di una pluralità di «fori», che ci si può attendere in tempi di globalizzazione, ossia di luoghi di giustizia chiamati a intervenire specialmente in materia di diritti. Ma questi fori saranno non solo statali, ma anche sovranazionali, e probabilmente non solo pubblici, ma anche privati. L'espansione degli organi di giustizia internazionale e sovranazionale è sotto

---

[73] C.N. Tate-T. Vallinder (eds.) *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, University Press, N.Y., 1995.

[74] Riferendosi a questa americanizzazione giuridica, che deriva dalla globalizzazione, M. Shapiro, *The Globalization of Law,* in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. I, n. 1, *fall* 1993, retoricamente si chiede: «Mentre tutto il mondo parla di diritti umani, non ci tocca informare il mondo che trasformare i problemi sociali in questioni di diritti, così rafforzando le corti rispetto a capi politici responsabili davanti all'elettorato, non è stato negli Stati Uniti un successo senza macchie e non ha condotto alla risoluzione da parte delle corti di gran parte dei problemi sociali loro assegnati?» (p. 10).

[75] Si consideri, ad esempio, anche il ruolo delle varie *Authorities* che, com'è stato notato, assumono volentieri una «postura giudiziaria» e che hanno un ruolo di rilievo in materia di diritti.

[76] Cfr. S. Sassen, *Regulating Immigration in a Global Age: A New Policy Landscape*, in *The Annals of the American Academy*, n. 570, *July* 2000.

i nostri occhi. Basti pensare al ruolo svolto dalla Corte di Strasburgo anche in materia di diritti, con le sue forzature nei confronti degli stati. La privatizzazione dei fori è meno pronunciata e può apparire una strana previsione quando sono in gioco i diritti. Ma qualche segno di una privatizzazione strisciante già è in atto. Basti pensare a piccoli segnali: dall'espansione di forme di *mediation* e di ADR nella giustizia civile , al ruolo svolto nei tribunali nazionali, nei processi che coinvolgono stranieri e immigrati, dai cosiddetti mediatori culturali, che, oltre a tradurre parole [77], sono portatori di punti di vista etnici e culturali, che non mancano di interagire con gli aspetti giuridici e tecnici del processo. Inoltre, le cosiddette ONGs, organizzazioni non governative a carattere transnazionale, si propongono sempre più come attori di rilievo sia nel dibattito, sia nelle sedi giudiziarie sovranazionali, in nome e per la difesa dei diritti, facendo della *litigation* uno dei propri modi di espressione.

Ciò che rende giuridicamente cruciali i fori, in tempi di globalizzazione, sono varie circostanze. Innanzitutto la naturale convergenza tra il linguaggio dei diritti, in quanto linguaggio «dal basso», e le sedi giudiziarie. Tradizionalmente, nell'ottica statale, i diritti erano tali quando erano *enforceable* davanti ad un tribunale. Dunque alla «scrittura» dei diritti (in un testo legislativo o costituzionale) corrispondeva l'«azionabilità» di quei diritti davanti ai tribunali dello stesso stato. Oggi questi due elementi si dissociano nel transnazionale: per più versi, i diritti sembrano acquistare una propria vita indipendente dagli stati. Sia perché i cittadini di uno stato hanno anche la possibilità di rivolgersi ad organi di giustizia sovranazionale, sia perché le persone sono mobili nello spazio transnazionale, i diritti sembrano camminare con le persone, ed affidarsi, più che alle cure del legislatore, a quelle del giudiziario. L'idea che vi siano dei «giudici a Berlino», come profetizzò il mugnaio tedesco in polemica con Federico II, è oggi più viva che mai; solo, le Berlino in questione, ossia le sedi dove i diritti possono essere rivendicati, sono diventate e probabilmente diventeranno sempre più numerose [78].

Con la globalizzazione, tuttavia, si va oltre una generica esigenza di *enforcement*, così come essa si poneva tradizionalmente all'interno di uno stato, con il suo «catalogo», formale o materiale che fosse; lo stato era anche il sog-

---

[77] Sui risvolti filosofici delle operazioni di traduzione in connessione al multiculturalismo, si veda D. Jervolino, *La traduzione come paradigma dell'ermeneutica e le sue implicazioni per un'etica dell'ospitalità,* in *Ars Interpretandi. Traduzione e diritto*, Cedam, Padova, 2000.

[78] Come osserva Shapiro, «Via via che moltiplichiamo le opportunità della *litigation* per raggiungere maggiore trasparenza, partecipazione e protezione, coloro che perdono partite economiche, sociali o politiche vanno nelle corti per tentare di recuperare le loro perdite». Cfr. M. Shapiro, *The Globalization of Law*, cit., p. 8.

getto chiamato a porre in essere la prestazione necessaria per la riaffermazione dei diritti. Tuttavia, in tempi di globalizzazione, a complicare le cose intervengono due aspetti. Per un verso, infatti, oggi pesa più spesso che nel passato proprio sugli organi giudiziari un'esigenza di «costruzione» dei diritti in un rapporto sempre più dubbio con le «fonti». Per un altro verso, nel contesto transnazionale, sorge talora anche il bisogno di individuare il soggetto che deve rendere possibile la realizzazione del diritto e il tipo di prestazione in cui si può esplicare. Esaminiamo questi due aspetti.

La moltiplicazione delle tutele giurisdizionali transnazionali dei diritti avviene in un rapporto dubbio con le fonti degli stessi. Infatti, per un verso, queste fonti, acquistando maggiore importanza e visibilità, sembrano garantire maggiore effettività; per un altro verso, moltiplicandosi in una varietà di cataloghi, producono una conseguente moltiplicazione dei rinvii possibili, con scarti e slittamenti semantici che si possono produrre passando dagli uni agli altri. Si può insomma dire che l'aumento di protezione giurisprudenziale dei diritti corrisponde ad una sorta di rarefazione delle fonti. Nella moltiplicazione delle fonti (legislative, costituzionali, negoziali), e dei livelli a cui possono essere poste (nazionale, regionale, internazionale, sovranazionale, ecc.), si crea una rarefazione delle stesse, che finiscono per trovare proprio nelle Corti il proprio centro di gravità. Del resto, il diritto giurisprudenziale, per quanto possa essere anch'esso inefficace o disatteso, in quanto dotato dell'«uso della forza», ha il vantaggio di una maggiore prossimità all'efficacia rispetto al diritto legislativo. Ad esempio, la costruzione da parte della Corte di Strasburgo di un catalogo di diritti «europei» non solo è avvenuta con molto anticipo rispetto alla Carta dei diritti, ma ha avuto un'immediata efficacia, senza dover affrontare le incertezze del «diritto in *stand by*».

L'esigenza di costruzione giudiziaria dei diritti non è il solo fattore che fa pendere dalla parte delle corti il pendolo dei diritti. Nelle pagine precedenti, la costituzionalizzazione è stata individuata come un linguaggio giuridico più aperto di quello delle costituzioni, che, in parte fa argine alla ridondanza del linguaggio dei diritti, ma in parte è anche costretto a mantenere un suo nesso con questo. In altri termini, più diviene affollato e potenzialmente incongruente il catalogo dei diritti, più diventa evidente il bisogno di «mediazione» tra gli stessi. Se non c'è più una «grammatica» stringente, se i diritti possono essere contemporaneamente dell'individuo e del gruppo, all'innovazione e alla tradizione, alla libertà e alla fraternità, alla dipendenza e all'indipendenza, i rischi di collisione crescono. Occorre creare e ricreare di continuo le connessioni tra queste punte alternative. Queste connessioni possono prodursi anche attraverso la legislazione: ma il rischio di un irrigidimento delle scelte è proprio di questa modalità. Più agevole appare l'allestimento di pun-

ti di mediazione e di incontro, dove i diritti possono ricevere risposte generali, ma altresì «sensibili» alla specificità dei casi. Questa esigenza funzionale di mediazione bandisce dal catalogo dei diritti ogni pretesa di fondamentalismo, di assolutezza [79].

Questa esigenza di mediazione dei diritti, generata dalla ridondanza del catalogo, si esprime in un universalismo dei diritti che, paradossalmente, non si sottrae al compito di riuscire a dar conto anche delle particolarità, generando una doppia direzione di marcia: non solo dall'universale al particolare, ma anche dal particolare all'universale.

Oltre alle esigenze di costruzione, e di un continuo aggiustamento tra diritti in conflitto o incongruenti, vi è, come si è detto, anche un'ulteriore esigenza che rende sempre più centrale il ruolo giudiziario: quella di individuare il soggetto dispensatore degli stessi, o persino il tipo di prestazione che può garantirli. I diritti intrattengono una propria comunicazione con il potere: le valenze dei diritti, che sono mobili e varie, nella misura in cui sono «promozionali», «protettive», «emancipatrici» ecc. nei confronti dei soggetti, tendono a configurare oneri corrispondenti per altri soggetti, pubblici e privati, a cui, a seconda dei casi, viene chiesto di fare qualcosa o di astenersi dal fare qualcosa o entrambe queste cose.

Se nel passato, nel recinto statale, vi era maggiore facilità ad identificare questi soggetti «responsabili» dei diritti, oggi essi sono diventati più numerosi e meno certi. Ad esempio, il diritto alla salute può chiamare in causa lo stato, l'impresa transnazionale che inquina, l'ente sovranazionale che ha posto una certa normativa, ecc.

La stessa varietà dei diritti porta ad una moltiplicazione dei soggetti che possono essere chiamati in causa a garanzia degli stessi, e persino ad una diversificazione delle prestazioni adatte a garantirli. Non bastano i tribunali; occorre che questi individuino i soggetti che, come una volta facevano gli stati, prendano un impegno, anche in termini di risorse, per farli rispettare. Poiché, come ci è stato ricordato da un libro recente, tutti i diritti costano [80], occorre individuare su chi ricadono questi costi. Al di là dei diritti sociali, che

---

[79] Neanche il discrimine, tutto occidentale, della violenza, può essere assunto come «assoluto». Ad esempio, individuando nell'uso della violenza un limite alla culturalità dei diritti, si potrebbero bandire dal catalogo dei diritti pratiche che comportino violenza nei confronti delle persone, come l'escissione o altre forme di mutilazione sessuale delle donne. Tuttavia, contro la praticabilità di questa via sostenuta da quanti vedono nei diritti una precettività ineludibile, quasi di tipo giusnaturalistico, ancorché parlino di diritti «positivi» (si veda per tutti L. Ferrajoli, *op. cit.*), si schierano quanti parlano di un diritto ad una «autorealizzazione» secondo i propri moduli culturali (…).

[80] S. Holmes-C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

continuano a pesare sugli stati, oggi è assai più incerto chi sia il responsabile in termini finanziari. Ad esempio, nuovi diritti, come quelli alla *privacy* o all'ambiente, o i diritti dei consumatori, possono chiamare in causa, oltre alle tradizionali strutture giudiziarie, anche il mercato [81].

Da tutto quanto si è detto, si può trarre l'idea che la globalizzazione sposti sempre più le sedi giurisdizionali, specie quelle a carattere sovranazionale, dalle tradizionali funzioni di esecutrici della legalità, che esse pretendevano di avere nella cultura giuspositivista, per indirizzarle verso funzioni diverse, che con la legalità hanno poco in comune, se non una vera e propria incompatibilità. Se le corti si trasformano in luoghi di costruzione dei diritti o di competizione sui diritti, la legalità ha il fiato assai corto, così come l'ha sempre avuto negli stati Uniti, dove la funzionalità delle corti come meccanismi di risoluzione dei conflitti ha sempre prevalso. Un discorso a parte merita il tema della legalità nei tribunali penali internazionali, dove la sua carenza spesso rimanda a una vera e propria giustizia senza legalità[82]. Questa caduta dell'idea di legalità, oltre ad essere in perfetta coerenza con la caduta di altri attrezzi tipici dell'armamentario giuspositivista, si collega con un più generale cambiamento del volto della giustizia. Nel mondo globalizzato, paradossalmente, finisce l'idea di una giustizia come valore o metro universale e condiviso da tutti e la giustizia diventa in un certo senso «glocale», ossia capace di contestualizzare i riferimenti generali, collocandoli in situazioni specifiche. Anche i diritti diventano uno dei tanti *works in progress* della giuridicità transnazionale, a misura di un mondo globale, ma altresì legati ad un «qui ed ora» che può trovare altrove smentite o diversi aggiustamenti.

---

[81] Come osserva Rodotà, «il quadro dei diritti, di quelli sociali in specie, è continuamente modificato dalle politiche quotidiane. Le difficoltà finanziarie stanno determinando una riduzione della «dotazione» dei diritti, in generale o per determinate categorie di cittadini. Il risultato è il passaggio di una serie di situazioni dall'area dei diritti a quella del mercato». Cfr. S. RODOTA, *Libertà e diritti in Italia*, Donzelli, Milano, 1997, p. 131.

[82] Il caso della giustizia penale sovranazionale è specialmente evidente. Si veda M. MARCHESIELLO, *Politica e legalità internazionale. L'esperienza del tribunale per la ex Jugoslavia*, Seam, Roma, 1999. Inoltre, G. ILLUMINATI-L. STORTONI-M. VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2000. Rimando infine all'ultimo paragrafo della mia voce *Globalizzazione* (*Aspetti istituzionali*), cit.

# I paradossi delle esperienze di normazione, attraverso i rapporti tra Parlamento e Governo sul piano delle fonti (e dal punto di vista della forma di Stato e della teoria della Costituzione) *

di *Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari di ordine metodico a riguardo delle mutue implicazioni intercorrenti tra forma di governo e forma di Stato. – 2. Il *paradosso della forma di governo autoregolante ma tendenzialmente sempre più … «sregolata»* e l'intreccio tra esperienze di normazione che si svolgono a diversi livelli istituzionali (l'esempio dei regolamenti governativi nei loro rapporti con discipline regionali, da un lato, e normativa comunitaria dall'altro). – 3. Il *paradosso della normazione crescente ma tendenzialmente sempre più … «sregolata»* e la *denormazione* legislativa ad essa conseguente. – 4. (*Segue*) Verso una sostanziale *denormazione costituzionale*: le più recenti esperienze maturate sul terreno delle deleghe e delle delegificazioni, lo squilibrio che tramite esse viene a determinarsi in seno al rapporto tra *diritto costituzionale* e *diritto politico* e il *paradosso della democratizzazione della forma di governo cui si accompagna un sostanziale impoverimento delle dinamiche interne alla forma di Stato*. – 5. Il *paradosso della stabile … instabilità della produzione giuridica*, la confusione e «diluizione» dei ruoli istituzionali, le implicazioni che se ne hanno sul piano della normazione. – 6. Carattere instabile e «sperimentale» delle norme (attraverso l'esempio dei decreti legislativi correttivi ed integrativi) e motivazione degli atti che le contengono. – 7. (*Segue*) Precarietà delle norme, riflessi per la identità e stabilità delle situazioni giuridiche soggettive, incidenza sulla forma di Stato. – 8. La *stabile … instabilità* della normazione e l'incidenza che se ne ha sul piano della Costituzione (e dell'interpretazione costituzionale), ovverosia il *paradosso per cui l'eccesso di normazione subcostituzionale si converte in una sostanziale denormazione costituzionale*. – 9. I casi di separazione delle competenze nei rapporti tra i regolamenti del Presidente del consiglio dei ministri ed i regolamenti del Governo, e di delegificazione a favore dei regolamenti ministeriali quali «spie» di una complessiva torsione sia della forma di governo che della forma di Stato. – 10. Per un riequilibrio delle dinamiche ordinamentali attraverso una profonda revisione dei «metodi» della normazione. *L'ultimo paradosso: l'iscrizione in Costituzione di regole concernenti la «qualità» (intesa come chiarezza o proprietà espressiva) della normazione, se non accompagnata e sorretta da un rinnovamento profondo di ordine sostantivo degli stessi enunciati costituzionali, può convertirsi nella più severa, irrimediabile autocondanna della Costituzione stessa*.

---

* Testo rielaborato di una lezione tenuta il 19 febbraio 2001 al Seminario di studi e ricerche parlamentari «S. Tosi» dell'Università di Firenze.

## 1. Notazioni preliminari di ordine metodico a riguardo delle mutue implicazioni intercorrenti tra forma di governo e forma di Stato

Fare il punto sullo stato della normazione del Governo (in ispecie, sotto il profilo dei suoi rapporti con la legislazione) pone preliminarmente un problema di metodo, quale peraltro sempre si ha ogni qual volta si assumono ad oggetto di studio le fonti del diritto e ci si interroga a riguardo dei modi della loro composizione in sistema. Ed è, appunto sul piano delle osservazioni di metodo che la riflessione che ora brevemente si farà specificamente aspira a collocarsi; e, dunque, i riferimenti che man mano si faranno a singole esperienze o questioni non coprono, *nel merito*, l'intero spettro, come si sa amplissimo, dei rapporti tra le fonti in parola né esauriscono, di tutta evidenza, l'analisi degli stessi profili riguardati, nella loro ricchezza e complessità di sfaccettature. D'altro canto, sono ormai numerose ed approfondite le indagini sul campo, volte a descrivere i singoli fenomeni di normazione, alle quali può senz'altro farsi rinvio per tutto quanto rimane qui inesplorato o, come che sia, insufficientemente trattato.

Va, comunque, avvertito che, proprio a motivo del suo carattere essenzialmente metodico, la riflessione che segue rimanda, a conti fatti, ad una dottrina della Costituzione quale *norma normans*, ed al grumo di questioni che ad essa fanno capo, concernenti la «forza» della Costituzione stessa ma pure i suoi limiti, strutturali o di «sistema», e – potrebbe riassuntivamente dirsi – la sua complessiva attitudine a conseguire quell'equilibrio col *diritto politico*, senza farsi sopraffare o emarginare da questo ma neppure, a sua volta, soffocandolo, che è condizione vitale per un fisiologico, armonioso sviluppo dell'ordinamento pluralista. La «forza» della Costituzione, infatti, come s'è tentato di mostrare meglio in altri luoghi [1], non si esprime al meglio di sé laddove le si riconosca una capacità omnipervasiva, sul piano delle *regole*, idonea appunto a dare qualificazioni di diritto costituzionale ad ogni «fatto» politico o fenomeno sociale in genere. Piuttosto, essa si fa concretamente apprezzare laddove riesca a conciliare l'aspirazione dei valori fondamentali dell'ordinamento (e dei *princìpi* che ne danno la più genuina ed immediata espressione positiva) alla loro valorizzazione massima possibile, alle condizioni oggettivamente date, in *ogni* campo di esperienza sociale (nella più larga accezione) col bisogno di autodeterminazione di singoli, gruppi, istituzioni entro ambiti ad essi riservati [2].

---

[1] Maggiori ragguagli sul punto possono aversi dal mio *La Corte costituzionale e la «forza» della Costituzione*, in *Arch. giur.*, 2-3/2000, p. 189 ss., nonché in «*Itinerari*» *di una ricerca sul sistema delle fonti*, IV, *Studi degli anni 1999/2000*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 101 ss.

[2] La questione cruciale della estensione del «costituzionalmente normato» – per riprender

Il punto, naturalmente, meriterebbe ben altro approfondimento di quello che è qui possibile, per ovvie ragioni, dargli. E, tuttavia, è ugualmente opportuno averlo ora sfiorato, dal momento che – come si vedrà – ad esso finiscono, poi, col riportarsi anche le non poche questioni che, a tutta prima, parrebbero porsi nel «chiuso» dei rapporti tra Parlamento e Governo ma che, invece, possono essere viste sotto la giusta luce unicamente all'interno della complessiva cornice ordinamentale e sulla base di talune premesse previamente fissate di ordine teorico-generale. Alcuni evidenti squilibri che, in maggiore o minore misura, si sono manifestati sul terreno delle deleghe (talora genericissime e, persino, evanescenti, sul piano delle indicazioni sostanziali date al Governo) e, forse ancora di più, oggi su quello dell'esperienza regolamentare (e prescindendo ora dagli stanchi argomenti tralaticiamente ripetuti a riguardo degli «abusi» della decretazione d'urgenza [3]), non possono essere – a mia opinione

---

una efficace espressione di V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova, 1995 – si intreccia strettamente, per un verso, con la questione inerente al significato da assegnare al valore del pluralismo negli ordinamenti d'impianto liberal-democratico (su ciò, ora, F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Giappichelli, Torino, 1999 e, da altro angolo prospettico, G.P. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, Giappichelli, Torino, 1999) e, per un altro, con la questione del metodo nello studio del diritto costituzionale, nella quale a conti fatti la prima finisce poi con il risolversi (per una prima indicazione, a quest'ultimo riguardo, v. i contributi di AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, nonché A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni cost.*, 1/2001, p. 35 ss. Di grande interesse sono, poi, ora le riflessioni di G. Alpa, S. Berlingò, G. Corso, F.P. Luiso, F. Palazzo e A. Pizzorusso, che sono in questa *Rivista*, 1999, nelle quali si fa il punto su *I rapporti tra il diritto costituzionale e le altre discipline giuridiche*, e dove si ha modo di verificare quanto ampia sia la capacità di pervasione posseduta dal diritto costituzionale anche entro ambiti tradizionalmente ritenuti ad esso sottratti ed intensa la penetrazione negli stessi, così come, peraltro, di non poco rilievo è l'influsso complessivamente esercitato da categorie ed istituti forgiati presso altre discipline nei riguardi delle elaborazioni in seno alla nostra).

[3] Una complessiva riflessione su queste note vicende si è di recente avuta in V. COCOZZA-S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Seminario di Napoli 12-13 maggio 2000, i cui *Atti* sono in corso di stampa. V., inoltre, utilmente i contributi di AA.VV., *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. MODUGNO, Giuffrè, Milano, 2000. Con specifico riguardo alle deleghe ed alle delegificazioni, ricca di indicazioni è, ora, la monografia di E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Giappichelli, Torino, 1999. *Le trasformazioni della delega legislativa nell'epoca della globalizzazione* è, poi, il titolo, assai indicativo, di uno scritto di C. DE FIORES, che può ora vedersi in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, cit., p. 170 ss. Nella dottrina anteriore, quanto alle deleghe, v., per tutti, lo studio di S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Jovene, Napoli, 1990 e, per le delegificazioni, G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Giappichelli, Torino, 1995; G. TARLI BARBIERI, *Le delegificazioni (1989-1995). La difficile attuazione dell'art. 17, secondo comma, della legge 23 agosto*

– compiutamente apprezzati unicamente nell'*hortus conclusus* dei rapporti tra i protagonisti istituzionali di queste vicende ma vanno rivisti nella più ampia cornice ordinamentale (della forma di Stato, appunto) e – ciò che più importa – *dal punto di vista dei valori*, prima ancora che delle *regole* (costituzionali e non) che presiedono ai rapporti tra gli organi di apparato.

Peraltro, gli studi più consapevoli avvertono da tempo dei rischi assai gravi che si corrono, in merito ad una compiuta e corretta ricostruzione delle dinamiche della forma di governo, ad ambientare l'indagine all'insegna di una concezione «curtense» o autosufficiente della forma stessa, omettendo dunque di ricercare e mettere a nudo le radici delle dinamiche suddette, che affondano nell'*humus* della forma di Stato, dal quale traggono la spinta necessaria per crescere e svilupparsi, componendosi in una trama che, negli sviluppi più recenti dell'esperienza, appare essere sempre più fitta ed internamente complessa.

Ora, l'osservazione dell'intreccio che al riguardo, già ad un primo sguardo, si riscontra sussistere, da un lato, tra i diversi livelli istituzionali di cui si compone l'ordinamento (specie nelle articolazioni centro-periferia), e, dall'altro, tra le istituzioni nel loro insieme e la comunità governata evidenzia i limiti di quello che è usualmente considerato un punto fermo della riflessione dottrinale, volto ad esaltare la «forza» della autoregolazione politico-istituzionale a fronte della eteroregolazione positiva, costituzionale e non [4].

In fondo – se ci si pensa – molte delle ricostruzioni dottrinali fin troppo largheggianti e «generose» di riconoscimenti a vantaggio del *diritto politico*, complessivamente cioè volte a dare un avallo teorico a tendenze assai forti nell'esperienza, così come la sostanziale acquiescenza non di rado verso queste ultime mostrata dalla giurisprudenza, nello sforzo di «razionalizzarle», hanno proprio qui il loro punto ideale di riferimento: vale a dire, nell'idea di

---

*1988, n. 400*, Giappichelli, Torino, 1996 e V. COCOZZA, *La delegificazione. Modello legislativo - attuazione*, Jovene, Napoli, 1998, nonché, da ultimo, la densa relazione al Seminario, sopra cit., di M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, in *paper*, cui può aggiungersi, volendo, anche il mio intervento, *ivi*, su *«Fluidità» dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi d'inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione)*, ora anche in *Itinerari*, IV, cit., p. 351 ss. Quanto, poi, agli «abusi» della decretazione d'urgenza, nella incontenibile lett., v., per tutti, la corposa riflessione di A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, I, *Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997.

[4] Su *regole* e *regolarità* si discute – come si sa – da tempo: indicazioni possono ora aversi dai contributi di AA.VV., *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, conv. di Catanzaro del 22 e 23 ottobre 1999, a cura di L. VENTURA, Giappichelli, Torino, 2001. La ricerca di un equilibrio tra di esse, nei reciproci rapporti così come – e soprattutto – nel loro porsi davanti ai valori, costituisce il «filo rosso» che attraversa l'intera mia riflessione *ivi* svolta, nella relazione dal titolo *Le crisi di governo tra «regole» costituzionali e «regolarità» della politica*, ora anche in *Pol. del dir.*, 1/2000, p. 27 ss.

fondo per cui le relazioni tra le istituzioni di apparato sono, in buona sostanza, governate da regole che le istituzioni stesse liberamente si danno, piuttosto che da princìpi superiori che ad esse si impongono.

In realtà, quand'anche si riconosca – come si deve – l'ampiezza degli spazi rimessi all'autodeterminazione «politica» (in assai lata accezione), secondo quanto si dirà meglio più avanti, si hanno pur sempre molteplici, innegabili condizionamenti, dalla più varia origine e capacità d'incidenza, sulle dinamiche frutto di autoregolazione, non pochi dei quali dovuti al «sistema» delle relazioni intercorrenti tra più livelli istituzionali ed all'intreccio che lo caratterizza, sistema alla cui conformazione concorrono, pur con apporti disparati per campi di esperienza, tanto *regole* quanto *regolarità*. Il quadro è, dunque, assai più composito e sfumato e – come ora si vedrà – internamente «mobile» rispetto a talune sue eccessivamente semplificanti raffigurazioni, sicché molta cautela in ogni caso si impone prima di spingersi a troppo secche e radicali affermazioni, in un senso o nell'altro.

## 2. Il *paradosso della forma di governo autoregolante ma tendenzialmente sempre più … «sregolata»* e l'intreccio tra esperienze di normazione che si svolgono a diversi livelli istituzionali (l'esempio dei regolamenti governativi nei loro rapporti con discipline regionali, da un lato, e normativa comunitaria dall'altro)

Mi pare, ad ogni buon conto, che uno dei tratti maggiormente marcati delle complessive vicende inerenti alla normazione possa essere sintetizzato, pur se con una certa approssimazione, nella formula del *paradosso della forma di governo autoregolante ma tendenzialmente sempre più … «sregolata»*. E, invero, quanto più viene sottolineata la capacità di autodeterminazione di un ente in ordine alla definizione degli equilibri istituzionali che lo connotano (si pensi, ad es., da ultimo al quadro ridisegnato dall'art. 123 dopo la «novella» del '99), tanto più, di contro, sembra allargarsi la forbice tra una previsione astratta indubbiamente dotata di un raggio di escursione potenzialmente assai ampio e gli spazi di cui l'ente stesso invece concretamente dispone. E – si faccia caso – si tratta di una contrazione di questi ultimi che si ha non soltanto secondo esperienza, in forza di taluni condizionamenti di natura politica (sui quali non è ora possibile intrattenersi) [5], ma anche in base a quanto lo

[5] Si pensi, con riguardo all'esempio appena fatto nel testo, ai vincoli assai forti cui le Regioni sono fin qui andate soggette in ordine alla definizione della propria forma di governo in con-

stesso dettato positivo stabilisce essere, con riguardo a questo o quel profilo delle relazioni sia interorganiche che intersoggettive, che, per il modo stesso della loro complessiva conformazione, evidenziano appunto forme assai varie di reciproca, intensa influenza tra più «sistemi» o livelli istituzionali.

Ora, il punto da mettere a fuoco è dato dal fatto che le forme di siffatta influenza sembrano refrattarie ad ogni forma di rigido inquadramento, secondo schemi prestabiliti e suscettibili di meccaniche, ripetitive applicazioni. Una serie di «variabili», impreviste ed imprevedibili, vengono a determinarsi, sulla spinta dei fattori più varî (perlopiù di ordine politico), in seno ad un «sistema» istituzionale dato, al punto che una compiuta, fedele rappresentazione teorica delle sue dinamiche interne può essere data solo cambiando di continuo il punto di osservazione e rimarcando ora più l'uno, ora l'altro degli aspetti e tratti costitutivi delle singole relazioni interistituzionali.

Questa preliminare osservazione è, a mio parere, assai opportuna; e consente di cogliere fino in fondo la «fluidità» ed il dinamismo interni al quadro istituzionale, che non potrebbero invece essere apprezzati in tutta la loro consistenza qualora si adottasse una prospettiva formale-astratta e si pensasse di poter, da essa, «fotografare» un tipo di relazione data. L'immagine, infatti, che, in tal modo, se ne avrebbe risulterebbe inevitabilmente appiattita o, peggio, deformante della realtà in essa riflessa.

I rapporti che, sullo specifico piano della normazione, si costituiscono tra Parlamento e Governo – per ciò che qui particolarmente importa – non possono essere adeguatamente compresi e spiegati fuori del contesto in cui si inseriscono e, dunque, per fare ora solo gli esempi più significativi, senza che siano messi in correlazione con quelli che si instaurano, da un lato, tra gli organi statali d'indirizzo politico (e, tra questi, particolarmente il Governo) e le autonomie territoriali (Regioni in testa) e, dall'altro, tra gli organi stessi ed organizzazioni sovranazionali (in ispecie, la Comunità/Unione Europea). Ciascuno di questi canali di raccordo, in sé considerato, si accresce, infatti, dai «materiali» complessivamente apportati dagli altri, in un rapporto «circo-

---

seguenza del modo complessivo di essere del sistema dei partiti (su ciò, nella ormai ampia lett., v., almeno, i contributi di AA.VV., *Autonomia politica regionale e sistema dei partiti*, I, *I partiti di fronte alle Regioni*, Giuffrè, Milano, 1988), che non ha consentito quella effettiva, apprezzabile diversificazione delle soluzioni organizzative che, già secondo l'originaria versione della formula costituzionale, avrebbe potuto aversi [una ricostruzione di quest'ultima volta ad evidenziarne le non poche potenzialità espressive è stata proposta, a ridosso della riforma costituzionale del '99 ma nella prospettiva di quest'ultima, nel mio *Gli statuti delle Regioni di diritto comune e le loro possibili revisioni tra Costituzione vigente e prospettive di una nuova (o rinnovata) Costituzione*, in questa *Rivista*, 1998, p. 235 ss., nonché in «*Itinerari*» *di una ricerca sul sistema delle fonti*, III, *Studi degli anni 1996/98*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 357 ss.].

lare» di mutua alimentazione in cui è estremamente difficile (e, forse, impossibile) stabilire quanto si dà e quanto invece si riceve.

Un solo esempio, in attesa di ulteriori riscontri, varrà meglio di ogni astratta considerazione a rendere l'idea di siffatta mobilità e complessità di quadro.

Così, il «posto» oggi occupato dai regolamenti del Governo nel sistema delle fonti (ammesso pure che esso sia uno soltanto, sempre identico a sé e non muti piuttosto a seconda dei rapporti che si riscontrano tra le singole esperienze di normazione) non può essere appieno stabilito qualora si osservino unicamente le relazioni intercorrenti tra i regolamenti stessi e la legge (o le leggi), nel «chiuso» appunto della forma di governo (e tanto che quest'ultima sia riguardata secondo «modello» costituzionale quanto secondo esperienza). Allargando piuttosto, come si conviene, lo sguardo all'intero spettro delle relazioni interistituzionali (sia in ambito interno che a carattere interordinamentale), ci si avvede che le «somme» possono essere tirate solo prestando attenzione anche ai rapporti con le fonti comunitarie, per il ruolo di primo piano che i regolamenti stessi al riguardo sono chiamati a svolgere al fine di darvi attuazione, nonché ai rapporti con le fonti regionali. Ed allora ci si rende conto di come possano «scattare» meccanismi di «copertura» a favore degli atti interni adottati al servizio degli atti comunitari, tali da dotare questi ultimi di una «forza» (sia pure riflessa) davvero formidabile.

Il punto può essere ora solo sfiorato. È chiaro che una precedente disciplina attuativa del diritto comunitario può essere, in ogni momento, variamente modificata, in applicazione del canone della *lex posterior* e degli altri canoni che presiedono al governo del sistema delle fonti; ma è ugualmente chiaro che nessuna innovazione può aversi che possa pregiudicare l'adempimento degli obblighi comunitari, *quale che sia la fonte cui si debba l'innovazione stessa*, anche se formalmente sovraordinata agli atti adottati al servizio della disciplina sovranazionale [6].

---

[6] È ancora aperta la questione circa la derogabilità della normativa interna in parola ad opera di leggi costituzionali. Ove ci si collochi nell'ordine di idee che assimila il diritto comunitario, nelle sue forme di rilevanza interna, a fonti primarie atipiche, la risposta dovrebbe essere positiva; dubbia, invece, a seguire la tesi che configura le fonti comunitarie in termini di fonti «paracostituzionali», a motivo della loro riconosciuta attitudine a derogare agli stessi disposti costituzionali. La «copertura», ormai pacificamente riconosciuta in dottrina e giurisprudenza, offerta dall'art. 11, in quanto principio fondamentale, parrebbe spingere nel senso di assegnare alle norme comunitarie una forza passiva addirittura «supercostituzionale». Diverso (e più articolato) può, invece, essere l'esito ricostruttivo se ci si pone nell'ordine di idee secondo cui lo stesso art. 11 si trova obbligato a sottostare a forme di «bilanciamento» con altri princìpi fondamentali (su ciò, part. F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995), i quali, a loro volta, potrebbero «coprire» norme interne che diano ad essi specificazione-attuazione; di modo che il diritto comunitario non prevarrebbe sempre e comunque, sin dall'inizio ovvero in un momento successivo, davanti a

Quanto, poi, ai rapporti tra regolamenti e fonti regionali, ancora una volta, si assiste a talune esperienze che sembrano sottoporre ad una complessiva revisione taluni schemi di inquadramento consolidati in dottrina e giurisprudenza. Non è, infatti, un caso se, ancora da ultimo [7], si è riconosciuta la peculiare funzione che le fonti governative in parola possono essere chiamate a svolgere nei processi di normazione, al punto da stabilirsene la idoneità ad essere applicate nei territori regionali (e con riguardo alle materie di potestà ripartita), in attesa dell'intervento normativo «ordinario» da parte della Regione. È la consacrazione di quella piena «fungibilità» dei regolamenti rispetto alle leggi regionali che, ancora fino a ieri, sembrava inimmaginabile [8]; e che è tanto più rilevante ove la si consideri all'interno di un contesto contrassegnato da una crescente valorizzazione dell'autonomia normativa regionale, i cui spazi sono (sulla carta …) notevolmente allargati dopo la legge Bassanini e ancora di più lo saranno (o lo dovrebbero essere …) nella prospettiva di una riforma costituzionale. L'arretramento, infatti, della legge statale e la cessione ora fatta (o promessa …) alle autonomie di campi materiali un tempo esclusivamente o prevalentemente coltivati dalla legge stessa non soltanto potrebbe tradursi in un evidente guadagno per gli enti locali ma, *proprio per ciò* (e con riguardo ai rapporti in seno all'apparato statale), anche per i regolamenti governativi, qualora proprio essi, per l'agilità che li connota, dovessero essere riconosciuti come prioritariamente o, comunque, prevalentemente utilizzabili in funzione «sussidiaria» nei riguardi delle fonti regionali, facendo fronte ad eventuali carenze di queste ultime.

Si ha, in tal modo, conferma di come nuovi equilibri nei rapporti tra centro e periferia possano portare a nuovi equilibri (o squilibri …) nei rapporti tra Parlamento e Governo: rischio, quest'ultimo, temibilissimo, di cui non

---

queste ultime (una soluzione articolata e flessibile è, al riguardo, patrocinata nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 170 ss.).

[7] Si veda, al riguardo, quanto è ora stabilito dall'art. 1, quarto comma, lett. *a*) della legge di semplificazione 1999, la n. 340 del 2000, sul quale è tuttavia pendente un ricorso regionale (in *G.U.*, I serie spec., n. 6/2001) nel quale si denunzia quella idoneità dei regolamenti a prendere (sia pure provvisoriamente) il posto delle leggi regionali, di cui si dice subito di seguito nel testo.

[8] … e che, peraltro, solo in parte può essere spiegata col carattere sostanzialmente regolamentare (quando non, addirittura, provvedimentale) in buona misura posseduto dalla legislazione regionale. Non si spiegherebbe, altrimenti, la stessa tendenza a far espandere la disciplina regolamentare anche nell'area fin qui ricoperta dalla legislazione dello Stato. Il fenomeno, dunque, ha, come sempre, più facce; e, se per un verso, può esser visto quale conferma del «forte e diffuso degrado della fonte legislativa» – come, ancora da ultimo, si fa giustamente notare con riguardo alla legislazione regionale (U. De Siervo, *Il sistema delle fonti*, in *Regioni*, 3-4/2000, p. 592) –, per un altro verso, è espressivo di una linea di sviluppo ordinamentale complessivamente orientata ad «innalzare» il livello della normazione regolamentare, portandolo a quello stesso delle leggi (anche non sostanzialmente … «*regolamentari*»).

sembra che si sia ancora avuta piena consapevolezza, che tuttavia va tenuto costantemente presente prima di «chiudere» la definizione del «modello» in un senso o nell'altro e, quindi, di passare alle sue realizzazioni per i singoli campi di esperienza.

Vi è, anzi, di più. Proprio in ambito locale potrebbero sperimentarsi forme inusuali di «superiorità» dei regolamenti alle leggi, qualora venisse confermato dal referendum il testo di riforma del titolo V della parte seconda delle Costituzione, nel quale si prefigura un possibile intervento, appunto in forma *esclusivamente* regolamentare, della Regione nelle stesse materie di potestà esclusiva dello Stato, intervento che è invece precluso alle leggi regionali [9].

In generale, la «invenzione» delle leggi «periodiche», in aggiunta alla legge finanziaria e di bilancio, quali appunto sono la legge annuale di semplificazione e la legge comunitaria, portano a rivedere sotto una luce completamente diversa dal passato non soltanto i rapporti tra le leggi in genere ed i regolamenti ma anche quelli tra le fonti in parola ed altre fonti, sia sovranazionali che di diritto interno. Ed un'analisi (non dico compiuta ma) appena approfondita mostrerebbe la varietà delle sfaccettature presentate dai singoli rapporti internormativi e da tutti nel loro insieme.

## 3. Il *paradosso della normazione crescente ma tendenzialmente sempre più … «sregolata»* e la *denormazione* legislativa ad essa conseguente

Una delle ragioni tra le più rilevanti della «fluidità» delle relazioni internormative risiede nel modo strutturale di essere delle leggi (che, poi, a sua

[9] In realtà, lo scopo non nascosto della previsione in parola è unicamente quello di recuperare, in qualche modo, la potestà attuativa, cancellata nel nuovo quadro di riparto delle materie e funzioni tra Stato e Regioni (un pur tardivo riconoscimento della lettura mortatiana dell'ultimo comma dell'art. 117, dunque). Sta di fatto che l'unica forma di «flessibilità» del nuovo modello di distribuzione delle potestà di normazione, tale da acconsentire al pur cauto ingresso di atti regionali nei «campi» riservati al dominio statale, si realizza a vantaggio non già delle leggi ma, appunto, dei regolamenti. Il che la dice lunga sulla complessità delle relazioni complessivamente intercorrenti tra le fonti di Stato e Regione, da un lato, e tra quelle interne alla Regione stessa, dall'altro (tutta da scoprire – come si sa – è la nuova condizione dei regolamenti nel contesto regionale, per la quale nondimeno occorre attendere le scelte che, al riguardo, faranno i nuovi statuti, la cui capacità a concorrere alla ricostruzione del sistema regionale delle fonti è fuori discussione, per quanto tuttavia assai controvertibili siano i limiti sulla stessa gravanti e discendenti direttamente dal quadro costituzionale ridisegnato dopo la riforma del '99).

volta, si deve a molteplici cause, sulle quali non è ora possibile intrattenersi). Potrebbe, al riguardo, discorrersi, specificando una notazione di ordine generale dietro fatta, del *paradosso della normazione crescente e tendenzialmente sempre più … «sregolata»*.

Vi è, ormai da tempo, profondamente radicata, quella che a me piace chiamare una «*fame insaziabile di norme*» [10], che l'ordinamento quotidianamente manifesta a se stesso e che, per contenerla, spinge ad attivare meccanismi di produzione giuridica tuttavia idonei ad avvitarsi attorno a se stessi (si pensi solo alla semplificazione normativa che – altro paradosso … – si realizza col costo della posizione di nuove norme); una «fame» che, tuttavia, non si traduce in una crescita … *ordinata* della normazione ma in un accumulo indistinto, il più delle volte «*sregolatamente*» realizzato [11].

Faccio, al riguardo, come di consueto, solo un esempio, richiamandomi ad una notazione di sfuggita dietro già fatta, che, al di là del singolo caso ora trattato, sembra invero indicativa di una complessiva tendenza nella costruzione e nel rinnovamento dell'ordinamento positivo.

Si pensi, dunque, alle ripetute, evidenti carenze denunziate dalle leggi di delega e dalle leggi di delegificazione, peraltro – si è fatto opportunamente

---

[10] Cfr. il mio *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rass. Parl.*, 1/1999, p. 172 ss., ora anche in «*Itinerari*», III, cit., p. 417 ss.

[11] Il fenomeno dell'eccesso di normazione è stato innumeri volte rilevato, anche in ambienti sovranazionali, accompagnandosi – come si sa – la sua osservazione allo studio delle tecniche di confezione degli enunciati e delle modalità di avvicendamento delle fonti nel tempo, nell'intento di renderne quanto più possibile trasparenti ed ordinate le dinamiche ed offrire così maggiori certezze agli operatori (tra i molti che ne hanno variamente trattato, v., quanto al primo profilo, per tutti, S. CASSESE-B. MATTARELLA, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in S. CASSESE e G. GALLI (a cura di), *L'Italia da semplificare: I. Le istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 29 ss. In fatto di *drafting*, v., poi, tra i contributi più recenti, A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Giappichelli, Torino, 1999; R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Giuffrè, Milano, 1999 ed P. COSTANZO (a cura di), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Jovene, Napoli, 1999. Quanto alle soluzioni escogitate per limitare alle sole abrogazioni espresse i casi di mutamento normativo, v., part., P. CARNEVALE, *Riflessioni sul problema dei vincoli all'abrogazione futura: il caso delle leggi contenenti clausole di «sola abrogazione espressa» nella più recente prassi legislativa*, in *Dir. e società*, 1998 ss., p. 407 ss., dove è una originale, ancorché non del tutto persuasiva, proposta ricostruttiva, che tuttavia parrebbe andare incontro a limiti assai gravi in ordine alla sua «tenuta» nell'esperienza. Infine, sui rischi ai quali è evidentemente esposta la certezza del diritto a causa della «oscurità» delle leggi, v. le efficaci notazioni che sono in M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari 1997 e, dello stesso, *La chiarezza delle leggi*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Ann. 14, *Legge Diritto Giustizia*, in coll. con L. Minervini, Utet, Torino, 1998, p. 911 ss.). Una riflessione di ordine generale è, ora, in F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, cit., p. 73 ss.

notare [12] – assai problematicamente distinguibili tra di loro (ad ulteriore conferma di quanto poco conti ormai la forma degli atti nella determinazione dei contenuti degli atti stessi e dei limiti ai quali, conseguentemente, vada incontro ogni prospettiva formale-astratta d'inquadramento sistematico). È noto quali siano, poi, le vie usualmente percorse per compensare siffatte carenze, riequilibrando in una pur parziale ed insoddisfacente misura i rapporti tra Parlamento e Governo (e, perciò, tra gli atti dagli stessi prodotti). Il parere parlamentare, ormai sistematicamente richiesto sugli atti del Governo prima della loro emanazione (originariamente sui soli decreti legislativi e successivamente anche sui regolamenti), al di là della reale incidenza *mediamente* esercitata sui processi produttivi, riveste un significato non da poco su più piani e da più profili [13].

In primo luogo, è espressione e conferma, allo stesso tempo, di quella «fluidità» dei rapporti internormativi di cui si diceva: da una prospettiva sostanziale, che si sforza di cogliere l'essenza dei fenomeni riguardati andando oltre la crosta degli atti o degli effetti giuridici (e, perciò, dei regimi propri degli uni e degli altri), il parere parlamentare si vede oscillare senza sosta, assumendo connotazioni di continuo diverse per le singole esperienze di normazione, tra il polo suo proprio (della mera consultazione, appunto) alla sostanziale codecisione, secondo apporti peraltro variabili da caso a caso.

Vi è, però, di più (e, ai fini qui interessanti, ancora di maggior significato). Il parere è, infatti, ad un tempo, conseguenza, ma anche causa, di una sostanziale *denormazione della legge* e – ciò che è ancora più profondo, ancorché meno appariscente – di una sostanziale *denormazione costituzionale*.

Per il primo verso, il parere getta un ponte tra la fonte parlamentare e quella governativa: opera quel raccordo che la legge di «delega» (in larga accezione, comprensiva tanto delle deleghe propriamente dette quanto delle delegificazioni) non è molte volte in grado di costruire a causa delle carenze di disposto che la connotano. E, tuttavia, la legge rimane – non si dimentichi – l'unico punto *obbligatorio* di riferimento per la disciplina governativa, la cui validità giuri-

---

[12] Con ampiezza di riscontri questa tesi può vedersi chiaramente rappresentata nella monografia, dietro cit., di E. MALFATTI; e va pure rammentato lo sforzo compiuto nell'intento di ricercare le soluzioni più idonee a mantenere lo «stacco» nella condizione dei regolamenti delegati e dei decreti legislativi (v., al riguardo, il mio *Il sistema delle fonti tra vecchie esperienze e prospettive di riordino costituzionale*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, Cedam, Padova, 1999, p. 296 ss., ora anche in «*Itinerari*», III, cit., pp. 322 ss., spec. 325).

[13] Fanno il punto sull'esperienza al riguardo maturata N. LUPO, *Alcune tendenze relative ai pareri parlamentari sui decreti legislativi e sui regolamenti del Governo*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 117 ss.; E. MALFATTI, *Rapporti*, cit., p. 65 ss.; V. BALDINI, *Il procedimento di delegazione legislativa tra elasticità ed effettività. Riflessioni su una 'variabile dipendente' della democrazia parlamentare*, in AA.VV., *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*, cit., par. 5 del *paper*.

dica dipende unicamente dal modo complessivo con cui essa si pone davanti all'atto parlamentare. Se ne ha un allargamento vistoso, rispetto alle indicazioni risultanti dal «modello» costituzionale, del campo di manovra di cui la fonte governativa naturalmente dispone. È vero che i vincoli ai quali quest'ultima politicamente soggiace (anche, ma non solo, in dipendenza della consultazione parlamentare) non sono da poco; e, tuttavia, il vizio congenito di cui è portatrice la fonte parlamentare non è mai del tutto «compensato» (o «compensabile») a mezzo di meccanismi attivati in un momento successivo alla sua adozione.

Che le cose stiano così è confermato dalla circostanza per cui si è da tempo alla faticosa ricerca di accorgimenti che possano ulteriormente «rafforzare» la consultazione del Parlamento, rendendo non meramente coreografico o simbolico il coinvolgimento di quest'ultimo nel processo produttivo, senza che tuttavia si sia riusciti ad oggi a centrare l'obiettivo (si pensi, ad es., alla posticipazione del consultazione parlamentare rispetto a quella del Consiglio di Stato e, ancora di più, alla richiesta ripetutamente fatta al Governo di non innovare allo schema di atto a seguito del parere, a pena di doverlo ripresentare in Parlamento per un nuovo parere [14], che ricorda molto da vicino la universalmente deprecata prassi dei rinvii plurimi sulle leggi regionali [15]).

## 4. (*Segue*) Verso una sostanziale *denormazione costituzionale*: le più recenti esperienze maturate sul terreno delle deleghe e delle delegificazioni, lo squilibrio che tramite esse viene a determinarsi in seno al rapporto tra *diritto costituzionale* e *diritto politico* e il *paradosso della democratizzazione della forma di governo cui si accompagna un sostanziale impoverimento delle dinamiche interne alla forma di Stato*

Questa tendenza che vede contrarsi significativamente la *componente sostantiva* e invece crescere quella *procedimentale* in seno al rapporto tra leg-

[14] Si veda, al riguardo, la lettera dei Presidenti delle Camere che è richiamata da N. Lupo, *Alcune tendenze relative ai pareri parlamentari*, cit., pp. 130 ss., spec. 137 ss. Una riforma della prassi concernente l'ordine di acquisizione dei pareri nel senso indicato nel testo è stata, poi, vigorosamente sollecitata dal Comitato per la legislazione, secondo quanto riferisce anche M.P.C. Tripaldi, *Il Comitato per la legislazione tra previsione normativa ed effettivo svolgimento delle funzioni*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, cit., p. 106 ss.

[15] Sulla prassi dei rinvii delle leggi regionali e sulle confuse oscillazioni che connotano gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale al riguardo, da ultimo e per tutti, v. T. Martines-A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 400 ss.

gi e fonti governative ha, poi, come si diceva, un'ulteriore ed ancora più rilevante proiezione sullo stesso piano costituzionale. La torsione dei ruoli, che in occasione delle esperienze di normazione qui richiamate viene a determinarsi, è infatti *in nuce* conferma di un crescente allontanamento dal modello costituzionale e, per ciò pure, come si diceva, di una sostanziale *denormazione costituzionale*.

Sul punto occorre soffermarsi, sia pure con la rapidità imposta a questa riflessione, al fine di evitare il rischio sempre insidioso di possibili fraintendimenti.

Con la formula surriportata non intendo riferirmi alla questione (che pure richiederebbe una speciale attenzione) relativa alla *estensione orizzontale* degli ambiti coperti dalla normazione costituzionale; guardo ora soltanto alla *intensità prescrittiva* della disciplina costituzionale ed ai suoi limiti, che pure si devono a cause molteplici ed eterogenee (specie di «contesto»), tra le quali, tuttavia, è da tener presente la *struttura nomologica* degli enunciati costituzionali, che quanto più dovesse esser forgiata a maglie larghe, siccome costituita da *princìpi* più che da *regole* (anche sulla produzione giuridica), tanto più apre spazi significativi per l'autodeterminazione degli operatori e, in genere, per i destinatari delle previsioni costituzionali.

La formula dei «principi e criteri direttivi» (quanto alle deleghe) o l'altra delle «norme generali regolatrici della materia» (quanto alle delegificazioni), sulle quali – come si sa – si sono esercitate intere schiere di studiosi, hanno, sì, come è stato ripetutamente detto, reso «flessibile» ed internamente articolato il modello costituzionale [16] ma hanno anche costituito una testimonianza palese di una sostanziale abdicazione delle metanorme (costituzionali e non) al compito loro proprio di dare un «ordine» ai processi di produzione giuridica.

Né quest'esito ricostruttivo è minimamente incrinato dalla pur persuasiva argomentazione che, in prospettiva formale, è stata avanzata per giustificare la prassi costituita da leggi di delega contenenti disposizioni di natura procedimentale (tra le quali, particolarmente, quelle inerenti al parere parlamentare sugli atti del Governo) e nello sforzo di garantirne la osservanza; argomentazione secondo cui le disposizioni stesse non apparterrebbero all'incerta categoria dei contenuti c.d. «ulteriori» bensì a quelli «necessari», in quanto specificamente rientranti tra i «criteri» di volta in volta fissati per la produzione giuridica del Governo [17]. A rigore, infatti, può dirsi che la formula costi-

[16] V., nuovamente, lo scritto dietro cit. di E. Malfatti e, già, per le deleghe, la monografia, pure cit., di S. Staiano.

[17] V., infatti, l'argomento ora ripreso anche nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., p. 138 ss.

tuzionale [18] è connotata da incessanti ed anche assai ampie oscillazioni tra le sue due componenti (la sostanziale, costituita dai «princìpi», e la procedimentale: i «criteri»), idonee a conseguire punti molteplici, astrattamente indefiniti, di equilibrio interno. E, poiché anche la disciplina di tipo procedimentale può farsi, in tesi, rientrare nel quadro costituzionale, ecco che in ogni caso non sarebbe appropriato discorrere di una supposta «*denormazione*» della disciplina contenuta nella legge fondamentale. In altri termini, la capienza del «contenitore» costituzionale è tale da consentire il riporto ad esso pressoché di *ogni* forma di vicenda di normazione, senza che ne risulti intaccata la *vis* prescrittiva dell'enunciato costituzionale stesso.

Per quanto un argomentare siffatto abbia invero una sua qualche giustificazione, non si spostano tuttavia ugualmente, in forza di esso, i termini reali della questione. Ancora una volta, infatti, la compensazione tra una parte (sostantiva) carente ed una (procedimentale) invece, forse, addirittura sovrabbondante è – al più concedere – solo parziale, se non altro per la ragione che il *vincolo giuridico* unicamente discendente dalle prescrizioni di ordine sostanziale non è – come si rammentava – fungibile da vincoli di altra natura (segnatamente apprezzabili sul piano politico). Non si dimentichi, infatti, che altro è l'obbligo del rispetto della procedura (che, nel caso ora specificamente considerato, attiene alla sottoposizione dello schema di atto governativo al parere parlamentare), altro ancora il rispetto della volontà parlamentare nelle sue manifestazioni sostanziali (ciò che non è comunque giuridicamente imposto) [19].

---

[18] Uguale, *mutatis mutandis*, la conclusione, per l'aspetto adesso considerato, quanto alle «norme generali» delle leggi di delegificazione, pur nella rilevante differenza costituita dal fatto che, nel caso delle deleghe, le relative metanorme sono direttamente fissate in Costituzione, diversamente dalle delegificazioni il cui *standard* risulta unicamente in fonti di primo grado (la legge n. 400 e le numerose «varianti» ad essa apportate da altre leggi).

[19] Peraltro, anche in una prospettiva *de iure condendo*, assai problematica si presenterebbe l'ipotesi di prevedere nella Costituzione «novellata» l'obbligo per il Governo di conformarsi al parere, dal momento che potrebbero aversi casi di conflitto tra quest'ultimo e le indicazioni della legge di delega, che non si saprebbe poi come risolvere. D'altronde, molta cautela è consigliabile di fronte alla eventualità di riconoscere al parere un potere sostanzialmente di interpretazione «autentica» del dettato legislativo, ove si considerino le ben diverse garanzie sottese al procedimento legislativo rispetto a quelle pure offerte dal procedimento consultivo. Fino a quando questi nodi non verranno opportunamente sciolti sul piano dell'analisi teorica, suggerirei pertanto di lasciar stare le cose così come sono: le fonti del diritto (e, tra queste, particolarmente le leggi) hanno già subìto fin troppi attentati alla loro integrità ed identità e non meritano, dunque, di esser sostanzialmente rimpiazzate da atti e procedimenti di altra natura, specie laddove i rimedi contro i vizi presentati da questi ultimi dovessero apparire (come, in effetti, sono) meno efficaci ed incisivi di quelli che appunto si hanno nei riguardi delle leggi.

È, infine, opportuno segnalare che, in vista di un riordino «organico» del sistema delle

La torsione dei ruoli che, in ogni caso, si determina tra Parlamento e Governo, a motivo della eccessiva vaghezza degli atti dal primo adottati (e, persino, alle volte, dell'assenza di ogni pur minima indicazione di ordine sostanziale), si proietta e riflette, pertanto, sul piano della Costituzione, concorrendo, per la sua parte, ad uno squilibrio complessivo nel rapporto tra *diritto costituzionale* e *diritto politico* (ad evidente svantaggio del primo), di cui peraltro si hanno non pochi, inquietanti, segni nei campi più varî di esperienza [20].

Eppure, vicende, quali quelle alle quali ora si accenna, così complesse e ricche di profili meritano, come si diceva, di essere osservate da più angoli visuali, dalla loro congiunta considerazione potendosi quindi avere risultati non parziali o insufficientemente attendibili.

Così, il parere parlamentare se, per un verso, non riesce da solo a preservare l'equilibrio costituzionalmente richiesto tra le istituzioni (e tra le fonti), per un altro però parrebbe alimentare e ravvivare, per il modo con cui esso viene alla luce, la dialettica tra maggioranza ed opposizioni e, per tale via, consentire il sostanziale recupero di quella partecipazione di queste ultime alla produzione giuridica che è inevitabilmente appiattita nelle leggi di delega o di delegificazione, a motivo dei limiti strutturali o di contenuto da esse oggettivamente manifestati [21]. Il prolungamento del confronto tra le forze politiche ben oltre la confezione degli atti legislativi ed, anzi, la sua stabilizzazione e proiezione nel ciclo di produzione degli atti del Governo può valere a ristabilire in forma diversa un equilibrio politico in precedenza sacrificato o, come che sia, non pienamente realizzato. Se, poi, a ciò si aggiunge la

---

fonti, un progetto di legge presentato alle Camere ora sciolte espressamente circoscriveva l'ambito delle innovazioni possibili allo schema normativo predisposto dal Governo, a seguito della emissione del parere sullo stesso, ammettendo unicamente quelle conseguenti alle indicazioni in quest'ultimo contenute [su ciò, v. i rilievi che sono nel mio *Linee emergenti e prospettive di «razionalizzazione» in tema di norme sulla normazione (a proposito di un progetto di riordino «organico» del sistema delle fonti)*, in *Rass. Parl.*, 2/2000, p. 379 ss., ora in «*Itinerari*», IV, cit., pp. 279 ss., spec. 301 ss.].

[20] Indicazioni, anche con riguardo ad altre esperienze, possono aversi, ancora una volta, dal mio *La Corte costituzionale e la «forza» della Costituzione*, cit.

[21] Notazioni a riguardo delle implicazioni che si hanno nei confronti del ruolo delle opposizioni dagli indirizzi ormai invalsi nella giurisprudenza costituzionale in tema di deleghe possono ora vedersi in A. MANNINO, *Il Parlamento nella transizione repubblicana*, in S. LABRIOLA (a cura di), *La transizione repubblicana. Studi in onore di G. Cuomo*, Cedam, Padova, 2000, p. 243 ss. Più in genere, sulle più recenti tendenze del rapporto tra maggioranza ed opposizioni e per una ricostruzione complessiva dello «statuto» costituzionale di quest'ultima, v., assai di recente, i contributi di M.E. GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, Giuffrè, Milano, 2000 e A. SAITTA, *Contributo allo studio dello statuto costituzionale delle opposizioni e delle minoranze parlamentari*, ed. provv., Giuffrè, Milano, 2000.

considerazione che, con un'opportuna modifica dei regolamenti camerali [22], è stato previsto l'obbligo della sottoposizione dei progetti di legge-delega e di leggi di delegificazione al parere del Comitato per la legislazione, la cui composizione è garanzia di una presenza «paritaria» delle opposizioni nel procedimento legislativo, se ne ha un'ulteriore conferma di quanto possa essere intensa ed estesa lungo l'intero arco dei processi produttivi la dinamica tra gli operatori politici.

Una volta di più, tuttavia, la valutazione complessiva di siffatte vicende merita di esser fatta con non poca cautela. E, seppure il valore democratico dovesse ritenersi maggiormente appagato grazie all'arricchimento della dinamica procedimentale ed all'attivo inserimento delle opposizioni che in quest'ultima tendenzialmente si determina, ugualmente insufficienti ne sarebbero le forme di tutela ove si pensi, ad es., a quanto poco trasparenti siano i rapporti che in concreto si instaurano tra Parlamento e Governo nel corso delle esperienze in parola: né lo schema di atto confezionato dal secondo né la valutazione politica su di esso espressa dal primo sono, infatti, adeguatamente pubblicizzati e non si aprono, dunque, al giudizio dell'opinione pubblica o al controllo degli organi di garanzia, proprio a motivo del difetto di rilevanza giuridica di cui i passaggi procedimentali indicati sono riconosciuti gravati [23]. Se ne ha che, allo stesso tempo in cui il valore democratico parrebbe essere, al livello di rapporti di apparato, più intensamente soddisfatto, esso rimane complessivamente lontano dal suo inveramento nella comunità. Ancora una volta, il fenomeno potrebbe essere fissato in una formula riassuntiva, quella secondo cui *la forma di governo si arricchisce e democratizza ma – paradossalmente – senza sostanziale guadagno (ed, anzi, con un sostanziale impoverimento) per la forma di Stato*.

L'impoverimento della forma ordinamentale è, anzi, ulteriormente rimarcato dall'arricchimento della forma istituzionale ed appare quale l'effetto diretto di quest'ultimo, se si conviene sul fatto che vicende di rilievo costitu-

---

[22] Su siffatta innovazione, v., ora, M.P.C. Tripaldi, *Le strutture preposte alla valutazione della qualità degli atti normativi nelle recenti novità legislative e regolamentari*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 131 ss. e R. Dickmann, *L'istruttoria legislativa nelle Commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. Parl.*, 1/2000, p. 239 ss.

[23] È tornato a soffermarsi sul punto, in occasione del Seminario su *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*, cit., N. Lupo, intervenendo ai lavori dell'*atelier* sulla delegificazione. Il rilievo che, specificamente a finalità di controllo, potrebbe invece assumere la conoscenza di siffatte vicende procedimentali, qualora si riuscisse a farle uscire dagli *arcana imperii*, è stato sottolineato anche nella mia *Relazione di sintesi* dei lavori dell'*atelier* suddetto, che può ora vedersi in «*Itinerari*», IV, cit., pp. 381 ss. e 392 (per il punto ora specificamente toccato).

zionale, quali sono appunto quelle che ineriscono alla forma di governo e che, in maggiore o minore misura, concorrono alla complessiva conformazione di quest'ultima, sfuggono al controllo della comunità dei cittadini e degli operatori restanti, facendosi pertanto sempre maggiore la distanza tra il piano dell'apparato ed il piano della società governata.

## 5. Il *paradosso della stabile … instabilità della produzione giuridica*, la confusione e «diluizione» dei ruoli istituzionali, le implicazioni che se ne hanno sul piano della normazione

Una prospettiva strutturale-sostanziale di inquadramento sistematico, che va oltre lo schermo opaco e deformante dell'*atto* per guardare piuttosto alle *norme* ed ai loro raccordi funzionali, consente, peraltro, di percepire la ricchezza delle forme e dei «gradi» di vincolo che la legge è in grado di esprimere nei confronti degli atti chiamati a darvi «attuazione» (in senso lato), ad essa dunque variamente legati, secondo «moduli» flessibili e non compiutamente definibili in astratto.

Il rapporto Parlamento-Governo (sul piano delle istituzioni) e quello tra la legge e le fonti di diritto, primarie e secondarie, che vi danno seguito (sul piano degli atti) non è più (se mai è stato …) rappresentabile in termini di «regola-eccezione». A prescindere dalle distorsive esperienze avutesi con riguardo alla decretazione d'urgenza, alle quali si è fugacemente accennato, le stesse deleghe (e, specularmente, i decreti sulla loro base adottati) non avrebbero dovuto costituire, secondo «modello», un fatto comunque «ordinario» in rapporto alla legislazione *tout court*.

Il punto è stranamente trascurato, anche nelle più raffinate indagini di ordine sia teorico-ricostruttivo che empirico-ricognitivo, forse perché considerato di rilievo meramente «statistico» e non già qualitativo, inerente alla struttura stessa dell'ordinamento costituzionale. Eppure che un fisiologico, «ordinario» sviluppo della normazione non possa aversi tramite sistematici spostamenti di competenza (o, come la dottrina tradizionale preferisce dire, di esercizio della stessa [24]), è fuor di dubbio [25].

---

[24] Ma v., al riguardo, la precisazione teorica che è in G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), p. 691.

[25] … così come, all'inverso, è ugualmente chiaro che talune esperienze di normazione (si pensi, ad es., alle «codificazioni») non possono maturare e perfezionarsi nella sola sede parlamentare ma richiedono di essere compiute principalmente dal Governo.

Si sa, ad ogni buon conto, che così non è stato, e non è. Ancora una volta, non importa qui tornare su queste fin troppo note vicende per farne oggetto di ulteriore commento nel merito. In linea con l'opzione metodica prescelta, importa solo osservare che la forte emarginazione sofferta dalla legge quale strumento *ordinario* di normazione, a vantaggio di altri strumenti di produzione (specie ma non solo di provenienza governativa), ha avuto (ed ha) riflessi di ordine generale, su piani diversi da quello in cui si svolgono le relazioni tra Parlamento e Governo fino ad arrivare, ancora più in alto (o a fondo), al piano della Costituzione, della sua «forza», della sua natura complessiva.

Le leggi in genere (e non soltanto, dunque, le leggi di delega o di delegificazione) si propongono sempre più di frequente come «motori» di processi di produzione giuridica complessi, dislocati su più fronti ed internamente assai articolati, aventi caratteri non già temporalmente circoscritti ma di tendenziale stabilità.

Si assiste qui ad un ulteriore paradosso, che potrebbe dirsi della *stabile … instabilità della produzione giuridica*. Proprio perché si mettono in piedi meccanismi di normazione attivi in modo permanente, si ha una *stabile … instabilità* degli atti per il loro tramite prodotti. *Stabile è, insomma, la normazione, come* fieri *senza fine, instabili le norme*.

Non solo le leggi ma gli stessi atti del Governo si aprono, infatti, a sviluppi ulteriori e sollecitano forme assai varie di produzione a catena, consegnandone le chiavi in mano ad istituzioni diverse dal *tandem* Parlamento-Governo (Regioni, enti funzionali, autorità indipendenti [26], ordini professionali [27], ecc.) fino a sollecitare, in non pochi casi, la partecipazione o, addirittura, l'esclusiva autoregolazione da parte dei gruppi sociali e degli stessi privati [28].

---

[26] Con specifico riguardo alla produzione normativa delle autorità indipendenti ed ai non semplici problemi di sistemazione che in relazione ad essa si pongono, v., part., N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di)., *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 103 ss.; P. BILANCIA, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 147 ss.; M.A. CABIDDU-D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 1-2/2000, p. 13 ss. e, con riferimento a talune esperienze assai indicative, A. SIMONCINI, *Autorità indipendenti e 'costruzione' dell'ordinamento giuridico: il caso del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 863 ss. e P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 265 ss.

[27] Per un caso di particolare interesse, v., ancora, A. SIMONCINI, *I* codici deontologici *di protezione dei dati personali nel sistema delle fonti. L'emersione di un nuovo «paradigma» normativo?*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, cit., p. 277 ss.

[28] Sullo sviluppo crescente di moduli convenzionali di autoregolazione adottati in attuazione di discipline legislative o regolamentari ovvero da queste «recepite», v., tra gli altri, G.

È interessante notare che, laddove siffatta *produzione a cascata* non è dallo stesso legislatore (in ampia accezione) prestabilita, essa è, in alcuni casi, imposta in sede di controllo, attraverso taluni «aggiustamenti» specificamente mirati a rendere sempre più concrete e penetranti le previsioni normative [29].

Se ne ha, dunque, una evidente confusione o «diluizione» dei ruoli (e delle funzioni), gravida di implicazioni sia sul piano degli stessi rapporti istituzionali (e, dunque, della forma di governo) e sia pure – per ciò che qui più ancora importa osservare – sul piano delle relazioni tra apparato e comunità (della forma di Stato, insomma).

Una delle maggiori conseguenze della rilevata complessità e «fluidità» dei rapporti interistituzionali è, infatti, proprio questa di rendere sempre più contigue e, in non pochi casi, reciprocamente mescolate le pubbliche funzioni, fino appunto a far confondere la normazione con la stessa giurisdizione.

Il fenomeno, come si sa, non è nuovo; ma da qualche tempo a questa parte ha assunto dimensioni inusitate, particolarmente vistose, diffuse [30]. È

---

D'AURIA, *Autorità e contratto nell'amministrazione italiana, oggi*, in *Pol. del dir.*, 1998, p. 201 ss. e G. TARLI BARBIERI, *Atti regolamentari ed atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, cit., p. 246 ss.

[29] Si pensi, ad es., alla prassi, pure non particolarmente frequente e tuttavia indicativa, per la sua parte, di una generale tendenza, costituita dalle pronunzie additive di principio e dalla «delega» – com'è stata efficacemente chiamata – che, per il loro tramite, si realizza allo stesso legislatore e, simultaneamente, al giudice (indicazioni, al riguardo, possono aversi da C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, tutto il cap. IV, della quale v., quindi, *«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 253 ss. e, ora, L.A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Cedam, Padova, 2000, p. 94 ss.). La sostanziale fungibilità dei ruoli degli operatori «delegati» (per quanto l'uno istituzionalmente esercitato e l'altro solo «sussidiariamente» evocato in campo) è la migliore riprova di quanto si viene dicendo. Che, poi, la prassi in parola, per quanto possa apparire meno invasiva di altre dell'ambito riservato alla c.d. «discrezionalità» del legislatore, crei ugualmente problemi non da poco di coerenza interna (per i quali può, volendo, vedersi il mio *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del «modello» e fluidità dell'esperienza*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., pp. 46 ss., spec. 51 ss.), è cosa che non può essere qui presa in considerazione.

[30] A conferma della portata generale delle esperienze di produzione giuridica a cascata, alle quali si fa ora riferimento, merita di esser segnalato il fatto che se ne ha riscontro oggi persino nella dimensione regionale. Malgrado infatti alla legislazione locale sia, per tradizione, riconosciuto un carattere assai di frequente «interstiziale» o sostanzialmente provvedimentale, ugualmente non di rado si assiste – secondo la testimonianza resa dal *Rapporto sullo stato della legislazione*, parte II, *Tendenze e problemi della legislazione regionale*, a cura dell'Osservatorio sulla legislazione dell'ISR-CNR, III/2000, Camera dei Deputati 30 giugno 2000, par. 2.1 del *paper* – a discipline di natura «promozionale», che comportano un corposo spostamento a valle del processo decisionale, a favore di atti (piani, programmi, ecc.) di competenza

conosciuto, per la verità, ancora in assai ridotta misura, anche perché fanno tuttora largamente difetto indagini adeguate, di ordine strutturale-funzionale, interne ai singoli atti, pur se limitate solo ad alcuni campi di esperienza. Quel che solo può adesso dirsi è che il rapporto tra norma «attuanda» (in senso lato intesa), quale che sia la fonte (legislativa e non) che la pone, e norma «attuativa» conosce gradi diversissimi di *intensità prescrittiva*, di modo che il punto di equilibrio interno ai processi di produzione è idoneo a dislocarsi – se così può dirsi – a diverse «altezze». Ed è chiaro che quanto più arretra l'una norma, mantenendosi ad un livello elevato di generalità (o, meglio, genericità…), tanto più naturalmente può avanzare l'altra, fornendo la gran parte della disciplina di una data materia.

L'esperienza dei regolamenti governativi, nei loro rapporti con la legge, è davvero illuminante al riguardo; e, dimostra, proprio con la estrema varietà delle forme concretamente assunte dai rapporti medesimi, la labilità teorico-pratica della loro distinzione in «tipi», destinata sistematicamente a sfaldarsi davanti al continuo mutare del modo con cui si presentano le norme dell'una e dell'altra fonte, *quale che sia l'autoqualificazione data dall'atto che le contiene*. Non è, infatti, infrequente il caso che l'atto governativo si doti, mescolandole al proprio interno in forme praticamente indefinibili con gli schemi usuali, di disposizioni che ora parrebbero «eseguire», ora «attuare» ora, infine, «integrare» precedenti disposti di legge, secondo combinazioni sfuggenti ad ogni apprezzabile catalogazione [31].

La «razionalizzazione» positiva del quadro si è, poi, rivelata, come si sa, un'impresa pressoché disperata, lo *standard* fissato nella legge 400 essendo stato innumeri volte sul piano procedimentale alterato (e seguitando, peraltro, impunemente ad esserlo a ritmi incalzanti), tanto da vanificare il pur encomiabile sforzo prodotto da un'attenta dottrina al fine di star dietro a siffatte vicende e darne una compiuta rappresentazione [32].

---

della Giunta o di enti diversi dalla Regione (ad es., i Comuni). Non pochi problemi, poi, si pongono, ai quali non può ora neppure farsi cenno, a riguardo della qualificazione da riconoscere a siffatte forme di specificazione-attuazione dei disposti legislativi, alle volte di assai incerta configurazione giuridica.

[31] Su siffatta connotazione dei rapporti tra regolamenti e leggi ho avuto più volte occasione di soffermarmi, facendone oggetto di esame da più angoli visuali: riassuntivamente, v., ora, il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., p. 94 ss. Il carattere «misto» di molti regolamenti è rilevato anche da A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, cap. IV del *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli-G. Pericu-A. Romano-F.A. Roversi Monaco-F.G. Scoca, I, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 220 s.

[32] Si segnalano, al riguardo, in ispecie gli studi di G. Tarli Barbieri, del quale, oltre la monografia su *Le delegificazioni*, cit., ricordo qui, part., i contributi all'*Osservatorio sulle fonti*, a cura di U. De Siervo, e segnatamente, nel vol. relativo al 1997 (Giappichelli, Torino,

Come che stiano le cose nei singoli casi, è certa l'intersecazione dei livelli istituzionali che viene a costituirsi per ciascuna forma di collegamento internormativo e parimenti evidente è l'incidenza che se ne ha per la comunità dei cittadini (particolarmente accentuata nei casi in cui è promossa l'autoregolazione di quest'ultima ma, appunto, evidente anche fuori di essi).

Ora, la trasformazione ormai intervenuta nella struttura delle leggi e degli atti di normazione in genere, che asseconda il moto incessante degli interessi e l'intreccio sempre più fitto che li connota, è ricca di implicazioni per più aspetti degne di nota.

*Sul piano politico-istituzionale*, il rischio assai serio che si corre, in conseguenza di siffatto modo di porsi delle leggi in genere (e delle leggi di delega e di delegificazione in ispecie), è quello non già della loro valorizzazione quale fonti produttive di «princìpi», idonei a dare le «riforme» del tessuto sociale e positivo che sono insistentemente, vigorosamente reclamate, bensì l'altro del loro sostanziale svuotamento e dello svilimento a mero scudo protettivo o legittimante di una normazione nel suo insieme altrove confezionata [33]: una sorta di «velo», peraltro evidentemente inidoneo a «coprire» o mascherare dinamiche produttive non di rado insufficientemente «aperte» al controllo degli organi di garanzia e – ciò che più importa – della comunità.

Torna, come si vede, in primo piano il profilo della forma di Stato quale quello appunto più esposto a gravi torsioni e, conseguentemente, a non poco deformanti rappresentazioni. D'altronde, laddove la tendenza a spostare fuori delle aule parlamentari il perno dell'equilibrio in seno ai processi produtti-

---

1998), *Il potere regolamentare del Governo (1996-1997): quadro generale*, p. 195 ss.; in quello relativo al 1998, *Atti regolamentari ed atti pararegolamentari nel più recente periodo*, cit., p. 241 ss. e, infine, in quello del 1999, *Fonti del diritto e riforma dei ministeri*, p. 69 ss.

[33] È questa la ragione per cui, con specifico riguardo alle delegificazioni, al di là di ogni possibile riserva di ordine generale che pure dovesse aversi circa la loro conformità a Costituzione, occorre rifuggire tanto dalla soluzione teorico-astratta (per la lettura che usualmente se ne dà) fatta propria dalla legge 400, che imputa la produzione dell'effetto abrogativo alla sola legge delegificante, quanto dalla soluzione praticamente affermatasi nell'esperienza (ma, appunto, con grave torsione del «modello») che vede pressoché per intero appuntarsi l'effetto stesso in capo ai regolamenti. Un indirizzo di «politica delle fonti» equilibrato, che assegna a ciascuna delle fonti in campo il ruolo che le compete nelle dinamiche complessive che portano alla costruzione ed al rinnovamento dell'ordine positivo, vorrebbe invece *distribuito* l'effetto tra le fonti stesse, pur in misura e con intensità variabili a seconda della estensione e capacità d'incidenza esibita dalle «norme generali regolatrici della materia» legislativamente poste [maggiori ragguagli al riguardo possono aversi dai miei «*Fluidità» dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi d'inquadramento sistematico*, in «*Itinerari*», IV, cit., pp. 351 ss., spec. 368 ss., e *La delegificazione (relazione di sintesi)*, cit., 393 ss.]. Una riflessione recente sulla delegificazione in rapporto alla crisi della legge può vedersi in F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, cit., pp. 12 ss., spec. 28 ss.

vi dovesse ulteriormente prendere piede e consolidarsi, non è disagevole prevedere quali negative conseguenze potranno aversi per il valore democratico, a meno che non si riesca ad escogitare meccanismi di compensazione di natura diversa da quelli che fanno capo alla rappresentanza. Pur nondimeno, ci si troverà in presenza, forse, del definitivo degrado di quest'ultima, salvo che non si riesca appunto ad «inventare» un modo per rigenerarla o farla «risorgere» sotto altre forme e sedi rispetto a quella parlamentare [34].

*Sul piano delle dinamiche della normazione*, poi, si avverte profondo il cambiamento in corso nel modo stesso di essere della norma che, più che *frammento di un atto staticamente riguardato*, si pone quale *particella dinamica di un processo*, componente (inscindibile da altre) del *fieri* di una esperienza che si fa e disfa senza sosta, presentandosi in forme continuamente cangianti e con contenuti parimenti senza sosta rinnovati.

## 6. Carattere instabile e «sperimentale» delle norme (attraverso l'esempio dei decreti legislativi correttivi ed integrativi) e motivazione degli atti che le contengono

Il fenomeno, ormai sistematicamente ricorrente, dei decreti legislativi correttivi ed integrativi [35] è uno degli indici più attendibili del fenomeno ora segnalato: non tanto – come pure non è di secondario interesse rilevare – della alterazione del rapporto tra «regola» (legislativa) ed «eccezione» (non legislativa), quanto, *anche per ciò*, della crescente complessità e mobilità interna

---

[34] Sui mali che affliggono la rappresentanza e sulle ricette pensate per superarli, su cui – come si sa – si assiste ad un annoso e fitto (quanto fin qui, purtroppo, sterile) dibattito, indicazioni possono aversi dagli studi monografici di F. CASSELLA, *Profili costituzionali della rappresentanza. Percorsi storici e comparatistici*, Jovene, Napoli, 1997; A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Jovene, Napoli, 1998 e G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparatistica*, Maggioli, Rimini 1999. V., inoltre, i contributi di L. Ornaghi, G. Ferrara, V. Angiolini, A. Di Giovine-S. Sicardi, Ph. Ardant, che sono in questa *Rivista*, 1998.

[35] … a riguardo dei quali, v., part., le indagini di N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi 'correttivi': esperienze, problemi, prospettive*, Giuffrè, Milano, 1996 e M. CARTABIA, *L'effettività come presupposto e vittima dei decreti legislativi «integrativi e correttivi»*, in A. BARDUSCO-F. PIZZETTI (a cura di), *L'effettività tra sistema delle fonti e controlli. Alcuni casi emblematici*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 73 ss., della quale v., inoltre, la relaz. illustrata al Seminario di Napoli, cit., dal titolo *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di Governo e vizi di costituzionalità?*, in *paper*, nonché, ora, F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, cit., p. 41 ss. e C. DE FIORES, *Le trasformazioni della delega legislativa*, cit., p. 190 ss.

ai processi di produzione giuridica e, dunque, della parimenti crescente instabilità delle norme prodotte, con conseguenze immediate – come di qui ad un momento si dirà – sul piano dei rapporti tra apparato e comunità.

Anche, tuttavia, a fermarsi al primo aspetto o al primo stadio dell'analisi, sorgono problemi non da poco, ai quali non può più guardarsi – a me pare – utilizzando schemi d'inquadramento e categorie dogmatiche ormai inesorabilmente invecchiati.

Si pensi, ad es., alla *vexata quaestio* della motivazione delle leggi, cui ora si accenna non nei suoi termini generali ma unicamente con riferimento a taluni atti del Governo e per quel tanto che è strettamente funzionale agli esiti ricostruttivi dei rapporti internormativi qui specificamente studiati [36].

Non discuto, dunque, adesso della necessità di una *giustificazione* e/o di una *motivazione* che, in un ordinamento democraticamente strutturato, graverebbe sugli atti di autorità in genere [37]. Si tratta solo di sapere se la tesi può considerarsi, quanto meno per alcuni atti del Governo, verificata. Ed è qui che la configurazione di un rapporto internormativo nei termini di «regola»-«eccezione» ha la sua immediata rilevanza. *Quanto più, infatti, ci si allontana dalla «regola» o dallo* standard *costituzionale, tanto più pressante si fa il bisogno della giustificazione (e, perciò, della motivazione) di siffatto discostamento e, di conseguenza, «stretto» lo scrutinio esercitabile in sede di controllo.*

Non è un caso che della motivazione degli atti normativi si sia particolarmente discusso a riguardo dei decreti-legge, al punto che gli esiti di siffatto confronto dottrinale si sono quindi concretati nella previsione di un obbligo

---

[36] Per i termini generali di quest'antica questione, dopo V. CRISAFULLI, *La motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, p. 415 ss., v., almeno, G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, in *Il Pol.*, 1974, p. 173 ss.; L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 97 ss. e 111 ss. e C. SALAZAR, *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rass. Parl.*, 1996, p. 419 ss. V., poi, quanto se ne dice, da ultimo, nel *Rapporto sulle questioni istituzionali* del Ministro A. MACCANICO, Roma, 2000, p. 48 s.

[37] Parrebbe avvalorare questa ricostruzione lo stesso sindacato su basi di «ragionevolezza», cui soggiacciono – come si sa – *anche* le leggi ma che sembra ormai provato poggiare su un principio di struttura dell'ordinamento, come tale dotato di valenza generale (v., al riguardo, ora, le approfondite e fini notazioni che sono in L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, ed. provv., Giuffrè, Milano, 2000, cui *adde*, volendo, anche il mio *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in M. LA TORRE-A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Seminario di Catanzaro del 1° dicembre 2000, in corso di stampa, nonché in *Dir. e società*, 4/2000, p. 567 ss., ed *ivi* ulteriori richiami). Si tratta, tuttavia, di stabilire se tra la *giustificazione* e la *motivazione*, che della prima costituisce la forma e la manifestazione, debba sussistere un nesso di conseguenzialità necessaria. Ciò che – a quanto pare – non può essere affermato in astratto o in via generale ma va piuttosto verificato con riguardo ai singoli atti.

di motivazione da parte della legge n. 400 e dei regolamenti camerali. E non è ancora neppure un caso che si pensi oggi alla sua generalizzazione per gli atti e i progetti d'iniziativa governativa in genere (ma non pure per altri). La qual cosa, se realizzata, comporterebbe, a parer mio, una vera e propria frantumazione dell'iniziativa stessa come «tipo» unitario e, comunque, determinerebbe una profonda ristrutturazione degli atti e dei disegni in parola [38].

Si faccia poi caso al fatto che la motivazione non assume sempre uguale significato o risponde alla stessa «funzione» per i singoli tipi di atto. Ad es., limitando ora il confronto ai decreti-legge ed ai decreti correttivi ed integrativi, essa parrebbe rispondere a «logiche» appunto diverse.

Quanto ai primi, la motivazione contrasta (e punta dunque a rovesciare) la presunzione a favore della insussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza, che sollecita una qualificazione in termini d'incompetenza dell'atto del Governo, proprio in quanto strumento in sé «straordinario» [39]. Si tratta, poi, di stabilire – e il punto è di estremo rilievo teorico-pratico – se, *malgrado la motivazione*, sia ugualmente da considerare non superata la presunzione suddetta, al punto da determinarsi una vera e propria *inversione dell'onere della prova*, l'atto perciò considerandosi in via di principio incostituzionale e dovendo appunto essere il Governo a provarne la validità, in tutte le sedi (politiche o giudiziali) in cui se ne faccia questione, o viceversa.

Quanto ai secondi, invece, la presunzione parrebbe essere quella della «irrazionalità» (e, perciò, a conti fatti, ancora una volta dell'*irragionevolezza*) della modifica di una precedente manifestazione normativa da parte di altro atto appartenente allo *stesso* processo produttivo (che, dunque, per un tempo più o meno lungo, rimane «aperto» ed attivo), malgrado l'astratta predeterminazione della modifica stessa (il che, a rigore, potrebbe far pensare alla «irrazionalità-irragionevolezza» della stessa previsione legislativa che sta a base dell'esercizio del potere normativo del Governo di correzione-integrazione) [40].

---

[38] Maggiori ragguagli sul punto possono aversi dal mio *Linee emergenti e prospettive di «razionalizzazione» in tema di norme sulla normazione*, in «*Itinerari*», IV, cit., p. 288 ss.

[39] Una incompetenza che pure si fa riconoscere attraverso una verifica di inadeguatezza dell'atto (*rectius*, delle sue norme) al «fatto» e che, dunque, si risolve per intero nella *irragionevolezza* dell'atto stesso, secondo quanto si è tentato di mostrare in altri luoghi.

[40] Riduce, senza tuttavia eliminare del tutto, i rischi della invalidità dei decreti correttivi ed integrativi la tesi, rigorosa, secondo cui la loro emanazione richiederebbe una delega *ad hoc*. Si veda, part., in tal senso lo scritto di F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, in *Dir. amm.*, 3-4/1999, p. 376 ss., laddove altresì si afferma (379) che gli atti in parola dovrebbero comunque dotarsi di motivazione. Opinione, quest'ultima, che potrebbe apparire fin troppo esigente, una volta che ci si trovi in presenza di una *delega autonoma* (perché, allora, non richiedere la motivazione stessa per i decreti delegati in genere?). Non avrei, invece, dubbi,

L'irrazionalità qui, infatti, parrebbe manifestarsi nella sua forma della incoerenza interna ad un sistema legislativo dato [41]; ed il ragionamento che la rivela sarebbe il seguente. Se si muove dall'idea che i decreti legislativi inizialmente adottati sono da considerare presuntivamente validi, anche (e soprattutto) nel senso della loro adeguatezza al «fatto» da regolare, dovrebbe presumersi, *ferme le circostanze di fatto medesime*, l'invalidità dell'atto correttivo ed integrativo. In tal caso – se ci si pensa – il decreto corretto, ovviamente considerato unitamente al «fatto» (anzi, in rapporto al «fatto» stesso), fungerebbe da *tertium comparationis* in un giudizio di costituzionalità avente ad oggetto l'atto correttivo ed integrativo. Se, poi, dovesse invece dimostrarsi la validità di quest'ultimo, sarebbe acclarata *ex post* l'originaria, complessiva inadeguatezza dell'atto corretto e/o integrato.

Sennonché il ragionamento ora svolto sembra andare incontro a talune difficoltà; ed, oltre ad apparire invero fin troppo approssimativo e schematico, deve fare i conti, per un verso, con la complessità delle verifiche orientate al «fatto» e realizzate su basi di ragionevolezza e, per un altro (e soprattutto), col dinamismo incessante che attraversa e connota l'esperienza e, perciò, «riplasma» e rinnova senza sosta il rapporto norma-fatto.

Ora, sta proprio qui il fuoco della intera questione qui discussa.

La tendenza crescente, della quale i decreti in parola costituiscono solo una delle molte espressioni, a conformare come «sperimentale» (e, perciò, strutturalmente instabile) la produzione giuridica ha, proprio sul terreno delle deleghe *in progress*, una tra le sue più probanti testimonianze. L'ordinamento, in altri termini, ricerca a fatica, attraverso suoi aggiustamenti continui, le forme più adeguate al «fatto»: sia ad un «fatto» che si riveda sostanzialmente immutato lungo il corso del tempo che – ed a maggior ragione – ad un «fatto» che muti di continuo, sì da apparire refrattario alla «presa», delle norme prodotte per regolarlo così come delle immagini teoriche disegnate per «fermarlo» e rappresentarlo.

---

per le ragioni che subito si diranno nel testo, a riguardo della necessità della motivazione a seguire l'orientamento che giudica sufficiente la prima delega per l'esercizio rinnovato del potere delegato (sulla questione accennata, concernente l'opportunità e/o doverosità di una delega autonoma per i decreti in parola, v., ora, l'approfondita riflessione che è in M. Cartabia, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di Governo e vizi di costituzionalità?*, parr. 6 ss. del *paper*).

[41] Sulla distinzione tra *incoerenza* delle leggi (quale forma di contraddizione interna ad un «sistema» legislativo dato) ed *irragionevolezza* delle stesse (per contrasto rispetto ad un valore costituzionalmente fissato), v., per tutti, ora, G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 106 ss.; perplessità e riserve a riguardo della possibilità di tenere le due figure reciprocamente, rigorosamente distinte sono, tuttavia, espresse nel mio *Ragionevolezza e valori*, in *Dir. e società*, cit., p. 591 ss.

## 7. (*Segue*) Precarietà delle norme, riflessi per la identità e stabilità delle situazioni giuridiche soggettive, incidenza sulla forma di Stato

Il rilievo del «fatto» nei processi di produzione giuridica ha ormai assunto dimensioni tali da richiedere articolate previsioni normative (specie ad opera dei regolamenti camerali) a finalità «razionalizzatici» [42]. Tarda, tuttavia, ancora oggi la dottrina a prenderne fino in fondo consapevolezza e, perciò, ad adeguare i suoi schemi ordinatori a siffatta realtà. Ormai, però, la «procedimentalizzazione legislativa del fatto» – come a me piace chiamarla [43] – è, appunto, una realtà che, per la sua parte, mostra la complessità dei «materiali» costitutivi dell'ordinamento, il «ruolo» complessivamente giocato dai fatti appunto nella mobile composizione e ricomposizione delle norme in sistema, il «ponte» da essi gettato per una compiuta congiunzione della teoria delle fonti con la teoria della giustizia costituzionale (avuto specifico riguardo agli atti primari di normazione ed ai loro rapporti) senza la quale non può esservi, come pure dietro si è accennato, una congrua rappresentazione dei meccanismi di produzione-applicazione delle norme, nel loro simultaneo riporto a fatti e valori.

Eppure, malgrado l'opera costruttiva che è dai «fatti» apprestata e lo sforzo dallo stesso legislatore compiuto per far sì che le norme assecondino fino in fondo il moto dell'esperienza e siano quanto più è possibile ad essa adeguate, il carattere «sperimentale» della normazione pone problemi non da poco, per i quali occorre ricercare risposte soddisfacenti.

Il connotato in parola, infatti, acuisce il bisogno di verifiche costanti, approfondite (a mezzo di scrutinii sempre più «stretti») della congruità delle disposizioni normative ai «fatti», dal momento che, per quanto vieppiù orien-

---

[42] V., al riguardo, M.P.C. Tripaldi, *Le strutture preposte alla valutazione della qualità degli atti normativi del Governo*, cit., p. 109 ss., nonché, ora, l'ampio studio di R. Dickmann, *L'istruttoria legislativa nelle Commissioni*, cit., p. 207 ss. Con specifico riguardo all'analisi dell'impatto della regolazione (AIR), di cui all'art. 5, legge n. 50 del 1999, v., poi, tra gli altri, F. Petricone, *Semplificazione amministrativa e legislativa nella legge Bassanini* quater *dell'8 marzo 1999, n. 50*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, p. 676 ss.; N. Lupo, *La prima legge annuale di semplificazione. Commento alla legge n. 50 del 1999*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 197 ss. e P. Bertini, *La legge annuale di semplificazione nel «dilemma» fra legalità ed efficienza*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità*, cit., p. 125 ss.

È opportuno segnalare che, anche per l'aspetto ora considerato, il progetto di riforma «organica» del sistema delle fonti, al quale si è dietro accennato, conteneva interessanti novità, sulle quali non è ora possibile intrattenersi e per le quali si rimanda, dunque, nuovamente al mio commento sopra cit.

[43] Sul punto, v. il mio *Stato e tendenze della legislazione*, in «*Itinerari*», III, cit., p. 446 ss.

tato all'esperienza possa essere il processo produttivo delle disposizioni stesse, esse si collocano, poi, per loro natura, su un piano comunque diverso da quello dei «fatti»: il transito dalla *dimensione astratta* degli enunciati alla *dimensione concreta* dei fatti può essere compiuto unicamente nella cornice dei singoli casi ed avuto riguardo alle loro peculiari esigenze (perciò, principalmente, in sede di giudizio di ragionevolezza).

Al di là, poi, delle verifiche che solo di volta in volta possono essere date in merito all'apprezzamento delle circostanze di fatto da parte dei singoli atti (gli «originari» come pure quelli «correttivi» o «integrativi»), il rilevato carattere sperimentale della normazione ha numerose altre implicazioni e – come si avvertiva – può comportare rischi enormi nella pratica giuridica: in quella amministrativa, che fatica a tenere il passo con le innovazioni positive e mostra, pertanto limiti evidenti di funzionalità, e, forse, ancora di più, in quella giurisdizionale, laddove l'eventualità di confuse o distorte applicazioni delle regole giuridiche è, purtroppo, di quotidiano riscontro, senza che i rimedi al riguardo predisposti riescano ad arginare sensibilmente il fenomeno. Più in genere, è la certezza del diritto, nonché la identità e stabilità delle situazioni giuridiche soggettive ad esser direttamente coinvolte in contesti segnati da perdurante precarietà, oscillazioni assai ampie, diffusa frammentarietà degli indirizzi e delle pratiche di normazione.

Torna qui – come si vede – nuovamente il bisogno di riguardare a siffatte esperienze, al fine di coglierne i tratti maggiormente caratterizzanti, non già nel «chiuso» della forma di governo ma nella dimensione più ampia della forma di Stato.

L'instabilità delle norme – pare quasi superfluo evidenziare – si traduce, infatti, *omisso medio* nella instabilità delle situazioni soggettive, in violazione di quello che a me parrebbe essere un valore fondamentale dell'ordinamento, specificamente desumibile dall'art. 2 Cost. ma ricostruibile sulla base dell'intera trama dei princìpi costituzionali, una volta che si convenga sulla strutturale, incomprimibile vocazione delle situazioni suddette ad acquisire una propria, complessiva identità (quale che essa sia, di vantaggio o di svantaggio), che è invece oggettivamente ostacolata e, non di rado, pregiudicata dal moto vertiginoso, impazzito, dei processi produttivi [44].

La normazione «sperimentale» soffoca, infatti, quest'aspirazione, questo vero e proprio «diritto inviolabile», trasformando in precario ciò che, invece, per natura, dovrebbe appunto essere (tendenzialmente) stabile [45].

---

[44] Sul punto mi sono già intrattenuto in più luoghi, a partire da *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 72 s.

[45] Assai opportunamente, è stato fatto notare (da M. Ainis, *Intervento*, in C. Desideri-G.

Naturalmente, si pone, poi, la formidabile questione teorica relativa alla determinazione – per dir così – del «passo» giusto col quale la normazione deve (o *dovrebbe …*) manifestarsi e rinnovarsi, tenendosi alla larga tanto dal polo di una eccessiva lentezza, che si tradurrebbe in un evidente pregiudizio delle esigenze dei «fatti» (per la provata inattitudine a soddisfarle), quanto appunto da quello di un'eccessiva velocità, che – come si appena osservato – sarebbe comunque dannosa. Ma, è chiaro che nessun «metro» può essere astrattamente fissato, che, proprio perché *astratto*, risulterebbe inservibile, mentre è solo dall'esperienza stessa che, per i singoli ambiti di disciplina, possono aversi le opportune indicazioni. La ragionevolezza delle leggi, d'altronde, non è mai un «dato», che è bell'e pronto e disponibile all'uso; è, piuttosto, il prodotto – se vogliamo chiamarla così – di un lavoro faticoso, che si compie, in primo luogo, nelle aule parlamentari e nelle altre sedi produttive di diritto e si collauda e perfeziona, quindi, se del caso, nel laboratorio della giustizia costituzionale. La ragionevolezza, insomma, non *è* ma *si fa*; e si fa apprezzare compiutamente solo attraverso il duplice, simultaneo orientamento delle norme *verso il basso* (i «fatti») e *verso l'alto* (i valori).

Dalla prospettiva ora adottata, che appunto ha riguardo alla dinamica ordinamentale nella sua interezza, vale a dire nell'insieme delle relazioni tra apparato e comunità, ci si avvede che la tesi, pure oggi largamente diffusa, che segnala la sostanziale fungibilità degli strumenti di normazione, per lo scadimento del rilievo posseduto dalle forme o dai *nomina iuris*, non coglie fino in fondo i termini complessivi della questione ora discussa. *Dal punto di vista della forma di governo*, può anche non fare molta differenza che si metta in moto l'uno ovvero l'altro processo produttivo e, dunque, si utilizzi ora questo ora quello strumento normativo, purché certi equilibri siano comunque mantenuti in seno al rapporto tra legge e fonti governative; ma, *dal punto di vista della forma di Stato*, la scelta può portare a conseguenze non poco diverse nei singoli casi. Così, il ricorso alle deleghe ed alla normazione ad esse conseguente – per strano che possa apparire – può talora dimostrarsi persino più svantaggioso delle delegificazioni per il cittadino, i suoi diritti, le situazioni in genere che ad esso fanno capo [46].

---

Meloni (a cura di), *Le autonomie regionali e locali alla prova delle riforme. Interpretazione e attuazione della legge n. 59/97*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 117 s.) che la pratica dei decreti legislativi correttivi ed integrativi porta all'assimilazione di questi ultimi ai decreti-legge.

[46] Non accenno ora, per non complicare eccessivamente il quadro, alla condizione che, nei due casi, si ha sul piano dei controlli. Peraltro, è ancora da approfondire la questione circa la maggiore o minore funzionalità dei meccanismi al riguardo predisposti. Credo, infatti, che la comparazione tra pregi e difetti del sistema di impugnazione delle leggi (e degli atti a queste equiparati), da un lato, e del sistema di ricorso sui regolamenti, dall'altro, meriti di essere ulteriormente approfondita rispetto agli studi, ormai risalenti, su di essa condotti. Consiglierei,

Lo *stress* al quale, per una rigorosa dottrina [47], il *principio di legalità in senso sostanziale* è il più delle volte sottoposto dalle pratiche di delegificazione è, infatti, ulteriormente accresciuto [48] dai decreti legislativi tutte le volte che, da un lato, il quadro delle indicazioni positive disegnato dall'atto di delega è assai incerto e carente e, dall'altro, è «istituzionalizzato» il carattere precario della disciplina che il Governo è chiamato ad apprestare, della quale si prefigura appunto l'imminente, praticamente certa, riforma. È facile l'obiezione: che, sul terreno delle delegificazioni, non vi è alcuna necessità di prevedere il futuro intervento del Governo, dal momento che si è in presenza di un trasferimento (*tendenzialmente*) stabile del potere di normazione [49]. Le aspetta-

---

dunque, un supplemento di riflessione prima di riprendere a cuor leggero la vecchia proposta di Mortati (e di altri), pure – come si sa – fatta propria da alcuni progetti di riforma (ed alla quale, ancora da ultimo, si è richiamato il *Rapporto sulle questioni istituzionali*, cit., 55 s.), volta a riconoscere il «valore di legge» di talune specie di regolamenti. Tanto più, se la proposta stessa fosse rivista – come mi parrebbe opportuno – alla luce delle osservazioni dietro fatte circa la estrema labilità concettuale della distinzione dei regolamenti in «tipi» , vale a dire in ordine al riconoscimento della natura (e funzione) dei singoli atti e della loro appartenenza a questa o quella specie, per le evidenti difficoltà ed incertezze che al riconoscimento stesso si accompagnano e si proiettano immediatamente sul piano dei controlli. È pur vero, tuttavia, che – rivisti i meccanismi di controllo dalla prospettiva della forma di Stato – l'attrazione di alcuni tipi di regolamento nell'area del giudizio di costituzionalità farebbe innalzare il tasso di «democraticità» del controllo, se non altro in considerazione della maggiore esposizione cui si trova soggetta la Corte rispetto ai giudici comuni al sindacato diffuso della comunità, in ragione della sua posizione complessiva nel sistema (una riflessione di ordine generale sul rapporto tra giustizia costituzionale e valore democratico può ora vedersi nelle pagine iniziali di A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, part. p. 10 ss. Quanto, poi, ai non pochi problemi, peraltro ancora per la gran parte insoddisfacentemente risolti, che si pongono in merito al contraddittorio nei giudizi di costituzionalità ed all'accesso agli stessi, v., per tutti, i contributi che sono in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 1998 e, ancora di A. ANZON-P. CARETTI-S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000).

47 Tra gli altri, v. F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, cit., e G. DEMURO, *La delegificazione come strumento di semplificazione: una difficile coesistenza*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, cit., p. 196 s.

48 … e, spostandosi di piano, si converte in una grave menomazione del *principio di legalità costituzionale in senso sostanziale*. Le rilevate carenze di contenuto delle leggi di delega, infatti, passando il più delle volte impunite attraverso il controllo di costituzionalità, dimostrano *per tabulas* la inconsistente capacità delle metanorme costituzionali a porre un argine adeguato a pratiche di normazione da esse tendenzialmente devianti e, dunque, si risolvono nei fatti nello smarrimento del principio di legalità al piano più elevato di espressione positiva.

49 Naturalmente, qui non si prende in considerazione il caso, peraltro non infrequente, di successive (e, talora, persino non impreviste…) «rilegificazioni» (su ciò, ora, G. D'AMICO, *La* rilegificazione *tra riserva di regolamento e principio di legalità, ovvero il piè veloce Achille e la tartaruga*, in AA.VV., *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*, cit., e E. FRONTONI, *Spunti in tema di delegificazione: «rilegificazione» e sottrazione dei regolamenti in*

tive, nondimeno, in un caso e nell'altro, sono comunque diverse: nelle deleghe la correzione e/o integrazione di un'anteriore disciplina posta in esercizio del potere delegato è, in un certo senso, *promossa*; dalle delegificazioni, di contro, ci si attende una, sia pure relativa, *stabilità*[50].

Le cose, poi, non poco si complicano in presenza di quei singolari *monstra* che l'esperienza più recente pone sotto i nostri occhi, costituiti da atti normativi «misti», per una parte primari e per un'altra secondari, quali sono i testi unici contenenti norme di rango legislativo e norme regolamentari[51], che, al di là di ogni altro possibile rilievo su piani e da angoli visuali diversi, danno luogo a non lievi problemi d'inquadramento sistematico e – temo – ancora di più con riguardo al fronte delle garanzie, dove la confusione è già tanta, forse

---

*delegificazione all'abrogazione referendaria*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, cit., p. 233 ss.). Ma che esse siano pure, per la loro parte, un fattore assai rilevante di … *instabilità*, non è dubbio. Proprio su ciò, infatti, si potrebbe, a mia opinione [*La delegificazione (relazione di sintesi)*, cit., p. 384], tentare di costruire la tesi secondo cui, in quanto «eccezione» rispetto alla regola della delegificazione, la rilegificazione dovrebbe considerarsi presuntivamente irragionevole, salva – beninteso – la prova del contrario. Oltre questa soglia, pare davvero difficile potersi spingere per porre un freno ad un uso fin troppo disinvolto degli strumenti di normazione, al loro stesso continuo alternarsi da un piano all'altro della scala gerarchica e con l'una o l'altra forma. Discussa, in particolare, è la questione (sulla quale può con profitto vedersi lo scritto sopra cit. di G. D'AMICO) relativa alla possibilità di configurare come pienamente, reciprocamente «sussidiarii» i regolamenti e le leggi di rilegificazione, nel senso della loro libera e paritaria successione nel tempo, con specifico riguardo alla materia dell'organizzazione amministrativa (a seguito della riforma introdotta dall'art. 13 della legge Bassanini). In ogni caso, queste e tante altre esperienze di normazione, connotate da oscillazioni continue, gravi e non rimosse incertezze, palese improvvisazione, avvalorano ulteriormente – a me pare – la tesi secondo cui la soluzione più piana e lineare ed adeguata a porre ordine nelle vicende in parola è quella di una «razionalizzazione» forte, *in essentialia* fissata a livello costituzionale, che stabilisca condizioni, limiti e regime complessivo degli atti (specie di quelli comunque idonei ad incidere sulla forma di governo e sulla forma di Stato), senza la quale l'abrogazione espressa, i limiti alle rilegificazioni e quant'altro è stato pensato per dare trasparenza ed ordine alle vicende della normazione rimarranno mere aspirazioni di menti ispirate, destinate tuttavia ad esser largamente, sistematicamente insoddisfatte.

[50] È pur vero però che non poche volte gli strumenti qui comparati si intrecciano e combinano tra di loro variamente, ad es. nei casi in cui le delegificazioni hanno la loro fonte specifica ed immediata nei decreti delegati: potrebbe dirsi, dal punto di vista ora adottato, che il fondamento di una produzione (relativamente) stabile riposa in una fonte (relativamente) … instabile.

[51] Sulle fonti in parola e, in genere, sulla «politica» dei testi unici, vigorosamente sollecitata dalle leggi di semplificazione, è in corso un fitto dibattito, in seno al quale possono, tra gli altri, vedersi i contributi di M. MALO, *Nuove problematiche in ordine ai testi unici*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1998*, cit., p. 161 ss.; A. FEBONIO, *Il riordino normativo attraverso i testi unici*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Il parlamento repubblicano (1948-1998)*, in *Quad.* della *Rass. Parl.*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 509 ss.; F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, cit., p. 373 ss.; N. LUPO, *La prima legge annuale di semplificazione*, cit., p. 99 ss.; F. MAUTINO-R. PAGANO, *Testi unici. La teoria e la prassi*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. p. 85 ss.

destinata a crescere ulteriormente. Ciò che, peraltro, pure si spiega nella circostanza che le fonti in parola, delle quali invero ancora troppo poco si sa, sollecitano l'abbandono di uno dei nostri più antichi «feticci», quello della *corrispondenza biunivoca forma-forza dell'atto*, ora invece scisse, la seconda facendosi riportare – a quanto pare – non già all'*atto* stesso ma alle sue *norme* o, meglio, a queste ultime in quanto *originariamente* prodotte da un certo atto [52].

## 8. La *stabile … instabilità* della normazione e l'incidenza che se ne ha sul piano della Costituzione (e dell'interpretazione costituzionale), ovverosia il *paradosso per cui l'eccesso di normazione subcostituzionale si converte in una sostanziale denormazione costituzionale*

Il modo complessivo di essere della produzione normativa del tempo presente (e, al suo interno, particolarmente di quella di origine governativa), con la *stabile … instabilità* che – come s'è veduto – ne connota le manifestazioni, ha, poi, immediati riflessi sul piano della Costituzione. È questo il terzo profilo, dopo quello inerente alla forma di governo e l'altro della forma di Stato, dal quale si vogliono qui riguardare, con la massima rapidità, le esperienze di normazione di Parlamento e Governo.

La Costituzione – è stato ancora di recente fatto notare [53] – è un *atto* ed un *processo* assieme (anzi, è più il secondo che il primo). Il dinamismo interno al quadro costituzionale non ha solo in se stesso, nel modo con cui si presenta il linguaggio della Carta [54], la ragione della propria esistenza ma è di continuo

---

[52] La tesi succintamente esposta nel testo presuppone, come si vede, il carattere meramente «ricognitivo» dei testi unici in parola, senza che ne risulti alcuna sostanziale «novazione» della fonte conseguente alla loro adozione. L'ipotesi, nondimeno, merita di essere ancora tutta da studiare.

[53] Il punto è insistentemente toccato, partendo da angoli visuali diversi e per esigenze di studio parimenti diverse, in molti dei miei scritti in tema di fonti. Vi si sono quindi intrattenuti, con approfondite notazioni, anche A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, pp. 341 ss., spec. 416 ss., e, dello stesso, ora, *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in A. SPADARO (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 17 ss., nonché L. D'ANDREA, *Il progetto di riforma tra Costituzione-atto e Costituzione-processo*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, Cedam, Padova, 1999, p. 93 ss.

[54] Su ciò segnalo qui solo le riflessioni che, da diversi punti di vista, sono svolte da G. SIL-

alimentato da spinte e sollecitazioni provenienti *ab extra*, dall'esperienza in tutte le sue forme espressive e nelle sue più salienti manifestazioni e, dunque, anche (e in primo luogo) proprio dalle vicende della normazione. Per ciò che ora specificamente importa, il modo complessivo di essere di quest'ultima ha un'immediata proiezione sul piano costituzionale, secondo quanto anche poc'anzi si è, ad altro riguardo, fatto osservare. E, per avvedersene compiutamente, basti solo riflettere su uno tra i molti punti da cui il fenomeno può essere riguardato, quello della interpretazione.

La più sensibile dottrina ha già da tempo mostrato quanto fitte siano le mutue implicazioni che, in occasione dei processi ermeneutici, si determinano tra fonte e fonte nella loro dinamica composizione in sistema [55]. Un'analisi strutturale degli enunciati, sia costituzionali che legislativi, congiuntamente alla considerazione dei contesti storico-politici in cui essi si inseriscono ed inverano, mostra in tutto il suo spessore l'incidenza, pure varia per campi di esperienza, esercitata dagli atti subcostituzionali a carico delle disposizioni costituzionali, tanto più avvertita quanto più a maglie larghe è fatto il tessuto costituzionale e, perciò, aperta e disponibile a continue rigenerazioni di sensi la conformazione degli enunciati che lo compongono. Al punto che, non di rado, la *gerarchia positiva* è, a conti fatti, rovesciata su se stessa e cede il posto ad una *gerarchia culturale* che gioca a favore degli atti non costituzionali, dai quali (sia pure non parassitariamente) si alimenta la legge fondamentale, cogliendosene quindi la ricchezza delle manifestazioni soprattutto in sede di controllo [56].

Ora, è evidente quanti e quali inconvenienti si accompagnino ad un uso complessivamente congiunturale delle tecniche di normazione, che rendono complessivamente asfittici i canali attraverso i quali incessantemente si svolge il «gioco» di rimandi di sensi tra Costituzione e legge. Quanto più, infatti, quest'ultima è, ormai quasi per sistema, soppiantata da atti diversi di regolazione giuridica (e, tra questi, da atti del Governo), connotati – come si è ripetutamente fatto osservare – da una endemica precarietà, tanto più l'arricchi-

---

VESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 229 ss. e M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 103 ss. Altre indicazioni possono, poi, aversi dal mio *La Costituzione allo specchio: linguaggio e «materia» costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino, 1999, spec. la sez. IV.

[55] Davvero lungimirante, al riguardo, la ricostruzione «circolare» del sistema delle fonti elaborata da A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig-Wien, 1929. Ad essa mi sono rifatto, con originali sviluppi, in altri luoghi di riflessione (e, tra questi, in *La Costituzione allo specchio*, cit.).

[56] Come si sa, la giurisprudenza costituzionale ha fatto ripetutamente, proficuamente uso di questa indicazione teorica, specie in sede di risoluzione dei conflitti Stato-Regioni, laddove la rilevata *gerarchia culturale* è *per tabulas*, sistematicamente, applicata.

mento semantico che la stessa legge fondamentale richiede agli atti sottostanti è oggettivamente ostacolato e, in non pochi casi, a conti fatti, pregiudicato.

*L'instabilità delle norme subcostituzionali non si sposa con la stabilità della Costituzione*[57], con la sua vocazione a durare nel tempo[58], dal momento che un eccessivo apporto di significati continuamente cangianti si traduce, nelle cose, in nessun apporto e si pone, perciò, in stridente contraddizione col valore della certezza del diritto costituzionale che ha proprio nella stabilità il suo più saldo fondamento.

Il fenomeno può, dunque, essere riassunto nella formula del paradosso per cui l'*eccesso di normazione subcostituzionale si converte, ancora una volta, in una sostanziale denormazione costituzionale* (qui, specificamente apprezzabile sul piano del rinnovamento semantico degli enunciati costituzionali, senza il quale – come si è venuti dicendo – la «forza» della legge fondamentale scema gradatamente e, alla lunga, si spegne).

## 9. I casi di separazione delle competenze nei rapporti tra i regolamenti del Presidente del consiglio dei ministri ed i regolamenti del Governo, e di delegificazione a favore dei regolamenti ministeriali quali «spie» di una complessiva torsione sia della forma di governo che della forma di Stato

Queste ed altre esperienze di normazione, alle quali per brevità non si fa ora cenno, parrebbero avvalorare la tesi, come si sa largamente diffusa e risalente[59], che vede nel rafforzamento dei poteri di normazione e, in genere, del

---

[57] … per quanto sia evidente che dalle prime non può (e non deve), in ogni caso, pretendersi lo stessa capacità di radicamento nell'ordine positivo e nel corpo sociale che è propria solo della seconda.

[58] Mi piace qui ricordare sul punto, part., la densa riflessione del mio compianto Maestro, T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Giuffrè, Milano, 1978, p. 783 ss., ora pure in *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 477 ss.

[59] Il rafforzamento dei poteri di normazione (e, dunque, del ruolo complessivo) del Governo è da tempo rilevato, specie a partire da E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 463 ss. Dati aggiornati sulle esperienze di normazione venute a maturazione in Paesi a noi vicini possono ora aversi dal *Rapporto sullo stato della legislazione*, parte III, *Dati sulla legislazione in Germania, Francia, Spagna, Regno Unito*, a cura dell'Osservatorio sulla legislazione dell'ISR-CNR, III/2000, Camera dei Deputati 30 giugno 2000, in *paper*. In dottrina, v., ora, riassuntivamente, L. PEGORARO-A. RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, spec. p. 77 ss.

ruolo istituzionale del Governo uno dei tratti più marcati e stabili delle esperienze costituzionali degli ordinamenti liberal-democratici [60].

Ancora una volta, tuttavia, il punto richiede di essere approfondito, sia sul fronte circoscritto dei rapporti tra gli organi della direzione politica e sia – e soprattutto – sul più ampio terreno dei rapporti tra apparato e comunità.

Quanto al primo piano dell'indagine, ormai è da tempo provato il carattere approssimativo di ogni analisi che si fermi al solo profilo dei rapporti «esterni» (tra gli organi considerati nella loro compiutezza), senza scavare all'interno della struttura di ciascuno dei poli istituzionali costitutivi delle relazioni stesse. Un'analisi invece a doppio verso orientata consentirebbe di mettere a fuoco le implicazioni che, appunto in un senso e nell'altro, si hanno tra i rapporti interorganici, da un lato, ed i rapporti intraorganici, dall'altro. Gli uni, infatti, risultano, in una assai rilevante misura, condizionati dal modo complessivo con cui si svolgono gli altri, per gli equilibri che in questi ultimi si realizzano e che si riflettono lungo il canale delle relazioni esterne. A loro volta, queste ultime non rimangono prive di influenza, pur se in forme e gradi diversi a seconda del raccordo interistituzionale di volta in volta considerato, nei confronti delle dinamiche che in seno a ciascuna sede di apparato prendono corpo e svolgimento, con un processo – come si vede – di ricarica reciproca, in seno al quale è assai arduo determinare gli apporti che si hanno in un senso o nell'altro.

Limitando, ora, lo sguardo alle sole esperienze endogovernative, taluni tratti sia pure confusamente emergenti dalle più recenti vicende della normazione parrebbero, ancora una volta, far emergere un quadro assai articolato, al cui interno, tuttavia, alcune linee parrebbero maggiormente pronunciate di altre ed espressive di una tendenza complessivamente non poco preoccupante.

Mi riferisco, in particolare, al disegno volto a rafforzare i poteri d'indirizzo e di coordinamento della Presidenza del Consiglio, già delineato da tempo ma ora particolarmente rimarcato nel D.Lgs. n. 303 del 1999 [61], specie laddo-

---

[60] Si presti caso al fatto che la motivazione degli atti e dei disegni del Governo, che si vorrebbe ora estesa ad ogni manifestazione normativa del Governo stesso, se, per un verso, sembra esporre queste ultime maggiormente ai controlli (di ordine sia politico che giurisdizionale), per un altro costituisce, ad ogni modo, un indice anche esteriormente assai rilevante del primato ormai stabilmente raggiunto dal Governo nei processi di normazione (sul punto, v. il mio *Linee emergenti e prospettive di «razionalizzazione» in tema di norme sulla normazione*, in «*Itinerari*», IV, cit., p. 288 ss.).

[61] Espressione assai significativa di questa tendenza è data dal potere di direzione del Presidente del Consiglio, a riguardo del quale nondimeno non poche né lievi sono ancora oggi le incertezze, così come assai controversa è la natura dei decreti in genere dallo stesso adottati (il punto sullo stato della riflessione in ordine al potere suddetto può ora vedersi chiaramente fissato nello studio monografico di E. CATELANI, *Contributo allo studio delle direttive interorga-*

ve – con una significativa innovazione rispetto alla legge n. 400 – si «chiude» la cerchia degli atti sottoposti al deliberato del Consiglio dei ministri, facendone oggetto di una enumerazione tassativa (v. art. 12, ottavo comma, col quale è stato aggiunto un quarto comma all'art. 2, legge cit.) [62].

L'innovazione – come si diceva – è grossa e gravida di implicazioni a largo raggio: per un verso, tende a «deburocratizzare» il Consiglio dei ministri, sgravandolo di compiti insensatamente affidatigli col tempo dalle leggi, che poco o nulla hanno a che fare con la determinazione della «politica generale del Governo»; per un altro verso, tuttavia, irrigidendo il riparto delle competenze endogovernative rispetto al modulo flessibile stabilito dalla legge n. 400 [63], rischia di incidere a fondo proprio su quella «politica generale» che mira a preservare, già per il fatto di escludere categoricamente una pronunzia consiliare su questioni astrattamente rientranti nella sfera dei Ministri. Ancora di più, poi, l'innovazione in parola appare carica di significati se la si mette a rapporto, da un lato, con la introduzione, con essa perfettamente coerente, di un rapporto di separazione delle competenze in materia di organizzazione tra i regolamenti del Presidente del Consiglio e quelli dell'intero Governo e, dall'altro, con la messa in moto di un processo corposo di delegificazione a favore (non già dei regolamenti governativi stessi ma) dei regolamenti ministeriali e, addirittura, di atti ministeriali dalla assai dubbia natura normativa [64].

Ora, al di là dei dubbi di costituzionalità che, per l'uno o per l'altro verso, possono seriamente nutrirsi a riguardo di tutte queste novità [65], le cui impli-

---

*niche*, Giappichelli, Torino, 1999, spec. p. 89 ss.; quanto, poi, alla seconda questione, v., part., M.C. GRISOLIA, *Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto regolamentare*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 165 ss.).

[62] Su ciò, O. ROSELLI, *La riforma della Presidenza del consiglio dei ministri: problematiche inerenti alle fonti del diritto*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, cit., pp. 50 ss., spec. 66.

[63] Ci si riferisce, ovviamente, alla possibilità, opportunamente prevista dall'art. 2, legge cit., di avocazione, per iniziativa del Presidente del Consiglio, di questioni di competenza dei Ministri a favore della sede consiliare, mentre – altrettanto opportunamente – non è stata accolta la proposta, pure a suo tempo fatta, di consentire un pur provvisorio trasferimento di competenze dall'intero Governo ai suoi singoli membri.

[64] Su queste tendenze, v., nuovamente, lo scritto ora richiamato di O. ROSELLI, p. 55 ss. (quanto ai rapporti tra i regolamenti «presidenziali» e quelli consiliari-governativi), nonché F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, cit., p. 372; G. TARLI BARBIERI, *Fonti del diritto e riforma dei ministeri*, cit., p. 83 ss. e P. MILAZZO, *Il potere regolamentare del Governo in alcuni recenti interventi della Corte dei conti*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, cit., p. 221 ss., quanto alle delegificazioni a favore dei regolamenti ministeriali, di cui all'art. 4, D.Lgs. n. 300 del 1999, e, in genere, alle riserve di regolamento ministeriale.

[65] Particolarmente esposto il versante della responsabilità, dal momento che si riducono

cazioni di ordine istituzionale attendono ancora le necessarie verifiche dall'esperienza, il rischio assai serio che esse fanno correre è dato dall'innesto di spinte centrifughe dalle quali potrebbe riemergere prepotentemente sulla scena quel «Governo per ministeri» che è stato in innumeri sedi denunziato come uno dei principali responsabili di alcuni dei maggiori guasti istituzionali del nostro Paese. È vero che proprio il dichiarato intento di rendere più saldi ed efficaci i poteri del Presidente del Consiglio dovrebbe parare o, come che sia, contenere efficacemente questo rischio [66]; e, tuttavia, la moltiplicazione e frammentazione della normazione conseguente alla previsione delle riserve disposte a favore dei singoli membri del Consiglio (compreso il Presidente) potrebbe, nei fatti, rendere vano quell'intento.

Di qui, quella complessiva torsione del modello costituzionale, nelle sue articolazioni sia sul piano delle relazioni istituzionali che su quello delle dinamiche coinvolgenti l'intera forma di Stato, di cui si diceva.

Il «declassamento» del tono della normazione, già per il fatto del suo graduale ma incessante scivolamento verso il basso, a favore di atti (i regolamenti ministeriali) tradizionalmente considerati di terzo grado ma ormai sostanzialmente equiparati ai regolamenti governativi (e da questi separati), sia pure limitatamente a taluni campi, appare causa ed effetto, ad un tempo, di crescenti squilibri. Per un verso, infatti, riduce il livello delle garanzie politiche che tipicamente si accompagnano alla dialettica tra le componenti della compagine governativa, grazie al confronto «aperto» che tra di esse si svolge in seno al Consiglio e che, invece, non può evidentemente riprodursi fuori di questo (o, meglio, non può riprodursi con gli stessi caratteri complessivi). Per un altro verso, poi, quale che sia il giudizio che si reputi di dover dare in meri-

---

ancora di più i già esigui spazi entro cui il Governo nella sua composizione «collegiale» può concretamente esser chiamato a rendere conto del proprio operato (su quest'effetto, discendente dalle delegificazioni in *pro* dei regolamenti ministeriali, v., part., F. SORRENTINO, *op. et loc. ult. cit.*). Ma, il vero è che, da una prospettiva ancora più generale, la rilevata esistenza di un rapporto di separazione delle competenze tra i regolamenti del Governo e quelli di singoli componenti il Governo stesso obbliga a rivedere sotto una luce complessivamente diversa l'intera trama delle relazioni endogovernative e solleva problemi non da poco di coerenza col principio costituzionale in tema di definizione della «politica generale del Governo».

[66] Molto affidamento si fa, in particolare, sul ruolo di «interdizione» giocato dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi nei riguardi delle iniziative normative promosse dai Ministri, in considerazione del fatto che ad esso compete accertare la esaustività delle relazioni di accompagnamento (M.P.C. TRIPALDI, *Le strutture preposte alla valutazione della qualità degli atti normativi del Governo*, cit., pp. 112 ss., spec. 129). Non si trascuri, tuttavia, il fatto che altro è l'intensificazione dei controlli in seno a procedimenti destinati a sfociare in un deliberato consiliare, altro ciò che si ha con riguardo a procedimenti il cui esito è dato da atti dei singoli Ministri. Ed è chiaro che, col passaggio di competenze crescenti dalla sede collegiale alle sedi ministeriali, si riduce il rilievo dei controlli suddetti.

to alla intensità di tutela offerta dalle sedi giudiziali comuni alle situazioni giuridiche soggettive offese dagli atti ministeriali in parola, scema a vista il controllo, specie di tipo diffuso, che si ha nei riguardi delle pronunzie dei giudici sugli atti medesimi, a confronto di quello che invece può aversi su atti di maggior rilievo. Per l'aspetto ora considerato, il tasso massimo di «democraticità» si ha – come si è già accennato – nei giudizi sulle leggi, proprio per la diversa posizione complessiva occupata nel sistema dall'organo di garanzia costituzionale rispetto ad ogni altro organo di controllo e per la «esposizione» che ad essa si accompagna.

Eppure, la tendenza di cui adesso si discorre sembra rispondere ad esigenze da tempo avvertite, specie sul terreno della organizzazione e della funzionalità dei procedimenti amministrativi, e, come tale, difficilmente suscettibile di essere, quanto meno a breve, rivista e corretta. Peraltro, si fa ricondurre, per la sua parte, a quel bisogno crescente di norme, di cui si diceva poc'anzi, che sta appunto a base dell'allargamento e dell'articolazione interna dei processi produttivi e, a conti fatti, della loro moltiplicazione.

## 10. Per un riequilibrio delle dinamiche ordinamentali attraverso una profonda revisione dei «metodi» della normazione. *L'ultimo paradosso: l'iscrizione in Costituzione di regole concernenti la «qualità» (intesa come chiarezza o proprietà espressiva) della normazione, se non accompagnata e sorretta da un rinnovamento profondo di ordine sostantivo degli stessi enunciati costituzionali, può convertirsi nella più severa, irrimediabile autocondanna della Costituzione stessa.*

Se questo è vero (e proprio per ciò), si impone una corposa sterzata nei *metodi*, prima ancora che nei contenuti o nelle forme (e sedi) della produzione giuridica, senza di che l'armonica composizione dei processi di normazione ed il loro orientamento verso i valori (in particolare, verso il valore democratico) rimarranno fatti non solo incompiuti ma destinati ad acuirsi in modo sempre più vistoso ed accentuato.

Occorre recuperare urgentemente il senso profondo, genuino, dell'essere «norma», tanto più avvertito quanto più alto è il grado della scala ordinamentale al quale le norme stesse si dispongono; ed occorre, soprattutto, che ciò sia fatto nella sede in cui il valore democratico e la rappresentanza che vi dà corpo nel modo più immediato si inverano, quella parlamentare. Prendendo a prestito un'espressione efficace contenuta in uno dei princìpi di base ricono-

sciuti nella Carta, l'art. 5, è necessario, dunque, rinnovare *princìpi* e *metodi* della legislazione, ma specialmente appunto i secondi, rimasti fin qui confinati nel «chiuso» di una formula ancora insufficientemente esplorata in tutte le sue potenzialità espressive, comunque a dir poco riduttivamente attuata.

Ora, sta proprio in una rigenerazione dei *metodi* della produzione giuridica in genere, di quella legislativa così come (e, forse, ancora di più) di quella governativa, che possono fare affidamento le aspettative per una maggiore «qualità» della normazione che sono diffusamente nutrite, specie in seno alla comunità ma anche nei più sensibili ambienti politico-istituzionali. A condizione, tuttavia, che maturi la consapevolezza che il recupero della «qualità» delle leggi, come presupposto di un riequilibrio istituzionale fin qui fortemente compromesso e della riduzione dello scarto visibile tra forma di governo e forma di Stato, non può unicamente realizzarsi – come, invece, usualmente si pensa – grazie ad un uso accorto e diligente delle tecniche di *drafting*, in particolare con la formulazione di proposizioni normative chiare, dotate di un linguaggio tecnicamente appropriato ed idonee a succedersi nel tempo in modo ugualmente chiaro e trasparente (rifuggendo, dunque, da abrogazioni tacite, ecc.).

Questo ed altro ancora – come pure dietro si è avuto modo di accennare – è comunque necessario e dev'esser senza ulteriori indugi fatto, già a partire dal piano costituzionale, se non altro al fine di porre in essere le condizioni minime di conoscibilità delle leggi (e degli atti di diritto in genere), senza le quali non può esservi né certezza né media osservanza o, ancora, eguaglianza o uniformità di trattamento nelle applicazioni delle sanzioni. Ma – ed è qui, appunto, l'*ultimo dei paradossi* segnalati – qualora la Costituzione «novellata» si fermasse alla *sola* indicazione, pure urgente ed imprescindibile, di un pugno di regole riguardanti la chiarezza, le modalità di successione nel tempo o altre virtù similari delle esperienze di normazione, senza tuttavia correggere ed integrare (e, insomma, rendere complessivamente più incisiva) la sua parte sostantiva, ebbene il valore democratico e gli altri valori ad esso sistematicamente connessi rischierebbero di essere ancora di più aggirati, manipolati, a conti fatti compromessi. Alla lunga, infatti, il mancato svecchiamento delle formule costituzionali sostantive e la rinunzia a dotarle di quella maggiore incisività e capacità di espansione a campi sconosciuti al tempo della loro originaria confezione, che si richiedono per fronteggiare gli assalti particolarmente impetuosi di una «politica» che si fa sempre più subdola ed insidiosa, porta al graduale ma sicuro isterilimento della fonte costituzionale, costretta ad arrendersi davanti a forme abili di manipolazione e sfruttamento [67].

[67] Diversamente, infatti, di quanto, in tempi antichi o recenti, si è diffusamente pensato

*Il rispetto, dunque, coattivamente imposto nel modo più vigoroso (dalla stessa legge fondamentale), di regole sulla normazione che, nondimeno, possano, nel «seguito» ad esse dato, tenersi lontane dai valori sarebbe, per paradossale che possa appunto apparire, la peggiore delle pene inflitte alla Costituzione, la sua definitiva autocondanna*. Un rinnovamento costituzionale circoscritto alle sole metanorme, arricchite di indicazioni di natura tecnica rischia, pertanto, di allargare ulteriormente la forbice tra le metanorme stesse e le norme costituzionali sostantive, qualora queste ultime dovessero restare ferme alla loro originaria stesura, con gravi, immediatamente visibili, riflessi sul piano dell'inveramento dei valori.

Ecco perché – come si è venuti dicendo – occorre simultaneamente lavorare su entrambi i fronti per rendere compiuto ed internamente coerente il rinnovamento costituzionale e, per il tramite di questo, concorrere a quello dell'intero ordine positivo: per un verso, inscrivendo – come da tempo mi sforzo di mostrare – un fascio di regole concernenti le «tecniche» della normazione (in lata accezione, comprensiva di ciò che attiene al *drafting*, ai modi di successione degli atti nel tempo e, in generale, della loro composizione in sistema [68]) e, per un altro, dotando di ancora maggiore capacità di penetra-

---

anche da parte dei più sensibili e strenui difensori dei valori costituzionali, tenere assiomaticamente esclusa da una eventuale riforma («organica» o settoriale che sia) della Costituzione l'intera parte sostantiva non preserva quest'ultima (e, ancora prima, i princìpi che ne sono alla base) da possibili, più o meno occulte, forme di svuotamento e, dunque, non ne garantisce la integra trasmissione nel tempo ma, all'inverso, rischia di privarla proprio della più salda garanzia. Per quanto, ovviamente, ogni innovazione comporti dei rischi anche assai gravi, rinunziare alla pur laboriosa ma affascinante impresa di aggiornare e rendere ancora più ricco il patrimonio dei valori stessi, offrendone un più adeguato svolgimento positivo, sarebbe a conti fatti, a parer mio, esiziale per la identità e continuità dell'ordinamento. Come, poi, prendere le misure giuste, accorte, per parare fin dove possibile i rischi suddetti, è un discorso che non può ora farsi (il mio punto di vista al riguardo può, volendo, vedersi in *La Costituzione allo specchio*, cit., spec. la sez. I, laddove sono fissate le basi di ordine generale sulle quali è fatta poggiare l'analisi del linguaggio costituzionale, con specifica attenzione alle proposte a suo tempo fatte dalla Commissione D'Alema per le riforme istituzionali).

[68] Si è ancora poco riflettuto, a mia opinione, a riguardo della utilità che complessivamente può aversi facendo poggiare sullo stesso terreno costituzionale, opportunamente rifatto, le coordinate su cui si dispongono gli atti costitutivi del sistema e, perciò, quest'ultimo nella sua interezza. Si pensi, solo, alle gravi incertezze che investono le «tecniche» adoperabili per sanare le antinomie tra fonti statali e fonti regionali, da un lato, e fonti interne e fonti comunitarie, dall'altro. Le frequenti (e, invero, non in tutto spiegabili) oscillazioni al riguardo manifestate da dottrina e giurisprudenza circa la necessità di far ricorso allo schema della invalidità (originaria o sopravvenuta), che rimanda all'annullamento quale tecnica riparatoria, ovvero all'altro della immediata disapplicazione (per abrogazione o per «irrilevanza» della norma rispetto al caso), ed all'uno o all'altro ora alternativamente ora «sussidiariamente», hanno proprio qui il loro vizio non rimosso di origine e che, invece, potrebbe esser sradicato proprio da una misurata ma incisiva «razionalizzazione» costituzionale (su ciò, v. il mio *Metodi e dottrine dei costituzionali-*

zione le statuizioni di carattere sostantivo (anch'esse, comprensivamente intese, sia dunque che attengano al piano dei rapporti tra cittadini ed apparato e sia pure che riguardino specificamente i rapporti interni all'apparato stesso), ristabilendo in tal modo quell'*equilibrio tra diritto costituzionale e diritto politico*, di cui si diceva, che è, tuttavia, ancora ben lontano dal conseguire un assetto adeguato.

L'innaturale dislivello nel grado di compiutezza degli uni rispetto agli altri enunciati, ad ogni buon conto, pregiudicherebbe – è questo il punto cruciale dell'intera questione ora discussa – il conseguimento, in un'apprezzabile misura, dell'obiettivo prefisso e, in ultima istanza, porterebbe allo smarrimento della unità-sistematicità della Costituzione e, quindi, della sua stessa identità.

I ritardi – come qui pure si è rapidamente segnalato – purtroppo si riscontrano, a mia opinione, su entrambi i fronti: su quello delle tecniche e delle procedure di normazione così come dei contenuti (nuovi o rinnovati) che la Costituzione di un ordinamento pluralista, ad inizio del terzo millennio dell'era moderna, può (e deve) aspirare a possedere.

Ora, per quanto possa a tutta prima apparire persino strano in conclusione del discorso fin qui fatto, la «qualità» che va, prima d'ogni altra, recuperata e trasmessa alle future esperienze di normazione (e che può, però, esserlo unicamente attraverso un corposo aggiornamento delle indicazioni costituzionali), ancora prima che farsi apprezzare sul piano delle tecniche di normazione, deve mostrarsi sul piano sostantivo, col volto dei valori inverati: è, dunque, *assiologicamente qualificata*, forma privilegiata di espressione dei valori attraverso la loro trascrizione in formule contenutisticamente pregnanti e, proprio per ciò, valore essa stessa.

Di qui, l'esigenza di una rigenerazione normativa profonda, che coinvolga l'intero ciclo dei processi di produzione giuridica e che si faccia simultaneamente riscontrare ai diversi piani in cui i processi stessi si articolano e manifestano. Una rigenerazione, dunque, di «*metodi*», di *princìpi*, di *tecniche* della normazione.

Non dirò ora di quest'ultimo profilo, che rimanda allo «stile» di confezione degli enunciati, alla loro (quanto più è possibile) ridotta ambiguità espressiva, nonché alle modalità di avvicendamento delle fonti nel tempo, su cui mi sono già, sia pure di sfuggita, intrattenuto.

Brevi notazioni finali, invece, quanto ai profili restanti.

Per il primo, si tratta di allargare quanto più è possibile l'arena del confronto tra gli operatori politico-istituzionali e le forze sociali: da un canto,

---

*sti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in *Dir. e società*, 1/2000, p. 141 ss., ed ora pure in «*Itinerari*», IV, cit., p. 59 ss.).

come pure si è accennato, ulteriormente valorizzando, fin dove possibile, l'autodeterminazione dei soggetti del pluralismo entro ambiti materiali ad essi esclusivamente riservati, che – come si sa – è un bene prezioso, irrinunciabile per gli ordinamenti di tradizione liberal-democratica, e, dall'altro, assicurando la più ampia partecipazione dei soggetti stessi ai meccanismi di produzione messi in moto in seno all'apparato, quale che sia la sede (parlamentare, governativa, ecc.) di volta in volta chiamata ad attivarsi. Il «metodo» della partecipazione, per quanto esso stesso imperfetto e fin qui con molte carenze riscontrato, rimane tuttavia infungibile nella complessiva esperienza degli ordinamenti democratici [69].

Quanto, poi, al secondo aspetto, la *legislazione per princìpi* rimane, ancora oggi, la maggiore risorsa di cui si dispone per dare una spinta consistente al riequilibrio sia all'interno della forma di governo che della stessa forma di Stato [70].

Proprio qui, tuttavia, sono forse le maggiori difficoltà. Perché, se il conseguimento di un «tasso» apprezzabile di democraticità (nella sua veste tipica della partecipazione) richiede soprattutto uno sforzo, pure non da poco, di volontà politica (oltre alle necessarie consapevolezze tecniche per realizzarlo), la definizione della linea ideale di confine nel tasso di «profondità» delle disposizioni normative è cosa complicatissima, forse davvero impossibile ad aversi in modo pienamente soddisfacente. La messa a punto della *struttura nomologica* di volta in volta più adeguata agli interessi da tutelare è, infatti, quanto di più arduo possa esservi, senza che nondimeno si disponga allo scopo di un metro certo e sempre uguale a se medesimo, come tale suscettibile di meccaniche ed uniformi applicazioni. Eppure, è ormai assodato che, da un canto, la profondità di respiro delle fonti primarie (e, naturalmente, in primo luogo, delle leggi) è data proprio dall'utilizzo del «*linguaggio» dei princìpi*; d'altro canto, però, quest'ultimo possiede un'intrinseca, ineliminabile

---

[69] Il collegamento tra la partecipazione ai processi produttivi di norme e la composizione di queste ultime in sistema è già evidenziato nel mio primo studio monografico in tema di fonti, nel quale è manifesta l'opzione per una prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento, per quanto ancora non adeguatamente svolta sul piano teorico-ricostruttivo (v., dunque, il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano, 1977, part. p. 240 ss.).

[70] Eppure, non è casuale ma, anzi, assai indicativa delle tendenze della normazione e delle torsioni del modello costituzionale che in esse si realizzano la circostanza per cui la legislazione, proprio in alcuni dei punti di snodo delle dinamiche ordinamentali, anziché arricchirsi di crescenti formulazioni di principio, se ne liberi assai di frequente scaricando l'onere della loro fissazione non soltanto su atti primari di normazione del Governo ma, persino, sui regolamenti (così, a riguardo della delegificazione dei princìpi fondamentali relativi a materie di cui all'art. 117, primo comma, v., ora, P. Milazzo, *Il potere regolamentare del Governo*, cit., p. 235).

vaghezza, che lo rende docile ed arrendevole, naturalmente disponibile a manipolazioni e torsioni, tanto in sede di specificazione-attuazione normativa quanto in sede applicativa (specie giudiziaria).

La verità è che consigli o indicazioni in astratto qui non possono esser dati e, comunque, servirebbero a ben poco o a niente. Solo l'esperienza e – a parlar chiaro – il buon senso possono, a conti fatti, dare la misura giusta di un rapporto tra *princìpi* e *regole* che deve ricercare ogni volta in se stesso il «passo» giusto, l'orientamento, il fine.

Il rafforzamento dell'istruttoria legislativa, cui si è sopra fatto cenno, può giovare non poco alla fissazione della linea divisoria tra l'una e l'altra specie di norma, così come a definire il punto di equilibrio tra la normazione che attende di esser definita nella sede parlamentare e quella che, invece, con le opportune cautele, può esser spostata in altre sedi (a partire da quella governativa [71]), allo stesso tempo individuando gli strumenti e le modalità in genere della produzione giuridica posta in essere sulla base ed in svolgimento dei princìpi. Eppure, le «tecniche», anche le più sapienti e raffinate, per necessarie che siano, da sole ugualmente non basterebbero. Occorre, piuttosto, produrre uno sforzo, un salto di qualità appunto; e questo può aversi solo nel costante orientamento delle norme, quali che siano la loro struttura o le forme, verso i «fatti» e verso i valori: può e deve, anzi, dirsi, riunendo in una sola proposizione i termini ora indicati, *verso i «fatti» illuminati dai valori* o – il che è praticamente lo stesso – *verso i valori rivisti alla luce dei «fatti»*. Perché non solo i «fatti» possono essere compiutamente compresi ed apprezzati (e, dunque, normativamente qualificati) solo se posti sotto la luce dei valori ma anche questi ultimi possono avere un senso storicamente e positivamente compiuto unicamente nelle forme d'inveramento conseguite in funzione di una congrua, «ragionevole», soddisfazione dei bisogni emergenti dai casi della vita. La congiunzione, in un'unica formula significante, dell'*essere* e del *dover essere* [72] costituisce, insomma, una necessità irrinunciabile: essa non è

---

[71] … o, meglio, da *quelle governative*, se si considera che occorre poi ricercare un sapiente dosaggio tra le «deleghe» a favore dell'intero Governo e le «aperture» a singoli componenti dello stesso, secondo combinazioni anche qui variabili da caso a caso e pur nella consapevolezza che – come si faceva dietro notare – proprio da un siffatto riparto dipende il conseguimento di un equilibrio apprezzabile non solo in seno ai rapporti interni alla istituzione-Governo ma anche tra quest'ultima e le Camere e, ancora più largamente (e sia pure di riflesso), tra apparato e comunità.

[72] Il modo per ricomporre o, quanto meno, contenere lo scarto tra i due poli in parola ha costituito – come si sa – un vero e proprio rompicapo tuttora irrisolto (e, forse, irrisolvibile) della filosofia e della teoria generale: indicazioni al riguardo possono ora aversi, corredate da fini ragionamenti, nel *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza*, cit., di L. D'Andrea, p. 67 ss., ma *passim*.

mai un *prius* delle esperienze giuridicamente rilevanti ma sempre un *posterius*, una conquista faticosa, che si fa e rinnova di continuo e, come tale, chiede di esser salvaguardata e trasmessa.

Solo da qui – se ci si pensa – dipende il mantenimento sia del complessivo equilibrio interno alla forma di governo ed alla forma di Stato che dell'equilibrio nel rapporto tra Costituzione, manifestazioni normative sottostanti, autoregolazione delle dinamiche sociali.

# Qualità della legislazione e principio di legalità

di *Giuseppe Ugo Rescigno*

SOMMARIO: 1. Analisi tecnico-normativa e analisi dell'impatto della regolamentazione. – 2. Le relazioni ATN e AIR e il Parlamento. – 3. Quali ricadute dell'ATN e dell'AIR sul principio di legalità? – 4. Il principio di legalità. – 5. Intorno alla giustificazione ed alla motivazione degli atti normativi. – 6. La giurisprudenza della Corte delle Comunità europee intorno alla base giuridica degli atti e sul valore del preambolo. – 7. Corte costituzionale italiana, giudizio di ragionevolezza, analisi preparatorie degli atti legislativi, opportunità del preambolo delle leggi. – 8. Conclusioni.

## 1. Analisi tecnico-normativa e analisi dell'impatto della regolamentazione

Nella *Gazzetta Ufficiale* del 23 maggio 2000, n. 118 è stata pubblicata la «Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 marzo 2000», con il titolo «Analisi tecnico-normativa e analisi dell'impatto della regolamentazione» [1].

Questa direttiva, per quanto riguarda l'analisi dell'impatto della regolamentazione, attua (o meglio: costituisce il primo adempimento per attuare) l'art. 5 della legge 8 marzo 1999, n. 50 e contiene un insieme molto complesso di prescrizioni agli uffici statali sull'obbligo di predisporre due relazioni distinte, chiamate rispettivamente «analisi tecnico-normativa (ATN)» e «analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR)», da allegare ai progetti di atti normativi del Governo, con o senza forza di legge, e di altri atti quali le circolari e le regole tecniche contenute in atti non normativi. La prima viene configurata come obbligatoria a tempo indeterminato, la seconda invece è prevista in via sperimentale per la durata di un anno (ma, sia dal preambolo,

[1] Per la verità il testo pubblicato dice «… dell'impatto e della regolamentazione», ma si tratta di un chiaro errore di stampa.

sia dalla ultima frase della direttiva, si ricava facilmente che la sperimentazione è prevista come propedeutica per una successiva fase di assestamento e stabilizzazione).

Di questa direttiva conviene qui sottolineare alcuni aspetti, senza pretendere di esaminarne tutte le premesse, le regole, i contenuti, le conseguenze.

Anzitutto il preambolo richiama il contesto anche internazionale ed europeo entro cui si collocano sia la legge 50/99 sia la direttiva in esame sia le molte iniziative, ufficiali ed ufficiose, anteriori e successive rispetto agli atti ricordati [2]: in particolare vengono richiamate le due raccomandazioni OCSE, la prima del 9 marzo 1995 sul miglioramento della qualità della normazione pubblica, la seconda del maggio 1997 sulla riforma della regolazione, e la dichiarazione n. 39 allegata al trattato di Amsterdam concernente la qualità redazionale della legislazione comunitaria.

In secondo luogo, recependo una conclusione a cui da tempo erano arrivati gli studiosi, vengono distinte anche fisicamente due analisi, la prima dedicata all'esame del testo per la parte esclusivamente giuridica, la seconda dedicata alla analisi delle prevedibili conseguenze dell'atto, una volta immesso nel sistema, nei confronti di quegli ambiti che la direttiva indica.

Nel primo caso l'ATN viene divisa fondamentalmente in tre parti: a) anzitutto essa «verifica l'incidenza della normativa proposta sull'ordinamento giuridico vigente, dà conto della sua conformità alla Costituzione e alla disciplina comunitaria nonché dei profili attinenti al rispetto delle competenze delle regioni e delle autonomie locali e ai precedenti interventi di delegificazione»; b) l'ATN poi «dà conto della correttezza delle definizioni e dei riferimenti normativi contenuti nel testo della normativa proposta, nonché delle tecniche di modificazione e abrogazione delle disposizioni vigenti, riportando eventuali soluzioni alternative prese in considerazione ed escluse» (stupisce a questo proposito che non venga fatto alcun richiamo alla circolare 24 febbraio 1986 del Presidente del Consiglio che, con testo identico a quello emanato in pari data con circolari del Presidente della Camera e del Presidente del Senato, emana regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi col titolo «Formulazione tecnica dei testi legislativi»: poiché non risulta alcuna intenzione di revocare detta circolare, che quindi resta obbligatoria per i funzionari delle pubbliche amministrazioni statali, è da augurarsi che venga svolta, in sede di redazione della analisi tecnico-normativa, anche una

[2] Per una prima informazione sulla storia delle iniziative e delle pratiche nella materia *de qua* rinvio a tre pubblicazioni, ed alla bibliografia in esse contenuta: G.U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993; R. PAGANO (a cura di), *Le direttive di tecnica legislativa in Europa*, 2 voll., Camera dei deputati, Roma, 1997; ID., *Introduzione alla legistica - L'arte di preparare le leggi*, Giuffrè, Milano, 1999.

verifica (sebbene non ufficialmente prevista) sulla puntuale e completa osservanza della citata circolare, e che di questa verifica venga data attestazione e dimostrazione); c) nella relazione infine deve figurare anche una analisi sia della giurisprudenza nella materia oggetto del progetto sia di altri progetti già presentati. La direttiva contiene poi un allegato A che prescrive analiticamente lo schema secondo cui va redatta la relazione tecnico-normativa.

L'analisi di impatto della regolamentazione (da ora in poi AIR, per brevità, come del resto invita a fare la circolare) «consiste: a) nella valutazione dell'impatto della regolamentazione sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche; b) nella valutazione dell'impatto della regolamentazione sui cittadini e sulle imprese». La circolare poi si dilunga su questi due momenti della analisi, indicando analiticamente quali sono i punti da esaminare e riassumendo poi il tutto in due schede allegate alla circolare, la prima che indica come va condotta la analisi e scritta la relativa relazione nella fase preliminare, la seconda relativa alla relazione finale.

Rispetto a questa seconda analisi, enormemente più complessa e impegnativa della prima, muovo le seguenti osservazioni: a) anzitutto, anche se la circolare chiarisce che non tutti i progetti debbono essere accompagnati da tale relazione e indica chi e secondo quali criteri può escludere alcuni da tale procedura, è evidente che entro un anno dalla entrata in vigore della circolare (e cioè per il 27 marzo 2001) non solo è probabile che non venga compiuta neppure una analisi con relativa relazione, ma è probabile che gli uffici incaricati della cosa non siano riusciti neppure a predisporre metodi e procedure per concludere analisi e relazioni conseguenti; b) viene ripetuto l'errore, già molte volte segnalato, per cui ci si illlude di poter compiere una analisi *ex ante* senza contemporaneamente disporre di una analisi *ex post*, e cioè di una analisi che dia conto in modo attendibile e sufficiente dello stato di attuazione e realizzazione della normativa previgente nella stessa materia oggetto della nuova regolamentazione; c) manca evidentemente una analisi di fattibilità sulla direttiva che prevede l'AIR: se questa analisi fosse stata fatta ci si sarebbe accorti immediatamente che il numero, la qualità, la complessità delle analisi che l'AIR richiede secondo la direttiva comportano tanto tempo e tali competenze che, allo stato attuale, nessuna struttura governativa è in grado di compierla; è da sperare a questo proposito che gli incaricati non si scoraggino e comincino a compiere tali analisi, anche quando esse risultino enormemente inferiori alle pretese della direttiva, con la speranza e la ragionevole previsione che, col tempo e con l'accrescersi delle forze e delle competenze, la relazione risulterà via via più ricca, completa e attendibile.

## 2. Le relazioni ATN e AIR e il Parlamento

La circolare non dice che le due relazioni debbono accompagnare i disegni di legge presentati dal Governo alle Camere, insieme con la relazione illustrativa e con la relazione tecnico-finanziaria. Anzi, stando alla lettera, la circolare sembra presupporre che le due relazioni siano atti interni del Governo. Anzitutto nel punto I.2 si dice che le relazioni «accompagnano gli schemi di atti normativi adottati dal Governo», e cioè ipotesi di atti (schemi appunto) prima della deliberazione del Consiglio dei ministri; inoltre la lettera potrebbe indurre a concludere che dall'obbligo di queste due relazioni sono esclusi i disegni di legge (che non sono propriamente atti adottati dal Governo, come sono invece ed ovviamente i decreti-legge e i decreti legislativi), anche se mi parrebbe conclusione e prassi del tutto irragionevole. In secondo luogo le relazioni sono trasmesse dalle amministrazioni proponenti al Dipartimento affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio (da ora in poi DAGL) «ai fini dell'iscrizione alla riunione preparatoria del Consiglio dei ministri». In questa sede «Se il DAGL, anche su segnalazione del Nucleo [per la semplificazione delle norme e delle procedure], ritiene carenti o insufficienti l'ATN o l'AIR, restituisce lo schema all'amministrazione proponente … In ogni caso, la carenza o la insufficienza dell'ATN o dell'AIR sono rilevate e segnalate dal DAGL, anche su iniziativa del Nucleo, al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché al Ministro per la funzione pubblica allorché questi sia delegato per la riforma della regolazione, prima della discussione dello schema in Consiglio dei ministri o, in caso di regolamento di cui all'art. 17, terzo comma, legge 23 agosto 1988, n. 400, prima della sua adozione». Dal che si ricava che le relazioni a rigore non vanno presentate neppure in Consiglio dei ministri e distribuite ai ministri.

È vero che il secondo comma dell'art. 5, legge n. 50 del 1999 prevede che «Le Commissioni parlamentari competenti possono richiedere una relazione contenente l'AIR per schemi di atti normativi e progetti di legge al loro esame, ai fini dello svolgimento dell'istruttoria legislativa»: questa norma però a rigore non dice che le Commissioni hanno il potere di richiedere l'invio proprio di quella relazione che ha preceduto la deliberazione del Consiglio dei ministri, e comunque, anche ammesso che il Governo abbia l'obbligo, su richiesta delle Commissioni parlamentari, di inviare proprio l'AIR di cui si era avvalso in sede di predisposizione del disegno di legge, da un lato se non c'è richiesta non c'è invio (come invece si prevede per l'analisi tecnico-finanziaria: art. 11-*ter*, legge n. 468 del 1978 come modificato dal'art. 7, legge n. 362 del 1988), dall'altro lato non è previsto nei regolamenti parlamentari o comunque nell'organizzazione di ciascuna Camera la istituzione di appositi

uffici con il compito di verificare l'attendibilità delle relazioni predisposte dal Governo (come invece si prevede per la relazione tecnico-finanziaria, che viene valutata da un apposito ufficio, il quale a sua volta scrive e distribuisce ai parlamentari, in particolare quelli della Commissione V bilancio, una sua relazione, permettendo dunque una vera dialettica tra Governo e Parlamento, nel che sta il segreto del successo della previsione e della prassi della relazione tecnico-finanziaria).

Poiché nulla lo vieta, ed anzi tutto induce a ritenere che sarebbe una ottima cosa se 1) tutti i progetti di legge del Governo fossero accompagnati anche da due relazioni, una sulla buona redazione tecnico-giuridica del progetto, e l'altra sull'impatto della regolamentazione; e 2) ciascuna Camera si attrezzasse in modo da poter valutare, se del caso correggere, e comunque discutere tali relazioni (con ovvie ricadute possibili sugli emendamenti ai testi presentati), da ora in poi presupporrò uno stato di cose virtuoso caratterizzato dai seguenti elementi: a) tutte le amministrazioni che propongono un atto normativo redigono in modo soddisfacente sia l'ATN sia l'AIR; b) tali relazioni vengono distribuite ai ministri prima della deliberazione in Consiglio, e accompagnano sistematicamente i disegni di legge trasmessi alle Camere; c) le relazioni vengono distribuite ai parlamentari insieme ai testi normativi e a tutte le altre relazioni previste; d) ciascuna Camera si è attrezzata con specifici uffici capaci di valutare la qualità e l'attendibilità delle relazioni, e di indicare le eventuali carenze e le valutazioni scorrette, suggerendo se del caso le risposte corrette alle domande; e) le relazioni di tali uffici vengono distribuite con congruo anticipo ai parlamentari, ed in particolare a quelli delle commissioni competenti, che se ne avvalgono nella discussione e approvazione dei testi.

## 3. Quali ricadute dell'ATN e dell'AIR sul principio di legalità?

Tutto ciò premesso, mi pongo ora la domanda che costituisce il tema specifico di questo scritto: le regole e le prassi sul modo di migliorare la qualità della normazione hanno un qualche rapporto col principio di legalità?

Per rispondere a questa domanda ho bisogno di trattare tre punti preliminari, due dei quali a prima vista sembrano piuttosto lontani dal nostro tema: a) è necessario, come è ovvio, dire di nuovo che cosa intendo (insieme a molti altri) per principio di legalità, sia pure in modo sommario e schematico[3]; b)

[3] Ovviamente riprendo in questa sede quanto ho sostenuto nel saggio *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247 ss.

è necessario poi mettere a confronto il fatto per cui i regolamenti comunitari (le leggi dell'Unione europea, dovrebbe dirsi con più aderenza alla realtà) [4] hanno un preambolo, spesso lungo e articolato, nel quale l'atto viene giustificato (i visto) e motivato (i considerando) [5], mentre le leggi (ma non gli atti con forza di legge ed i regolamenti, che sono giustificati ed hanno un preambolo, anche se non sono motivati e non debbono essere motivati) non sono né giustificate né motivate ed infatti non portano preambolo; c) è infine necessario esaminare la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee proprio intorno al valore ed alle conseguenze riconnesse al preambolo, e confrontare questo modo di giudicare con il modo di giudicare della nostra Corte costituzionale quando si basa sul criterio della ragionevolezza.

## 4. Il principio di legalità

In questa sede è sufficiente ribadire che il principio di legalità, definito nella sua latitudine massima, dice che il potere delle autorità pubbliche è valido solo se fondato sulla legge. Il principio non ha mai significato che il potere può essere esercitato solo mediante la legge o solo come mera esecuzione di una previa legge: al contrario vi sono addirittura poteri che non possono esercitati dalla legge ma mediante sentenze (il potere giurisdizionale, e la connessa riserva) e poteri che è normale vengano esercitati dalle pubbliche amministrazioni (se non esiste riserva di amministrazione); gli uni e gli altri però pur sempre fondati sulla legge. In particolare il principio di legalità governa il potere normativo, e cioè i criteri in base ai quali questo potere può essere distribuito, e quindi il principio, attraverso la disciplina del potere normativo, regge ogni altro potere. Tradotto in chiaro, esso dice che solo il Parlamento può distribuire potere normativo e che, oltre le molte riserve di legge, assolute o relative, spetta al Parlamento (o ad atti con forza di legge, sottoposti come sono al controllo del Parlamento) attribuire potere normativo ad altri soggetti in tutti gli innumerevoli casi in cui non esiste riserva di legge, nella misura che decide

---

[4] Mi pare molto significativo che nei documenti dell'Unione europea sia ormai prevalente l'espressione «legislazione comunitaria» e tutti i derivati di legislazione: vedi ad es. le relazioni della Commissione al Consiglio europeo intitolate significativamente «Legiferare meglio».

[5] Nel testo riprendo la distinzione tra giustificazione e motivazione, che sembra andata perduta, che è colpevolmente ignorata dall'art. 3, legge n. 241 del 1990, ma che era presente nella dottrina amministrativistica (vedi ad es. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 2 voll., Giuffrè, Milano, 1970, p. 566; Id., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 294; vedi anche il par. 5 e la nota 10 di questo scritto.

liberamente lo stesso Parlamento [6]. Detto in altre parole, il principio di legalità individua (o, meglio, come vedremo tra breve, individuava) il perno intorno a cui ruota l'intero sistema normativo, e cioè il Parlamento.

Questo perno, e quindi con esso il principio di legalità nella sua configurazione storica, viene diminuito o addirittura spodestato dalla Costituzione e dall'Unione europea. Con la Costituzione vengono previsti e garantiti nei confronti dello stesso Parlamento altri centri produttori di norme; l'Unione europea, quale che sia il fondamento giuridico della cosa [7], ha un potere normativo, attraverso i regolamenti comunitari, che prevale sulle leggi del Parlamento italiano [8]. Questa drastica diminuzione della centralità del Parlamento muta il senso e la portata del principio di legalità, ma non il suo ruolo nella dinamica del sistema: il potere non sempre è fondato sulla legge del Parlamento, ma resta vero che è valido solo se fondato su un (solo o comunque originario) atto normativo specifico, sia esso legge del Parlamento o legge regionale o regolamento comunitario. Non vi è più un solo perno, ma più perni, con gli ovvi problemi di coordinamento tra di essi (problemi che in qualche modo debbono essere arbitrati), fermo restando che le leggi statali e regionali provengono ancora da assemblee direttamente rappresentative del popolo, i regolamenti comunitari no (per questo aspetto quindi il principio di legalità, laddove competente è l'Unione europea, viene sostanzialmente distrutto).

## 5. Intorno alla giustificazione ed alla motivazione degli atti normativi

Secondo la nostra tradizione, ed in assenza di specifiche regole in materia, le leggi, sia statali che regionali, non portano preambolo, e cioè non viene

---

[6] Come si vede, contro l'opinione di molti, ritengo che il principio vada inteso in senso formale, come conseguenza del resto della sovranità del Parlamento, e come unica conclusione capace di distinguere il principio di legalità dalla riserva di legge (rinvio al mio saggio *Sul principio di legalità*, cit.)

[7] Come è noto, il fondamento viene trovato nell'art. 11 Cost.; sarebbe troppo lungo e inconferente spiegare qui perché ritengo tale fondamento scientificamente insostenibile e perché in realtà la incontestata esistenza e validità dell'ordinamento comunitario sia un caso da manuale di fatto normativo.

[8] La cosa è oggi talmente pacifica che non merita di essere discussa: vale solo la pena di ricordare che il regolamento prevale in senso proprio quando esiste tra Comunità e Stato italiano competenza concorrente, e «prevale» nel senso che scaccia definitivamente la legge italiana nel caso di competenza esclusiva delle Comunità (in altre parole, nel primo caso si applica il criterio gerarchico, nel secondo quello della competenza).

approvata dall'assemblea una serie di dichiarazioni preliminari, che vengono poste prima dell'articolato, nelle quali da un lato il soggetto decidente enumera le norme che costituiscono il fondamento giuridico del suo atto e attesta gli adempimenti procedurali richiesti e dall'altro dice quali sono le ragioni, gli scopi, i motivi, gli obbiettivi, le attese che lo hanno indotto ad approvare proprio quel contenuto normativo. Viceversa i decreti-legge, i decreti legislativi, i regolamenti statali [9] portano un preambolo, epperò in esso figurano le dichiarazioni sui presupposti normativi e di fatto che giustificano l'atto e le attestazioni sugli adempimenti procedurali seguiti, ma non la motivazione in senso proprio (che comunque viene esplicitamente resa non obbligatoria per gli atti normativi dall'art. 3, legge n. 241 del 1990, anche se questa legge confonde in un'unica disposizione giustificazione e motivazione, commettendo quindi un errore per quanto riguarda la giustificazione, che invece è obbligatoria in forza dell'art. 3, D.P.R. n. 1092 del 1985) [10].

Le ragioni storiche per cui le leggi non hanno preambolo sono facilmente intuibili: per quanto riguarda i presupposti di diritto, il Parlamento, titolare della funzione legislativa, non doveva ciascuna volta indicare il fondamento del suo potere, che del resto era sempre il medesimo; per quanto riguarda i presupposti di fatto, il Parlamento era politicamente libero di intervenire o non intervenire; per quanto riguarda il procedimento, valeva il principio degli *interna corporis*; per quanto riguarda i motivi, o questi venivano incorporati come *rationes legis* nel corpo degli articoli, o erano del tutto irrilevan-

---

[9] Non mi pronuncio per quanto riguarda i regolamenti regionali, quelli comunali e provinciali, quelli di altre autorità: in questi casi bisogna esaminare ente per ente sia i relativi statuti sia la prassi seguita.

[10] L'art. 3, legge n. 241 del 1990 chiama motivazione quella che invece nel testo, seguendo la migliore dottrina amministrativistica, chiamo giustificazione: infatti nel primo comma si dice che «la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria»; come si vede la disposizione non dice che nella motivazione vanno indicate anche le ragioni prospettiche (gli obbiettivi, gli scopi, le finalità, le probabili risultanze e così via) che hanno indotto l'amministrazione a compiere proprio quella scelta al posto di altre, pure astrattamente ipotizzabili. La disposizione citata viene in realtà interpretata come se dicesse che «la motivazione deve indicare *anche, ma non solo* …», cosicché l'atto è motivato correttamente solo se indica sia i presupposti di fatto e normativi, sia i motivi della scelta compiuta (quando scelta in base alle norme c'è). Poiché il secondo comma esclude dall'obbligo di motivazione «gli atti normativi e quelli a contenuto generale», si vede che l'intero articolo commette due errori, corretti da altre norme e dalla pratica: a) anzitutto usa la parola motivazione per chiamare una cosa che in base alla definizione data si deve chiamare più propriamente giustificazione, e dimentica di definire la vera motivazione; b) in secondo luogo non è vero che gli atti normativi non sono «motivati» (motivati secondo la definizione di motivazione data nel primo comma), perché esattamente al contrario la maggior parte di essi, a parte le leggi, sono «motivati», e cioè debbono indicare «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche ecc.».

ti. Con gli stessi argomenti, riformulati opportunamente in riferimento all'atto considerato, era e resta possibile spiegare perché vi deve essere un preambolo per quanto riguarda decreti-legge, decreti legislativi e regolamenti statali, e perché però in questo preambolo non debbono figurare i motivi dell'atto: tutti questi atti, a differenza delle leggi, debbono avere specifici fondamenti giuridici e presupposti di fatto, indicati o dalla Costituzione o dalle leggi, e debbono seguire uno specifico procedimento, cosicché è necessario che nel preambolo si dia assicurazione che tutte le norme in materia sono state rispettate; viceversa questi atti non sono motivati (anche se non è escluso che si trovino nel preambolo veri e propri motivi) perché anche per essi vale il principio che le ragioni dell'atto debbono far corpo con i dispositivi contenuti negli articoli.

Viceversa l'art. 253 (*ex* 190) del Trattato CE prescrive che «I regolamenti, le direttive e le decisioni, adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, nonché detti atti adottati dal Consiglio o dalla Commissione sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri obbligatoriamente richiesti in esecuzione del presente trattato». La prassi poi, come è ben noto, e molti documenti, ufficiosi o ufficiali [11], hanno chiarito da sempre che la motivazione si divide in due parti: i «visto», che indicano la base normativa dell'atto e citano le proposte ed i pareri intervenuti nel procedimento; i «considerando», che elencano analiticamente tutte le ragioni che spiegano sia la necessità e opportunità dell'atto sia le scelte compiute per quanto riguarda il suo contenuto.

Anche in questo caso le ragioni di queste regole e di questa prassi rigorosamente seguita non sono difficili da capire. Anzitutto non esiste nell'Unione europea una norma equivalente al nostro art. 70 (*la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere*): i trattati elencano puntigliosamente e analiticamente le numerose competenze delle Comunità (che, per quanto numerose, non diventano mai una competenza normativa generale), e per ciascuna indicano quale atto deve essere adottato e per ciascun atto le diverse procedure da seguire secondo i casi; in secondo luogo a fondamento dell'Unione stanno i trattati, e cioè accordi paritari tra enti sovrani, cosicché gli atti di queste Comunità debbono rispettare rigorosamente le numerose e

[11] Un documento ufficioso molto importante si intitola *Règles de technique legislative* (a cura del Servizio giuridico della Commissione) e si trova in R. PAGANO (a cura di), *Le direttive*, *cit*., vol. II, p. 943 ss.; un documento ufficiale che tra le altre cose impone la distinzione tra «visto» e «considerando» si intitola *Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 sugli orientamenti comuni relativi alla qualità redazionale della legislazione comunitaria* (in *G.U.C.E.*, 17 marzo 1999, n. C-073; si può scaricare dal sito *europa.eu.int/eur-lex/it/lif/dat/1999/it_399Y0317_01.html*).

complesse norme procedurali, che gli Stati hanno contrattato faticosamente col fine di cedere parte della sovranità solo in cambio di regole, limiti e procedure che dessero loro sufficienti assicurazioni; in terzo luogo il tutto deve essere quanto più è possibile dichiarato e trasparente, a testimonianza che effettivamente quanto previsto è stato seguito, e come base di un successivo controllo; infine esiste la Corte di giustizia che deve assicurare il rispetto dei trattati, e che dunque, attraverso la lettura attenta dei preamboli, è messa in grado di verificare se e fino a che punto i trattati sono stati rispettati nell'adozione dei singoli atti comunitari.

## 6. La giurisprudenza della Corte delle Comunità europee intorno alla base giuridica degli atti e sul valore del preambolo

Quanto ora detto trova puntuale corrispondenza nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee. Commento tre recenti sentenze: 28 maggio 1998, causa n. C-22/96; 23 febbraio 1999, causa n. C-42/97; 18 novembre 1999, causa n. C-209/97 [12]. Le prime due hanno per oggetto un ricorso, rispettivamente del Parlamento europeo sostenuto dalla Commissione contro una decisione del Consiglio, e del Parlamento europeo contro un'altra decisione del Consiglio; la terza, un ricorso della Commissione sostenuta dal Parlamento contro il Consiglio sostenuto dalla Repubblica francese per l'annullamento di un regolamento del Consiglio.

In tutti e tre i casi il ricorso era basato sulla illegittimità della base giuridica assunta dall'organo decidente.

È da notare anzitutto che la diversità di atto impugnato (decisione o regolamento) non ha alcuna influenza sulla sequenza argomentativa della Corte: per quanto riguarda il giudizio sulla illegittimità degli atti, non vi è alcuna differenza tra una decisione ed un regolamento (è come se in Italia atti amministrativi e leggi del Parlamento venissero giudicati nello stesso modo).

In secondo luogo la lunghissima e accuratissima sequenza argomentativa della Corte in tutti e tre i casi parte dallo stesso punto di partenza che conviene citare: «Inoltre, va ricordato che, nell'ambito del sistema delle competenze comunitarie, la scelta della base giuridica di un atto deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale. Tra detti elementi figurano, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto [cita alcuni precedenti]» (punto 23 della sent. 28 maggio 1998; la medesima formulazione nel

[12] Le sentenze si possono leggere nel testo non ufficiale nel sito *http://curia.eu.int.*

punto 36 della sent. 23 febbraio 1999, che nel punto 37 contiene la importante precisazione per cui «la formulazione del titolo di un atto non può di per sé determinare il fondamento giuridico», e il punto 13 della sent. 18 novembre 1999).

Infine, per verificare se la base giuridica adottata è conforme o meno ai trattati, la Corte esamina accuratamente il preambolo dell'atto, ed in particolare i «considerando». Emblematico in tal senso il punto 64 della sent. 23 febbraio 1999: «In conclusione, da tutta la decisione controversa, in particolare dagli obbiettivi enunciati nei 'considerando' e …». A parte le formule, tutte e tre le sentenze sono basate su una analisi attenta dei «considerando», come può vedere ogni lettore, attraverso la quale la Corte, basandosi sullo scritto (e cioè elementi oggettivi), ricostruisce obbiettivi, fini e contenuto degli atti impugnati, per poter concludere se la base adottata era oppure non era conforme ai trattati (per la cronaca in due casi la Corte ha annullato l'atto impugnato, e in un caso ha respinto il ricorso).

## 7. Corte costituzionale italiana, giudizio di ragionevolezza, analisi preparatorie degli atti legislativi, opportunità del preambolo delle leggi

Come tutti sanno, la nostra Corte costituzionale basa molte sue pronunce sul principio di ragionevolezza, o, comunque, usa il criterio della ragionevolezza nei numerosissimi casi nei quali si basa sul principio di eguaglianza contenuto nell'art. 3 Cost. Per stabilire se differenze o parificazioni sono ragionevoli, o se addirittura il contenuto dell'atto legislativo, indipendentemente da confronti con disposizioni similari, è ragionevole, adeguato, proporzionato, e così via, la nostra Corte deve esaminare, per riprendere la terminologia della Corte delle Comunità, obbiettivi e contenuto dell'atto impugnato (o dell'atto del quale alcune disposizioni sono state impugnate). Essa però, nel compiere questa ricostruzione usa, e non può che usare, gli atti parlamentari (che però riportano le opinioni dei singoli parlamentari, e comunque costituiscono strumento di prova debole e facilmente rovesciabile ogni volta che l'argomento può basarsi direttamente su atti legislativi legalmente pubblicati) e il testo dell'atto le cui disposizioni sono state impugnate.

Possiamo dunque, operato questo confronto tra la Corte italiana e quella delle Comunità, porci due domande: a) se ed in che misura le relazioni sulla ATN e AIR (ed altre eventuali relazioni), se esistenti, possono costituire oggetto di esame e di argomentazione per decidere intorno alla ragionevolez-

za delle leggi; b) se è divenuto opportuno che anche le leggi italiane abbiano un accurato preambolo approvato dalle due Camere, e quali strumenti giuridici sono necessari per ottenere questo risultato.

Per quanto riguarda la prima domanda, troverei strano e irragionevole il rifiuto della Corte italiana di prendere in esame tali relazioni per ricostruire obbiettivi e fini dell'atto in esame, soprattutto se queste relazioni dovessero accompagnare il progetto di legge davanti alle Camere e divenire oggetto di esame da parte di esse (e per esse da parte delle Commissioni) nel procedimento legislativo.

Per quanto riguarda la seconda domanda, ritengo che sarebbe sommamente opportuno che anche le leggi avessero un preambolo, nel quale le Camere (o i Consigli regionali) spiegano accuratamente ed ufficialmente per quali ragioni hanno voluto l'atto da esse approvato.

Può sembrare che questa conclusione presupponga un intento «punitivo» nei confronti del Parlamento. Esattamente al contrario, penso che oggi la introduzione del preambolo diventerebbe un ottimo strumento a tutela del Parlamento, che avrebbe in tal modo la possibilità di orientare, condizionare, limitare il giudizio della Corte costituzionale, la quale, nel ricostruire scopi e contenuti di una legge, non potrebbe affidarsi più al solo suo giudizio, ma dovrebbe anzitutto esaminare accuratamente il preambolo approvato dalle Camere e misurarsi con le affermazioni in esso contenute.

Quanto alle modalità per introdurre nel testo delle leggi il preambolo, e negli altri atti normativi un preambolo che dia conto anche dei motivi dell'atto, e non solo dei presupposti, allo scopo basterebbe, per le leggi, una modifica dei regolamenti parlamentari, e per gli atti con forza di legge e gli altri atti normativi un modo più ricco e accurato di scrivere gli attuali preamboli. Il fatto che le formule di promulgazione siano codificate in legge [13] non toglie che il Presidente della Repubblica, nel promulgare e quindi seguire la formula prescritta, deve riprodurre il testo della legge così come approvato dalle Camere, e se queste, prima dell'articolato, hanno approvato un preambolo ricco di «considerando» o formule analoghe, anche questo preambolo deve essere promulgato insieme all'articolato. Quanto al fatto che la Costituzione prescriva che la legge deve essere approvata articolo per articolo e con votazione finale, la regola costituzionale dice che cosa è obbligatorio, ma non vieta che le Camere con gli articoli possano approvare altre parti (del resto è

[13] Vedi gli artt. 1 e 2 del D.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092; poiché questo atto disciplina anche le formule di emanazione dei decreti normativi del Presidente della Repubblica, è preferibile che un nuovo atto con forza di legge introduca obbligatoriamente la nuova formula del preambolo come ipotizzato nel testo, anche se non trovo nulla di illegittimo in una formulazione più ricca di quella codificata nel D.P.R. citato.

pacifico che le Camere possono approvare separatamente il titolo, e approvano spesso gli allegati, che non sono articoli).

## 8. Conclusioni

In ogni caso, è significativa la tendenza, che è europea e mondiale, prima ancora che italiana, per cui anche le leggi e gli atti con forza di legge debbono in qualche modo giustificare la propria esistenza mediante documenti pubblici (conoscibili), i quali sono soprattutto la testimonianza ufficiale ed aperta dell'effettivo compimento delle analisi ed indagini in essi attestate. Si sommano in tal modo in queste iniziative due momenti essenziali: da un lato la richiesta che le leggi siano precedute da specifiche analisi, le quali, per ogni punto preventivamente indicato in generale per tutti gli atti normativi, dimostrino la necessità o opportunità dell'atto, la validità degli obbiettivi perseguiti, la adeguatezza dei mezzi impegnati, la bontà o comunque accettabilità delle conseguenze che si produrranno a diversi livelli con l'applicazione dell'atto; dall'altro lato la richiesta che tali analisi siano rese pubbliche, conoscibili, affinché tutti i partecipanti alla approvazione dell'atto normativo se ne possano avvalere, e sia possibile una valutazione finale da parte di tutti gli interessati, politici, destinatari dell'atto, cittadini in generale (ma anche giudici, se e quando i giudici sono chiamati a pronunciarsi sulla validità di un atto normativo).

Questa conclusione ha due facce, e dipende dai rapporti politici prevalenti entro la intera società quale delle due prevarrà: a) da un lato assistiamo alla degradazione della legge, parificata sempre più ad uno dei tanti atti dei poteri pubblici, e quindi registriamo la fine o comunque il declino del principio di legalità inteso sia come centralità del Parlamento nel distribuire poteri (i poteri vengono distribuiti attraverso accordi tra molti soggetti abilitati: gli Stati ed i loro rappresentanti nell'Unione europea; le Regioni, gli enti locali, lo Stato-apparato entro la Repubblica italiana, secondo la riforma del titolo V della Costituzione in corso di approvazione [14]) sia come primazia della legge che giustificava, tra le altre cose, e continua a giustificare in Italia la regola per cui la legge non deve addurre spiegazioni: la formula «principio di legalità»

[14] Vedi il disegno di legge Senato n. 4809, approvato in prima lettura dalle due camere; sarebbe troppo lungo, ed eccessivo rispetto all'oggetto di questo scritto, dimostrare come e perché la riforma costituzionale in corso determinerà una conflittualità permanente tra i diversi livelli politici, e quindi il risultato che, se stabilizzazione vi sarà, essa sarà il frutto di accordi tra questi stessi livelli.

(che continuerà ad essere usata) diventa sempre più generica conformità al sistema legale quale risulta a partire dagli atti supremi (i trattati nell'Unione europea; la Costituzione in Italia, con l'intesa che essa è ormai subordinata ai trattati dell'Unione [15]); b) dall'altro lato si afferma, e pretende attuazione conforme, l'obbligo della trasparenza anche da parte delle assemblee rappresentative, che, nell'adottare gli atti a loro spettanti, anche quando si tratta di leggi, debbono giustificarli ufficialmente e pubblicamente, secondo criteri e moduli *standard* previamente approvati: in democrazia possiamo considerarlo un obbligo dei rappresentanti nei confronti dei loro rappresentati.

Quest'ultima considerazione dimostra che le due conclusioni ora enunciate sono indipendenti: obbligare anche le assemblee rappresentative a giustificare accuratamente e pubblicamente le ragioni dei propri atti (e quindi introdurre come obbligatorio il preambolo nelle leggi e negli altri atti normativi, e con il preambolo l'obbligo sia della giustificazione in senso tecnico sia della motivazione in senso proprio) non comporta di per sé la degradazione della legge ad uno dei tanti atti dei poteri pubblici; dipende da altre ragioni se la legge, preceduta da un accurato preambolo e da specifiche analisi dimostrative della bontà e adeguatezza delle previsioni in essa contenute, resta pur sempre l'atto centrale ed il perno della dinamica del sistema, o scade a componente senza rango e significato specifico entro il sistema [16].

[15] La Corte costituzionale italiana, come è ben noto, fa salvi, anche contro i trattati istitutivi e regolativi dell'Unione europea, i principi costituzionali fondamentali e i diritti di libertà, ma è evidente a tutti che si tratta di una foglia di fico per non ammettere che ormai la Costituzione italiana è subordinata alle regole fondamentali dell'Unione europea.

[16] Nelle more della stampa mi è pervenuta la «Guida alla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR)» a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dicembre 2000.

II

# I FATTI

# La tutela cautelare dei diritti fondamentali *

di *Marc Carrillo* **

SOMMARIO: Abstract. – 1 Considerazioni generali. – *2.* Il Diritto Comparato della tutela cautelare dei diritti fondamentali. – 3. La giustizia cautelare nel contenzioso amministrativo spagnolo: tra un timido passo in avanti e una probabile regressione garantista. – 4. La tutela cautelare non opera allo stesso modo nell'*amparo* ordinario e in quello costituzionale.

## Abstract

La garanzia dei diritti fondamentali non si esaurisce con la sentenza che risolve il merito della domanda di *amparo* ordinario. Una prima fase processuale di questa garanzia risiede nella decisiva importanza che acquisiscono le misure cautelari che l'organo giudiziale vuole disporre per preservare, provvisoriamente, l'esercizio di un diritto. In questo senso, la tutela cautelare costituisce un elemento essenziale della garanzia giurisdizionale che, nello stesso tempo, non può rimanere ridotta ad una sola modalità; pertanto, insieme alla tradizionale misura della sospensione cautelare dell'atto impugnato devono essere incorporate altre forme di protezione che permettono di affrontare, attraverso azioni positive e di tipo più efficace, l'inattività dei pubblici poteri. D'altra parte, la rilevanza della misura cautelare della sospensione nel procedimento di *amparo* ordinario non è equiparabile a quella che presenta l'*amparo* costituzionale. Il carattere sussidiario di quest'ultimo attribuisce maggiore importanza alla tutela cautelare che ha luogo nei tribunali ordinari, intesi come la sede naturale della garanzia giurisdizionale dei diritti e delle libertà.

---

* Traduzione di Giuseppe Campanelli.

** Catedràtico di Diritto Costituzionale presso l'Università Pompeu Fabra di Barcellona.

## 1. Considerazioni generali

La tutela dei diritti e delle libertà davanti i tribunali ordinari e l'*amparo* costituzionale dipendono dall'efficacia che offrono al cittadino le tecniche di giustizia cautelare offerte dalla legislazione processuale. In questo senso, è evidente che la garanzia dei diritti fondamentali non si esaurisce con la sentenza che pone termine alla richiesta di *amparo* ordinario. Una prima fase processuale di questa garanzia risiede nella decisiva importanza che assumono le misure cautelari che decide di disporre l'organo giudiziale per preservare provvisoriamente l'esercizio di un diritto. La tutela cautelare costituisce un elemento essenziale del diritto alla tutela giudiziale; senza la possibilità processuale di poter impedire l'esecutività di un atto amministrativo sottoposto a giudizio, le garanzie giurisdizionali possono risultare inefficaci. Effetto similare è quello che si deduce dall'impossibilità di obbligare l'Amministrazione ad agire quando, essendo costretta a farlo, rinuncia ai suoi doveri.

Nello stesso tempo, si vuol dire che il regime giuridico della giustizia cautelare non può essere ridotto ad una sola modalità; così, insieme alla tradizionale misura della sospensione cautelare dell'atto impugnato bisogna incorporare altre forme di protezione che permettano di affrontare per mezzo di azioni positive e sempre più efficaci l'inattività dei poteri pubblici. Nei diversi paragrafi di questo lavoro si parla degli apporti che il Diritto Comparato ha fornito al riguardo e delle timide iniziative prese dalla nuova legislazione contenzioso-amministrativa in Spagna. D'altra parte, la rilevanza e la capacità garantista della misura cautelare della sospensione nel procedimento di *amparo* ordinario non è paragonabile a quella che presenta l'*amparo* costituzionale. Il carattere sussidiario di quest'ultima fa sì che si attribuisca maggiore importanza alla tutela cautelare che si attua nei tribunali ordinari, intesi come la sede naturale della garanzia giurisdizionale dei diritti e delle libertà. Senza dubbio, le modifiche introdotte dalla nuova Legge Giurisdizionale del 1998 tendono ad equiparare il significato della tutela cautelare, concedendo un ampio margine di decisione al giudice ordinario sulla convenienza di adottare misure di questa natura. Non si intende criticare i criteri interpretativi dei giudici e dei tribunali ordinari e solo il tempo permetterà di comprovare se avverrà ciò che già costituisce una involuzione nella garanzia dei diritti fondamentali.

## 2. Il Diritto Comparato della tutela cautelare dei diritti fondamentali

Con l'eccezione delle misure previste nell'art. 1428 della Legge di *Enjudiciamiento Civil* (LECV), l'adozione *ad cautelam* della sospensione dell'atto o disposizione amministrativa impugnata è stata l'unica misura cautelare che tradizionalmente ha adottato l'ordinamento giuridico spagnolo.

Non è questo il caso di altri ordinamenti giuridici stranieri, dove sono anche contemplate altre misure complementari. Questo e il caso della Francia, dove si sono adottate, tra le altre, misure cautelari come il *référé,* il *constat d'urgence* e il *surcis à exécution.* La prima mira a garantire beni giuridici oggetto della controversia a fronte della lentezza processuale; la seconda ha comportato per l'organo giudiziale la verifica delle prove relative ad una situazione di fatto, anche senza la presenza di un precedente ricorso contenzioso, e la terza è stata la sospensione dell'atto impugnato come eccezione alla regola generale che proclama la sua esecutività.

In Germania, insieme alla sospensione, si ammettono altre misure cautelari come le denominate *misure provvisorie di assicurazione di un diritto* o quelle di *regolazione di una situazione di fatto* per le condizioni di negazione della sospensione dell'atto e per quelle causate dall'inattività dell'Amministrazione.

Da parte sua, in Italia, l'ordinamento giuridico contempla anche l'applicazione di misure cautelari proprie del diritto civile applicabili con le stesse finalità, sebbene ridotte alla misura della sospensione *ad cautelam* [1], nonostante i criteri giurisprudenziali abbiano permesso di ampliare lo spettro delle modalità della tutela cautelare.

Conviene analizzare in dettaglio alcuni di questi modelli che il Diritto Comparato propone.

### a) Il *constat d'urgence, il référé* e il *surcis à exécution* in Francia

L'organizzazione della tutela cautelare nel diritto francese ha una forte tradizione nella giurisdizione civile attraverso tre procedimenti specifici: i *référés,* le *ordonnances sur requête* e le *procédures d'injonction.* Ciò che è

[1] J. Diaz Delgado-V. Escuin Palop, *La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales*, in *RAP*, n. 117, Madrid, 1988, pp. 198-99. Sui riferimenti agli ordinamenti stranieri: R. Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, Montchrestien, Paris, 1982; H.J. von Oertzen, *Le contrôle jurisdictionnel de l'Administration*, in *L'Administration Publique en Republique Fédérale d'Allemagne*, Económica, Paris, 1983; E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Giuffrè, Milano, 1981.

comune ai tre è la loro condizione di essere procedimenti molto brevi che presuppongono una rottura con le norme processuali ordinarie al fine di assicurare al ricorrente una decisione giudiziale rapida su un diritto o su un interesse legittimo. La configurazione giuridica di questi procedimenti si dibatte nel mantenere un adeguato equilibrio tra l'urgenza con cui si prende una decisione e il rispetto dei diritti della parte chiamata in causa [2]. Al contrario, fatta salva la *constat d'urgence,* l'insorgere di misure cautelari nell'ambito contenzioso amministrativo è molto più recente e, ovviamente, il suo peso giuridico è attualmente relativo. Oltre alla sospensione dell'atto amministrativo (*surcis à exécution*), in Francia sono previsti due procedimenti specifici di natura cautelare messi a disposizione del Giudice amministrativo. Si tratta della *constat d'urgence* e del *référé* che sono misure di carattere provvisorio messe a disposizione del giudice per far fronte a situazioni di urgenza. Entrambe si differenziano dalla sospensione in quanto, nel contesto di un processo, quest'ultima è uno strumento del Giudice per impedire l'attuazione unilaterale dell'Amministrazione; le prime, invece, sono la conseguenza della sua competenza per risolvere in modo provvisorio ma perentorio una questione urgente fino a quando non si abbia una soluzione definitiva [3].

Il *constat d'urgence* è un procedimento semplice e limitato iniziato per ragioni d'urgenza, la cui finalità è di impedire che col trascorrere del tempo una parte possa vedersi sfavorita rispetto all'altra. Non è un procedimento contraddittorio, e suo oggetto è la verifica di prove o l'adozione di misure da parte del Giudice amministrativo per l'esame di alcuni fatti mediante un procedimento di carattere sommario. Il requisito primario è l'esistenza di una situazione d'urgenza; non si tratta, pertanto, di un processo contenzioso-amministrativo precedentemente iniziato che permetta la sua applicazione. L'urgenza deve essere legittimata da una situazione di rischio che persistendo renda irreparabili gli effetti sugli interessi in gioco.

Tanto i poteri del giudice del *constat d'urgence* come quelli del *référé* rispondono a due principi: 1) che non abbia più poteri di quanti ne abbia il giudice principale; 2) che possa solamente prendere misure di carattere provvisorio, sprovviste degli effetti di cosa giudicata.

Affinché si arrivi ad una misura cautelare di questo tipo la richiesta dell'attore dovrà precisare i fatti sui quali sollecita la verifica giudiziale; allo stesso tempo, si devono segnalare le circostanze specifiche che giustifichino

---

[2] Per lo studio di questi processi rapidi si veda: P. ESTOUP, *La practique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'infonction*, Litec, Paris, 1990.

[3] L. PAREJO, *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, p. 296.

l'urgenza di constatare i fatti segnalati; alla fine, la constatazione non potrà essere prescritta unicamente nel caso in cui si determini la sua utilità. In assenza di questi requisiti la conseguenza sarà la sua non ammissione.

Il *référé* è un provvedimento più complesso il cui oggetto si basa sulla salvaguardia dei beni giuridici, in presenza di una situazione che per le sue caratteristiche possa produrre effetti irreparabili. La sussistenza di un diritto che può derivare da una situazione di fatto concreta consente di iniziare un processo che generalmente è autonomo e indipendente dal principale (non è un incidente), che permetta di esercitare la tutela giudiziale in un breve lasso di tempo. Le condizioni di esercizio sono differenti, secondo la modalità di *référé* impiegata. Così, se si tratta di un *référé expertise*, il Giudice potrà prendere qualsiasi misura utile per la valutazione peritale o istruttoria; se invece l'oggetto dell'intervento giudiziale è un *référé général* la misura da adottare sarà quella di conservare i diritti o gli interessi legittimi già esistenti e consisterà nell'ordinare qualsiasi misura utile, che non pregiudichi né ostacoli l'esecuzione di nessuna decisione amministrativa [4]. Così come nel *constat* d'*urgence*, il procedimento potrà solo essere preso per ragioni d'urgenza al fine di evitare che il protrarsi del tempo possa pregiudicare una delle parti. A questa prima condizione si aggiunge un secondo requisito: l'esistenza di una precedente situazione litigiosa fra le parti ancor prima della formalizzazione di un processo.

Dato che ciò che definisce il *référé* è da un lato, l'esistenza del «buon diritto» nella pretesa che si invoca e, dall'altro, il carattere provvisorio della decisione che prende il Giudice, ciò naturalmente obbliga «ad una valutazione *prima facie* del merito, qualcosa di più del controllo meccanico della mera presenza di alcuni determinati documenti formali» [5].

La competenza giurisdizionale per il *référé* spetta allo stesso tribunale amministrativo che si interessa del merito della situazione. Le misure di istruzione o di conservazione che il giudice decide di prendere devono essere proporzionali all'urgenza del presupposto concreto; e, in nessun caso possono pregiudicare il merito della situazione, in modo coerente con la natura di questo strumento cautelare che è caratterizzato da una provvisorietà che impedisce di entrare nel merito di questioni proprie del processo principale. In ogni caso, così come nella ipotesi della misura cautelare della sospensione dell'atto amministrativo (il *surcis d'exécution*), non è sempre facile determi-

---

[4] C. Chincilla Marin, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 87.

[5] E. Garcia de Enterria, *La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario europeo y proceso-contencioso-administrativo español)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 271.

nare la linea divisoria esistente fra una soluzione provvisoria e il pregiudizio che possa produrre sulla lite [6]. La sentenza del *référé* può essere rivista in un processo dichiarativo posteriore e l'onere della prova spetterà al soccombente nella decisione del *référé*; ciò significa che la decisione non produce effetti di cosa giudicata. Allo stesso tempo, la sentenza solitamente viene appellata con un solo *efecto* (vale a dire senza sospensione della sentenza) [7].

L'equilibrio che offre l'applicazione del *référé*, nell'ambito della giurisdizione amministrativa è notevolmente meno soddisfacente di quello che si applica nella giurisdizione civile. Come afferma Chincilla Marín [8], questa misura cautelare si è convertita in un mezzo di esecuzione forzata, ora giudizialmente prevista, degli atti amministrativi; il tutto è stato favorito dal criterio sostenuto nel Consiglio di Stato francese, che ha ammesso la sostituzione del requisito della proibizione nel giudicare il merito della questione con quello dell'«assenza di una contestazione seria» da parte dell'Amministrazione demandata, che ha permesso l'adozione di misure provvisorie tese all'esecuzione forzata degli atti dell'Amministrazione.

La regola generale è quella che determina l'incompetenza del giudice nell'istruire l'autorità amministrativa, in quanto le sue attribuzioni in questo contesto rimangono circoscritte al prendere decisioni istruttorie (specialmente sulla designazione di esperti). In questo modo si sono viste frustrate alcune delle prospettive che inizialmente l'applicazione del *référé* in ambito contenzioso-amministrativo aveva suscitato.

Il *surcis a exécution* costituisce la misura cautelare classica che opera come eccezione al principio di esecutività degli atti amministrativi; vale a dire, la sospensione cautelare, che sarà decisa liberamente dal Giudice [9], quando rendendo esecutivo l'atto in questione possano derivare pregiudizi di difficile o impossibile riparazione ("*periculum in mora*") per i diritti o gli interessi del ricorrente, e sempre che possa essere identificata nelle sue pretese l'apparenza del buon diritto ("*fumus boni iuris*").

---

[6] *Ibidem*, p. 299.

[7] *Ibidem*, pp. 268-270.

[8] *Op. cit.*, p. 94.

[9] È importante sottolineare che nella sua *Décision* del 23 gennaio 1987, il Consiglio Costituzionale francese ha stemperato questa «libertà» dell'organo giudiziale competente, considerando che la sospensione cautelare è un diritto nella sua condizione di fattore di garanzia dei diritti di difesa.

## b) I presupposti delle decisioni provvisorie giudiziali in Germania

Il diritto tedesco regola la tutela cautelare dei diritti e interessi legittimi attraverso la sospensione degli atti amministrativi ed anche per mezzo delle misure provvisorie di assicurazione dei diritti e della regolamentazione di una situazione provvisoria contenuta in un rapporto giuridico [10].

Quest'ultimo mezzo di misure cautelari è un procedimento di protezione a disposizione del ricorrente contro l'inattività amministrativa ed anche contro decisioni che trascurino determinate richieste del cittadino. La sua regolazione giuridica attuale data dalla legge 17 dicembre 1990 (BGBI) che ha modificato per la quarta volta il testo originale della legge tedesca sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa del 21 gennaio 1960 (Ordinanza del Tribunale Amministrativo-*Verwaltungsgerichtsordnung-WWGO-*) [11].

Il Tribunale Costituzionale Federale ha stabilito in numerose sentenze [12] che l'adozione di misure cautelari è una manifestazione specifica del diritto alla tutela giudiziale; più concretamente segnala che la tutela dei diritti pubblici soggettivi sarà effettiva solo se si mettono a disposizione dei suoi titolari i mezzi che rendano possibile evitare che, dopo lo sviluppo del procedimento giudiziale, si consumino fatti che, comprovata *a posteriori* l'illegittimità dell'atto amministrativo che li originò, diano luogo a una situazione dannosa irreversibile e di riparazione difficile o impossibile.

Il sistema cautelare si articola attraverso due tipi di misure: 1) la sospensione dell'atto amministrativo impugnato e, 2) la misura provvisoria di carattere prestazionale. A sua volta, quest'ultima presenta due modalità; la prima è diretta a condannare l'Amministrazione a redigere un atto amministrativo favorevole (la cosiddetta pretesa obbligazionale), mentre la seconda ha per oggetto sollecitare l'Amministrazione a realizzare o a omettere una attuazione materiale.

La sospensione cautelare può aversi sia nel procedimento amministrativo sia nel contenzioso sempre che ciò che si pretende sia l'annullamento di un atto amministrativo di gravame, senza pregiudizio che detto atto sia costitutivo, dichiarativo o di quelli già denominati a duplice effetto. In ogni caso, il regime di sospensione non è generale; le eccezioni previste dall'art. 80.2 (e

---

[10] Per il caso tedesco si veda, inoltre, L. PAREJO, *op. cit.*, pp. 300-310.

[11] Per uno studio completo sul contenzioso amministrativo tedesco si veda: S.J. GONZALES-VARAS IBANES, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993.

[12] Si veda M. BACIGALUPO, *El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991*, in *RAP*, n. 128, Madrid, 1992, p. 416 (nota 5).

seguenti) della VWGO sono quelle che riguardano i ricorsi che interessano i seguenti argomenti:

atti di liquidazione tributaria o di imposizione di costi amministrativi; atti di polizia di esecuzione che ammettano dilazioni; quando l'autorità che fece l'atto o che è competente per la risoluzione del ricorso amministrativo abbia ordinato in forma motivata l'esecutività immediata dell'atto di interesse pubblico o nell'interesse preponderante di una parte; o quando sia così stabilito dalla legge federale.

## Le misure provvisorie

Meritano particolare attenzione le due modalità di decisioni provvisorie previste dall'art. 123 della VWGO. Sono misure cautelari sussidiarie che possono essere applicate in tutti quei casi in cui l'annullamento dell'atto non avviene nel processo principale. Pertanto, si tratta di contenziosi il cui oggetto non è un atto amministrativo di gravame. In relazione alla sospensione cautelare, le decisisioni provvisorie presentano i seguenti elementi differenzianti: 1) l'onere della prova spetta al richiedente, visto che è lui a dover dimostrare che il suo diritto è in pericolo, o che e necessario ristabilire una situazione giuridica; 2) nel caso in cui sia sconfitto nel processo principale, il richiedente di una misura provvisoria sopporta un rischio maggiore che altro non è che la restituzione delle prestazioni ricevute durante il periodo in cui la misura era in vigore; 3) il margine di valutazione di cui dispone il Giudice è più ridotto, giacché deve valutare se concorrono i presupposti stimati di natura provvisoria stabiliti dalla norma; 4) sono diverse le possibilità di ricorso avverso una decisione di diniego; 5) in ogni caso, l'applicazione della sospensione cautelare è considerata come soluzione preferibile.

La competenza giurisdizionale spetta al Tribunale che la ha avuta nel procedimento principale.

La misura provvisoria consistente nell'accertamento dei diritti in pericolo ha per oggetto la conservazione dello *status quo* del richiedente, il quale deve giustificare la titolarità del diritto di cui sollecita la protezione. L'Atto giudiziale che ne deriva può essere di contenuto di diniego o di diniego preventivo; vale a dire, può decidere la condanna dell'Amministrazione ad omettere un'attuazione materiale di limitazione o la condanna a che l'Amministrazione ometta l'emanazione di un atto amministrativo di gravame.

Suo oggetto sono i diritti soggettivi. La situazione di pericolo per l'integrità del diritto suscettibile di tutela cautelare deve essere oggettiva e reale; non sottoposta, pertanto, unicamente al criterio soggettivo del richiedente, giacché potrebbe anche risultare unilaterale. I suoi effetti devono consistere

nell'effettiva modifica di una situazione anteriore che impedisca l'esercizio del diritto.

La misura consistente nella regolazione di una situazione provvisoria ha per oggetto l'ampliamento dei diritti e dell'ambito di attuazione del ricorrente. L'Amministrazione è stimolata a realizzare una attività prestazionale che può consistere in: 1) emanare un atto amministrativo favorevole; 2) porre in essere una attuazione materiale favorevole che includa – allo stesso tempo – il ripristino di una situazione giuridica che anteriormente era stata alterata in modo lesivo in riferimento ai diritti del ricorrente come conseguenza di una attuazione illegale di un organo dell'Amministrazione.

Tra le possibili misure da prendere sono da segnalarsi: l'imposizione o proibizione di un comportamento, la concessione al richiedente di un lasso di tempo per poter formalizzare l'azione principale, o la fissazione di una somma che possa lasciarsi come garanzia, ecc. In ogni caso, non potranno mai essere prese misure che siano legalmente proibite e sempre poi che il loro contenuto non pregiudichi la questione principale [13].

Appare chiaro, inoltre, che le misure provvisorie in Germania non solo presentano un contenuto prestazionale, ma possono anche essere limitative, quando si tratta di impedire che con una attuazione omissiva (quella che esplicitamente non è di gravame) l'Amministrazione possa anche ledere i diritti del ricorrente.

In ogni caso, non c'è dubbio che, nel prendere decisioni con questo tenore provvisorio, l'organo giurisdizionale competente abbia una capacita decisionale ampia. Come ha messo in rilievo Bacigalupo [14], sia il *fumus boni iuris* sia l'inevitabile bilanciamento dei diritti e degli interessi presenti sono criteri interpretativi usati con assiduità dai tribunali tedeschi per giustificare misure assai singolari come quelle che commentiamo, che obbligano l'Amministrazione ad agire in una determinata direzione.

A differenza della misura cautelare della sospensione, nella quale la sua decisione e discrezionale ma il contenuto è regolato – la sospensione propriamente detta – nelle misure provvisorie la decisione è prevista in forma espressa dall'ordinamento ma, senza dubbio, il contenuto è discrezionale. È in questo attivismo giudiziale che il legislatore tedesco ha previsto la tutela dei diritti e delle libertà nei confronti dell'azione omissiva dell'Amministrazione.

In ogni caso, di certo, è un attivismo controllato giacché, salvo limitate eccezioni, il Tribunale non può anticipare il risultato del processo principale. Tra queste eccezioni bisogna includere quella in cui la anticipazione per mez-

[13] *Ibidem*, pp. 309-310.

[14] *Op. cit.*, p. 446.

zo di una misura provvisoria si utilizza nel caso in cui «l'oggetto del litigio si risolve col trascorrere del tempo anteriormente alla risoluzione del processo principale» [15].

## c) Le misure cautelari in Italia

La tutela cautelare è anche uno degli aspetti meno soddisfacenti della giustizia amministrativa in questo paese e al quale la legge non ha saputo dar risposta. Di fatto l'esistenza di misure cautelari è una creazione giurisprudenziale che ha permesso al giudice di prendere qualsiasi tipo di misura, ampliando i suoi poteri, incluso per quei casi nei quali l'autorità giudiziale può arrivare a sostituirsi all' Amministrazione [16].

In accordo con le previsioni legali attuali, la regola generale in materia di sospensione cautelare è contenuta nell'art. 39 della legge del Consiglio di Stato del 26 giugno 1924, che stabilisce il principio di esecutività degli atti amministrativi; la sua sospensione si potrà concedere in forma motivata se concorrono gravi ragioni sollecitate dal ricorrente. La reticenza del legislatore italiano verso le misure cautelari, inclusa la sospensione, si e manifestata più recentemente, per esempio, nella legge 22 novembre 1971, che limitò la possibilità di sospendere gli atti amministrativi in materia di espropriazione nei casi di errore grave ed evidente nella determinazione degli immobili o dei proprietari. Ciò avrebbe portato la Corte Costituzionale a dichiararla incostituzionale con una sentenza del 27 dicembre 1974, nella quale dichiarò che l'esclusione o la limitazione dell'ambito di esercizio della tutela cautelare «contrasta con il principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 Cost., salvo che esista una ragionevole giustificazione per dare questo diverso trattamento» [17]. Vale a dire, per la giustizia costituzionale italiana non sembra esserci dubbio che nella relazione giuridico amministrativa, gli enti pubblici hanno occupato ed occupano una incontestabile posizione di preminenza; senza dubbio, sembra necessario che l'equilibrio tra le parti si ristabilisca, per lo meno, per ciò che concerne i mezzi di difesa processuale e l'effettivo esercizio del diritto nei confronti della tutela giudiziale; esercizio che si vedrà menomato se saranno carenti gli strumenti sommari per procurare la conservazione dei diritti o degli interessi legittimi di fronte alla minaccia di effetti irreversibili che, in

[15] V. M. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 450.

[16] V. Chincilla Marín, *op. cit.*, p. 103. Ed anche: T. Quintana Lopez, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano*, in *REDA*, n. 64, Madrid, 1989.

[17] *Ibidem*, p. 107.

alcuni casi, potrebbe derivare dall'esecutività dell'atto amministrativo. Un criterio simile è quello che avrebbe portato anni dopo la Corte Costituzionale, nella sua importante sentenza del 14 febbraio 1982, a dichiarare altresì incostituzionale la proibizione di appellare la decisione cautelare di prima istanza. O quello adottato con altra sentenza della Corte del 28 giugno 1985, che ammise l'esecuzione forzata della misura cautelare nei ricorsi sul pubblico impiego. O, ancora, la sentenza del Consiglio di Stato del 25 maggio 1987, che ammise l'esecuzione forzata attraverso la tecnica di nominare un commissario *ad acta* [18].

## 3. La giustizia cautelare nel contenzioso amministrativo spagnolo: tra un timido passo in avanti e una probabile regressione garantista

La regolazione della tutela cautelare costituisce uno dei capitoli della riforma introdotta dalla nuova *Legge 29/1998 del 13 luglio, regolatrice della Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA),* che merita particolare attenzione per due ragioni: 1) per la pluralità delle misure che la Legge permette all'organo giudiziale di prendere dando una piccola possibilità di adottare misure cautelari positive (art. 129.1); 2) perché ha sostanzialmente modificato il criterio di agire del giudice o del tribunale per decidere sulla misura da adottare, rifiutando la regola anteriore che manteneva come norma generale la sospensione dell'atto o disposizione impugnata e come eccezione la sua esecutività.

### La pluralità delle misure cautelari.

Le misure cautelari previste nella LJCA si applicano in forma comune sia per il procedimento contenzioso-amministrativo generale (Titolo IV), sia per il procedimento speciale per la protezione dei diritti fondamentali della persona (Titolo V). Si tratta di misure di diversa natura perché così riconosce più o meno esplicitamente la legge nell'attribuire agli interessati la potestà di «*sollecitare in qualsiasi stato del processo l'adozione di tutte le misure che assicurino l'effettività della sentenza*».

Appare evidente che il precetto legale è concepito per concedere un'ampia flessibilità alla parte ricorrente per sollecitare l'organo giudiziale all'ado-

[18] *Ibidem*, p. 109.

zione di misure di contenuto e di portata diverse che, in funzione del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, che possono incidere su un diritto fondamentale eventualmente leso, permettano l'effettività futura della sentenza. La sospensione cautelare sull'atto o disposizione impugnati non è, pertanto, l'unico mezzo processuale messo a disposizione del ricorrente per salvaguardare l'integrità dei suoi diritti o interessi legittimi [19], visto che il legislatore ha lasciato aperta la porta – comunque, certamente, con carattere molto generico – per adottare misure cautelari di fare e di non fare, in linea con le proposte dottrinali e giurisprudenziali realizzate negli ultimi anni [20] e più o meno concordi anche con quanto tracciato dal Diritto Comparato su questa materia, come abbiamo visto nel paragrafo precedente.

– *Le misure cautelari «di fare»* si fondano sull'art. 136 in relazione all'art. 29 della LJCA. In sostanza consistono nelle seguenti: «quando l'Amministrazione, in virtù di una disposizione generale che non ha bisogno di atti di applicazione o in virtù di un atto, contratto, o atto amministrativo, sia obbligata a realizzare una prestazione concreta in favore di una o più persone determinate, coloro che ne hanno il diritto possono reclamare all'Amministrazione il compimento di detta obbligazione» [21].

A partite da qui, e nel caso in cui l'Amministrazione non avesse dato compimento alle sue obbligazioni, la legge stabilisce un lasso di tre mesi a partire dal reclamo, per dedurre il corrispondente ricorso contenzioso- amministrativo contro l'inattività dell'Amministrazione.

Nel suo secondo comma, l'art. 29 stabilisce anche che «quando l'Ammini-

---

[19] In ogni caso, non si deve dimenticare che la possibilità di adottare altri tipi di misure cautelari nel procedimento contenzioso-amministrativo nel passato non era assolutamente scartata dato che era prevista l'applicazione sostitutiva dell'art. 1428 della Ley civil (le misure cautelari innominate). Non è trascurabile che il regime di questo tipo di misure abbia influito in parte nella configurazione delle misure di fare e non fare previste negli artt. 29 e 30 della nuova LJCA. L'entrata in vigore della nuova legge 7 gennaio 2000, n. 1, sul Processo civile, permetterà anche l'applicazione suppletiva di un'ampia gamma di misure cautelari specifiche contemplate nell'art. 727.

[20] Si vedano, per tutti, i numerosi lavori del prof. E. Garcia de Enterria, concentrati su: *La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo espanol)*, Civitas, Madrid, 1992. Per quanto riguarda i riferimenti giurisprudenziali si consulti, in particolar modo, la sentenza Factortame del 19 giugno 1990, della Corte di giustizia delle Comunità e l'influenza che ha potuto esercitare su alcune decisioni degli organi giudiziali spagnoli degli ultimi anni.

[21] La LJCA stabilisce nell'art. 31.2 che il richiedente «potrà pretendere il riconoscimento di una situazione individualizzata e l'adozione delle misure adeguate per il pieno impiego delle stesse, fra esse il risarcimento dei danni …», e ciò permette, o può permettere, la messa in atto nei confronti dell'Amministrazione, di misure cautelari sia da fare che di qualsiasi altro tipo.

strazione non dà esecuzione ai suoi atti gli interessati potranno sollecitarne l'esecuzione e, se questa non avviene nel tempo di un mese dalla richiesta, i ricorrenti potranno formulare ricorso contenzioso amministrativo …», che avverrà col procedimento abbreviato previsto dalla legge nell'art. 78.

Inoltre, in entrambi i casi in cui l'Amministrazione dovendo agire non lo fa, l'articolo 136 stabilisce che si adotterà la misura cautelare conseguente sebbene non specifichi in cosa questa possa consistere – salvo che: a) sia evidente che non ci siano le situazioni previste nei casi descritti; b) la misura provochi un grave danno per gli interessi generali o di terzi. In entrambi i casi, il Giudice o il Tribunale considererà in forma circostanziata gli interessi in conflitto.

Nonostante tutto – è qui che appare più sostanziale il timido apporto della nuova LJCA – le misure cautelari che l'organo giudiziale decida di prendere «*potranno anche sollecitarsi prima della proposizione del ricorso contenzioso amministrativo*».

Ciò avverrà in presenza di circostanze particolarmente urgenti. In questo caso, l'organo giudiziale adotterà la misura cautelare che ritenga pertinente «senza ascoltare la parte avversa», senza che l'Atto di decisione dia luogo ad alcun ricorso. A questo punto, in detto Atto l'organo giudiziale competente convocherà le parti per una comparizione che dovrà aver luogo nei successivi tre giorni, in cui si deciderà sulla revoca o sulla modifica della misura adottata. Una volta fatta la comparizione, il Giudice o il Tribunale emetterà un Atto a riguardo, al quale si potrà opporre ricorso conformemente alle regole generali stabilite nella LJCA (art. 135).

In questi casi di particolare urgenza, e una volta che il ricorrente interponga il ricorso contenzioso amministrativo successivo, lo stesso dovrà includere la richiesta della ratifica della misura cautelare precedentemente adottata. Ovviamente, non opponendo detto ricorso, rimarranno automaticamente senza effetto le misure adottate in precedenza, e il sollecitante dovrà indennizzare i danni e i pregiudizi causati (art. 136.2).

– *Le misure cautelari di «non fare»* sono altresì previste nella LJCA (art. 30), nei seguenti termini: in accordo con quanto stabilito in questo precetto, nei presupposti «della via di fatto, l'interessato potrà formulare richiesta all'Amministrazione interessata, intimando la sua cessazione» [22].

[22] L'art. 32.1 si riferisce, d'altra parte, ai casi di inattività amministrativa; in questa ipotesi, «il richiedente potrà pretendere dall'organo giurisdizionale che condanni l'Amministrazione al compimento delle sue obbligazioni nei termini concreti stabiliti».

L'art. 32.2 stabilisce come corollario di questa misura cautelare che: «se il ricorso ha per oggetto una attuazione materiale costitutiva di via di fatto, il richiedente potrà pretendere che

Se ciò non avviene, o perché la richiesta non era stata formulata o perché l'Amministrazione non l'aveva esaminata nei dieci giorni successivi alla sua presentazione, si potrà proporre ricorso contenzioso-amministrativo.

A questo punto, come nel caso precedente – e in accordo con gli stessi requisiti processuali previsti dagli artt. 135 e 136 LJCA – nei casi di particolare urgenza, anche le misure cautelari di «non fare» potranno essere richieste prima della proposizione al ricorso contenzioso amministrativo.

Questa diversificazione delle forme di tutela cautelare dei diritti fondamentali costituisce senza dubbio un passo avanti rispetto a quanto postulato dalla dottrina negli ultimi anni unitamente all'aiuto della giurisprudenza. Questo passo in avanti è espresso con lo scopo di consolidare il concetto della tutela cautelare come espressione indiscutibile del contenuto essenziale del diritto verso la tutela giudiziale. In questo senso, conviene ricordare il significato concettuale dell'istituzione processuale della misura cautelare come decisione giurisdizionale, di carattere urgente e provvisorio, dotata di finalità strumentale la cui valutazione dei beni in conflitto spetta all'organo giudiziale, al fine di conseguire una effettiva tutela dei diritti fondamentali, quando possono derivare effetti irreversibili dall'esecutività dell'atto amministrativo.

Nonostante i passi in avanti di carattere garantista sperimentati nella legislazione amministrativa negli ultimi anni, le relazioni giuridiche nelle quali l'Amministrazione agisce investita della sua potestà di *imperium* sono predominate da una evidente asimmetria fra le parti. Di fatto questa è una caratteristica innata al potere pubblico [23]. In questo senso, la promulgazione della legge 26 dicembre 1978, n. 62, sulla Protezione dei Diritti Fondamentali della Persona, presupponeva l'introduzione di un cambiamento rilevante in questa posizione egemonica degli organi pubblici in un ambito ogni volta più ampio di attuazione materiale. Delle innovazioni processuali che la citata legge presentava nel 1978, la misura cautelare consistente nella sospensione dell'atto o della disposizione impugnati, intesa come regola generale salvo eccezioni fondate nel pubblico interesse fu, senza dubbio, la più rilevante rispetto alla regolamentazione prescritta dalla LJCA del 1956. Soprattutto, per l'equiparazione processuale che si dette all'attore in una materia come è quella riguardante i diritti fondamentali della persona. La posizione dell'individuo nei confronti dei poteri pubblici non può essere presieduta da una subordinazione permanente; la protezione dei diritti e delle libertà in uno

venga dichiarata contraria al Diritto, che si ordini la cessazione di detta attuazione e che si adottino le ulteriori misure previste nell'art. 31.2».

[23] R. Gomez Ferrer-Morant, *Derecho a la tutela judicial y posición juridica peculiar de los poderes públicos*, in *REDA*, n. 33, Madrid, 1982, p. 185.

Stato democratico richiede una concezione molto più attiva della persona intesa come soggetto imputabile. In questo senso, una configurazione più simmetrica delle leggi processuali è un presupposto necessario per una tutela più integrale dello status di libertà dell'individuo.

La sospensione dell'atto amministrativo secondo il modello della LJCA si è tradotta in una tecnica cautelare insufficiente in una Amministrazione sempre più espansionista, che risponde a modelli giuridico-politici che, pur conservando le tradizionali forme di tutela cautelare, esigono nuove modalità di strumenti che garantiscano i diritti e gli interessi legittimi di individui e gruppi che concorrono con gli organi pubblici nei diversi ambiti dell'intervento amministrativo. Oggi, la Pubblica Amministrazione contrae, concorda e mette a disposizione servizi individualizzati e, il più delle volte, in collaborazione con enti privati, e ciò esige che l'ordinamento giuridico-amministrativo si doti di meccanismi che facilitino un livello d'equiparazione accettabile fra enti pubblici e particolari. Dalla prospettiva del soggetto ricettore della attività amministrativa, vale a dire, essenzialmente, dall'ambito dei diritti della persona, il principio dell'efficacia amministrativa non può andare contro quelli e per questo motivo dovrà cedere se le garanzie processuali sono messe in discussione [24].

Le misure cautelari pretendono il conseguimento della tutela giudiziale sugli interessi legittimi la cui salvaguardia avviene durante lo sviluppo del processo ed anteriormente ad una sentenza passata in giudicato. Presentano una chiara dimensione di garanzia sul contenuto dei beni giuridici col fine di evitare che l'esecutività dell'atto amministrativo - nonostante l'eventualità che sia dichiarato successivamente nullo produca effetti irreversibili.

Non bisogna dimenticare che la teoria generale dell'atto amministrativo si è basata e attualmente si fonda su una doppia condizione: la presunzione di validità e l'esecutività del suo contenuto. Come ha espresso Chincilla Marín [25], non deve vedersi in questo un'arma affilata che l'Amministrazione usa contro la persona, ma bensì la forma abituale di attuazione della Amministrazione pubblica per il compimento dei fini che costituzionalmente le sono stati affidati (art. 103.1 CE) e, più genericamente, per la difesa dell'interesse pubblico. Senza dubbio, il principio di esecutività degli atti amministrativi non può concepirsi in termini assoluti, ma bensì come un elemento istituzionale dello Stato di Diritto inteso con l'effettivo esercizio del diritto fondamentale per la tutela giurisdizionale di giudici e tribunali. In questo senso, e come si sa, servirà poco una sentenza valutativa di una pretesa su un diritto

[24] V. STS 17 luglio 1982.

[25] C. Chincilla Marín, *La tutela cautelar*, cit., p. 28.

fondamentale se l'esecutività dell'atto o disposizione impugnati ha ritardato o annullato i suoi ipotetici effetti benefici. Le misure cautelari sono intese, infine, come uno strumento che deve evitare che la giustizia perda efficacia a causa del ritardo e pertanto, devono articolarsi formule giuridiche differenti caratterizzate dalla massima logica garantista. L'oggetto altro non deve essere che la tutela provvisoria di beni, diritti o situazioni giuridiche del più eterogeneo contenuto.

Per questa ragione, ha grande importanza che la nuova LJCA abbia incorporato, sebbene in forma embrionale, forme di tutela cautelare di carattere positivo. Tale previsione era un'esigenza palpabile, sebbene non sarebbe stato troppo azzardato che il legislatore concretizzasse di più il contenuto di questo tipo di misure cautelari. Fondamentalmente, poiché non bisogna scartare l'ipotesi in cui gli organi giudiziali competenti possano esimersi dal metterle in pratica, a seconda dei casi, la legge non specifica in cosa possa consistere una misura giurisdizionale che, provvisoriamente, e destinata a sostituirsi all'Amministrazione. L'importanza del caso è innegabile visto che, in nessun modo costituisce un'eccezione alla divisione dei poteri come principio dello Stato di Diritto. In questo senso, se il legislatore fosse stato più concreto nello specificare a suo tempo alcune forme di cautela positiva, avrebbe forse facilitato le difficoltà che può offrire una certa cultura giudiziale più legata al senso letterale della legge.

Al fine di riflettere su questo particolare, può essere opportuno vedere nuovamente le opportunità che può offrire il referente tedesco sulla sentenza provvisoria: una modalità di misura cautelare sussidiaria che può essere applicata in tutti quei casi in cui non avviene nel processo principale l'annullamento dell'atto; vale a dire, in quei contenziosi il cui oggetto non è un atto amministrativo di gravame.

## Il cambio di criterio sull'adozione di misure cautelari.

È nota la modifica introdotta su questo aspetto dalla LJCA. Come si sa, la promulgazione della legge n. 62 del 1978 supponeva un'importante rottura con il criterio tradizionale fissato nella Legge Giurisdizionale del 1956 basato sul principio dell'esecutività dell'atto amministrativo. In accordo con lo stesso, la sospensione dell'atto amministrativo oggetto di un ricorso era l'eccezione mentre la regola era la presunzione di legalità che l'abilitava per la sua esecutività. La legge n. 62 del 1978, invertì il criterio e, in materia di ordine pubblico, stabilì con effetto automatico diretto la sospensione dell'atto. In seguito, questo automatismo fu soppresso con la Legge Organica del 21 febbraio 1992, n. 1, sulla Protezione della Sicurezza Cittadina. Inoltre, la nuova LJCA prescinde dallo stabilire qualsiasi regola nel senso attualmente vigente,

che fino ad ora possa vincolare il giudice, e si rimettono alla valutazione di quest'ultimo, gli interessi in conflitto per determinarne l'opportunità, sia della esecutività dell'atto sia, ove possibile, dell'applicazione della misura cautelare che ne deriva. L'art. 130 lo esprime nei seguenti termini:

«1. Previa valutazione circostanziata di tutti gli interessi in conflitto, la misura cautelare potrà concedersi unicamente quando l'esecuzione dell'atto o l'applicazione della disposizione potrebbero far perdere la sua finalità legittima al ricorso.

2. La misura cautelare potrà negarsi quando da questa potrebbe seguire grave danno degli interessi generali o di terzi che il Giudice o il Tribunale esaminerà in forma circostanziata».

Probabilmente, questa importante modifica incorporata alla LJCA può essere stata causata dagli abusi cui a suo tempo dette luogo la regola favorevole alla sospensione, nella misura in cui – specialmente, nei primi anni di vigore della legge n. 62 del 1978 – costituì un certo richiamo per i ricorrenti, i quali erano più preoccupati a rimandare il processo, attraverso un atto valutativo sulla richiesta di sospensione, che desiderosi di argomentare in modo fattibile l'opportunità della misura cautelare sollecitata.

Contro questa tendenza, a volte con risvolti patologici, manifestata nei primi tempi, i Tribunali Superiori di Giustizia delle Comunità Autonome ed anche la giurisprudenza del Tribunale Supremo risposero stabilendo alcuni ragionevoli criteri di ammissione dei ricorsi, tendenti ad evitare gli eccessi dei ricorrenti. Essenzialmente, fra gli altri requisiti, questi criteri obbligavano ad una esposizione ragionata dei motivi del ricorso riguardo la lesione dei diritti fondamentali, non unicamente nella comunicazione della domanda ma già dal primo momento processuale, vale a dire, nella proposizione del ricorso. In questo modo si cercava di impedire un uso strumentale del ricorso speciale, tramite una semplice invocazione letterale di precetti costituzionali, carente di qualsiasi fondamento [26]. Il conseguente risultato supponeva una razionalizzazione del procedimento in quest'aspetto concreto.

Inoltre, siano queste o altre le ragioni invocate, certo è che la soluzione adottata, consistente nel rimettere unicamente alla valutazione giudiziale la decisione ultima sull'opportunità della misura cautelare che sia conveniente applicare, non è una buona soluzione. Non lo è perché ciò che spiega in questo procedimento è la tutela dei diritti fondamentali della persona attraverso una via preferenziale e sommaria, concepita come una garanzia giurisdiziona-

[26] Si veda sulla problematica dell'ammissibilità dei ricorsi, il mio lavoro, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, CEC, Madrid, 1995, p. 146.

le che si proietta su ciò che costituisce lo statuto della libertà dell'individuo. Ciò significa che il contenzioso amministrativo fra il ricorrente ed un potere pubblico, stabilito innanzi all'organo giudiziale, non può trascurare la validità del principio *in dubio pro libertatis* come asse d'equilibrio di tutto il rapporto giuridico, specialmente intenso quando una delle parti è l'Amministrazione Pubblica.

Non si tratta, pertanto, di invocare la necessità della sospensione dell'atto impugnato né di una indiscriminata applicazione dell'antica regola prevista nella legge n. 62 del 1978. Piuttosto, bisognerebbe mantenere detta regola ma con un adeguato equilibrio tra le parti nell'applicazione dell'onere della prova delle rispettive pretese, stabilendo un maggior grado di esigenza per l'Amministrazione Pubblica nella sua condizione di depositaria dell'interesse generale. In questo contesto, naturalmente, l'organo giudiziale dovrà anche svolgere il necessario lavoro di ponderazione degli interessi in conflitto, interessi che dovrebbero essere argomentati con la dovuta diligenza da entrambe le parti – e non solo da parte dell'Amministrazione – ma con una variante fondamentale: se l'interesse pubblico non ne rimane intaccato, la soluzione più garantista deve essere l'applicazione della misura cautelare che meglio si addice alla tutela cautelare del diritto.

In senso contrario, si potrà argomentare che il contenuto dell'art. 130 della nuova LJCA non impedisce una impostazione come quella che è stato detto prima. Senza dubbio, l'opzione della legge n. 29 del 1998 è di accordare al Giudice o Tribunale competenti il massimo grado di decisione sulla opportunità della misura cautelare, carente, pertanto, di qualsiasi criterio predeterminato che permetta di impedire l'esecutività dell'atto impugnato. In questo senso, il mantenimento della regola stabilita dalla legge n. 62 del 1978, combinato con una adeguata e congiunta applicazione per ogni caso, delle regole del *fumus boni iuris*, del *periculum in* mora e dell'interesse pubblico deducibile dalla situazione, sarebbe stata una soluzione ugualmente ragionevole rispetto a quella adottata, ma senza dubbio più garantista e sensibile verso la tutela cautelare dei diritti fondamentali.

La scarsa esperienza nell'applicazione della nuova Legge Giurisdizionale non permette di fornire dati al riguardo. In ogni caso, da alcuni Atti del TS si comprende che i criteri consolidati sull'applicazione delle misure cautelari continuano sempre ad esser tenuti in considerazione. Così, il recente ATS del 23 aprile 1999, sul R.D. 5 febbraio 1999, n. 214, che approva il Regolamento dell'Imposta sulla Rendita delle Persone Fisiche, insiste nell'adozione di misure provvisorie che permettano di assicurare il risultato di un processo, non deve contemplarsi come un'eccezione, ma bensì come una facoltà che l'organo giudiziale può esercitare sempre che sia necessario, essendoci fondamento per la sua adozione, qualsiasi sia la sua natura, in quanto l'esecuzio-

ne dell'atto o l'applicazione della disposizione possono far perdere la finalità del ricorso, ma sempre sulla base di una ponderazione sufficientemente motivata di tutti gli interessi in conflitto; in questo senso, l'unica finalità deve essere quella di assicurare l'effettività della sentenza. Per questo motivo bisogna valutare rigorosamente la preminenza degli interessi in conflitto [27].

## 4. La tutela cautelare non opera allo stesso modo nell'*amparo* ordinario e in quello costituzionale

La sospensione di un atto o di una risoluzione come misura cautelare è inoltre prevista dalla legge 3 ottobre 1979, n. 2 sul Tribunale Costituzionale. L'art. 56.1 stabilisce che la Sala che abbia conoscenza di un ricorso di *amparo* sospenderà, d'ufficio o su istanza del ricorrente, l'esecuzione dell'atto dei poteri pubblici in ragione del quale si reclami l'*amparo* costituzionale quando l'esecuzione possa causare un danno tale da far perdere alla difesa la sua finalità. Senza dubbio, potrà negare la sospensione quando da questa possa derivarne un danno grave agli interessi o ai diritti fondamentali o alle libertà pubbliche di un terzo.

A partire da qui, la giurisprudenza del TC stabilisce alcuni criteri di differenziazione della sospensione come misura cautelare a seconda che operi nell'ambito della giurisdizione ordinaria o lo faccia in sede costituzionale. Così, nella giurisdizione ordinaria, fino alla nuova LJCA, la sospensione dell'atto impugnato è stata intesa come un criterio di applicazione generale salvo che si giustifichi un danno grave per l'interesse collettivo. È per questo che la misura cautelare è stata la regola generale e non l'eccezione, così come l'intendeva la vecchia Legge Giurisdizionale. Dopo la nuova legge n. 29 del 1998, questo criterio è variato in senso obiettivamente meno garantista. Oggi è il giudice ordinario che dispone di un margine decisionale più ampio sulla materia, cioè con una certa equiparazione dinanzi all'applicazione della misura cautelare della sospensione, fra la posizione dei tribunali ordinari e del Tribunale Costituzionale.

Nel procedimento di *amparo* costituzionale, affinché la sospensione sia obbligatoria, è necessario che l'adempimento dell'atto impugnato abbia come effetto che l'*amparo* perda la sua finalità.

---

[27] È il caso di citare l'Atto del 27 aprile 1999, del Tribunale Provinciale di Vizcaya, emanato in un procedimento incidentale, sulla protezione della libertà intellettuale; e, anteriormente, la sentenza del TSJ della Catalogna del 16 gennaio 1998 in un procedimento amministrativo iniziato dal ricorrente a protezione di un suo diritto alla presunzione d'innocenza.

La netta differenza dei criteri esistenti fino all'entrata in vigore della nuova LJCA era così spiegata dal TC «(…) l'atto ricorso in *amparo* deve essere di norma riesaminato e confermato dai Tribunali di Giustizia perché goda della presunzione di legalità e costituzionalità propria delle risoluzioni giudiziali, cosa che non avviene quando l'atto oggetto del dibattito sia inizialmente sottoposto alla giurisdizione di quei Tribunali» [28].

È importante sottolineare che il TC stabilisce questo criterio in funzione di differenti momenti processuali. Quando l'oggetto della *litis* è la difesa dei diritti fondamentali in via processuale ordinaria, è logico che la sola clausola dell'interesse generale possa operare come eccezione alla sospensione dell'atto o disposizione amministrativa oggetto del ricorso. Si tratta con ciò di fornire tutela giuridica al ricorrente in modo che la sua pretesa, alla fine, sia risolta con un procedimento giudiziale e non attraverso la semplice e tassativa esecutività dell'atto amministrativo. La finalità della misura cautelare è quella di preservare l'integrità del diritto leso e procurare l'attenuazione degli effetti dell'atto amministrativo o disposizione amministrativa mediante la sua sospensione; e se realmente un diritto fondamentale è stato leso, la soluzione giudiziaria non può essere altra che l'annullamento della sua efficacia.

Al contrario, quando il conflitto avviene in sede costituzionale, la sospensione ha per oggetto evitare che l'eventuale valutazione del ricorso di *amparo* risulti più o meno vana. Per esempio, questo è il caso del giornalista condannato ad una pena di privazione della libertà con sentenza irrevocabile, che presenti ricorso di *amparo* in difesa del suo diritto alla libertà di espressione e al diritto all'informazione [29] e intanto che il TC non si pronunci sulla pretesa dell'attore, su istanza di questi o d'ufficio, «la Sala che sia a conoscenza (del ricorso di amparo) sospenderà l'esecuzione dell'atto dei poteri pubblici in ragione del quale si richieda un *amparo* costituzionale, quando l'esecuzione dovesse causare un danno – un periodo più o meno prolungato di privazione della libertà – che farebbe perdere all'*amparo* la sua finalità». In ogni caso, la sospensione potrà essere negata quando da questa «possa derivare un danno grave degli interessi generali, o dei diritti fondamentali o delle libertà pubbliche di un terzo» (art. 56.1 LOTC) [30]. Pertanto, l'elemento differenziante del

---

[28] ATC n. 529 del 1983, dell'8/XI.FJ 1.

[29] STC 15 febbraio 1990, n. 20.

[30] Più recentemente, nella sua ATC n. 110 del 1996, FJ 2, il TC sostiene che «quando il ricorso è diretto contro decisioni giudiziali, quell'interesse generale consiste precisamente nella sua esecuzione, in quanto in tali casi è necessario che si verifichi un danno irreparabile (…). Trattandosi di decisioni con effetti meramente economici, la dottrina generale di questo Tribunale ritiene che l'esecuzione degli stessi non provochi alcun danno irreparabile. Ebbene nei casi in cui si porti a compimento il trasferimento definitivo di un bene determinato (in questo

procedimento di amparo ordinario è, per il TC, la sua obbligatorietà salvo le eccezioni che motivi di interesse generale possano generare.

Inoltre, queste ragionevoli differenze argomentate dalla giurisdizione costituzionale sono rimaste stemperate dalle nuove previsioni stabilite nella LJCA. Oggi, i giudici e i tribunali ordinari dispongono di un superiore margine decisionale per applicare la giustizia cautelare. L'esperienza della tutela dei diritti fondamentali da parte dei tribunali ordinari in Spagna ha suscitato, senza dubbio, richieste infondate per l'applicazione della sospensione cautelare, ma la risposta della giurisdizione ordinaria ha consolidato alcuni criteri ragionevoli sulla adeguata utilizzazione di questa misura che in futuro non dovranno essere ignorati.

---

caso, attraverso un'asta) ha dichiarato questo Tribunale che i fini del ricorso resterebbero compromessi: per eccezione si dovranno prendere quelle misure cautelari che evitino tale conseguenza».

# La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: una cronaca

di *Elena Paciotti*

SOMMARIO: 1. I precedenti. – 2. Le decisioni dei Consigli di Colonia e di Tampere. – 3. L'attività della «Convenzione». – 4. Il linguaggio della Carta. – 5. I contenuti. – 6. La struttura. – 7. Il rapporto con la CEDU. – 8. Alcuni commenti.

## 1. I precedenti

La «storia» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che ha visto la luce nell'anno 2000 – affonda le sue radici nei decenni precedenti.

Basta consultare gli atti del Parlamento europeo: si va dalla risoluzione sull'Unione europea del 1975 [1] circa la necessità di una Carta dei diritti fondamentali, alla risoluzione del 16 novembre 1977 [2], che invitava la Commissione a elaborare proposte in tema di diritti fondamentali alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, del Patto internazionale delle Nazioni Unite del 1966 e dei diritti civili e politici previsti dalle costituzioni degli Stati membri; dal Progetto Spinelli di Trattato dell'Unione europea, approvato il 14 febbraio 1984 [3], alla risoluzione del 12 aprile 1989 sull'adozione di una dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali (rapporto De Gucht [4]); dalle risoluzioni del 1991 sulla cittadinanza dell'Unione [5], alla risoluzione del 10 febbraio 1994 sulla Costituzione dell'Unione europea (rap-

[1] *G.U.C.E.*, 16 agosto 1975, n. C 179, p. 29.

[2] *G.U.C.E.*, 12 dicembre 1977, n. C 299, p. 26.

[3] *G.U.C.E.*, 19 marzo 1984, n. C 77, p. 33.

[4] *G.U.C.E.*, 16 maggio 1989, n. C 120, p. 51.

[5] *G.U.C.E.*, 28 gennaio 1991, n. C 19, p. 65.

porto Herman [6]), a quella del 19 novembre 1997 sul Trattato di Amsterdam (rapporto De Vigo-Tsatsos) [7].

È una storia più che ventennale di tentativi da parte del Parlamento europeo di definire un assetto giuridico della Comunità prima e dell'Unione poi che ne facessero una Comunità politica e non solo economica, un'Unione di cittadini e non solo di Stati.

Più di recente questi tentativi sono stati accompagnati da iniziative della Commissione, che ha demandato a comitati di «saggi» il compito di elaborare documenti e proposte in tema di diritti fondamentali. Nel 1996 la relazione del Comitato presieduto da Maria de Lourdes Pintasilgo [8] sosteneva che dovessero essere iscritti insieme nei Trattati i diritti civili e i diritti sociali, insistendo sulla loro indivisibilità. Nel 1999 il Comitato presieduto da Spiro Simitis [9], nell'individuare i contenuti di un *Bill of rights* europeo di carattere aperto, adattabile ai mutamenti «che porranno sempre nuove sfide sul piano dei diritti fondamentali, come rivela l'esperienza nel campo delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni e della biotecnologia», sosteneva che esso avrebbe dovuto rendere «visibili» ai cittadini i diritti fondamentali e assumere la funzione «di componente essenziale di una vera e propria Costituzione europea, anche qualora la sua approvazione avvenisse per l'unica via possibile in base al diritto attualmente vigente, cioè mediante una modifica dei trattati europei».

Nonostante i progressi compiuti con il Trattato di Maastricht – che si apriva con il riconoscimento dei «diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» [10] – con il Trattato di Amsterdam – che ha introdotto il principio della cittadinanza europea [11] e ha previsto un'apposita procedura per sanzionare l'eventuale violazione grave e persistente dei principi di libertà, democrazia e rispetto dei

---

[6] *G.U.C.E.*, 28 febbraio 1994, n. C 61, p. 155.

[7] *G.U.C.E.*, 8 dicembre 1997, n. C 371.

[8] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Per un'Europa dei diritti sociali e del cittadino*, Relazione del Comitato di esperti, Lussemburgo, 1996.

[9] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali: per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea. È tempo di agire*, Bruxelles, febbraio 1999. Cfr., in proposito, A. PIZZORUSSO, *Il rapporto del Comitato Simitis*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, II, 1999, p. 557.

[10] Cfr. art. 6, secondo comma, TUE.

[11] Cfr. Art. 17 TCE.

diritti umani da parte di uno Stato membro [12] – tutti questi tentativi erano rimasti senza esito. La filosofia prevalente dei governi dei Paesi membri appariva ispirata a quello che Stefano Rodotà ha definito il «minimalismo costituzionale» che, unito al «riduzionismo economico», finisce per affidare la costruzione dell'Europa ai meccanismi dell'economia, che impone i suoi principi, «schiacciando tutti i diritti non immediatamente riconducibili al funzionamento del mercato» [13].

## 2. Le decisioni dei Consigli di Colonia e di Tampere

Improvvisamente, per una serie di ragioni che sarebbe qui difficile analizzare, legate verosimilmente alla necessità di dare risposta alle diffuse inquietudini sul ruolo dell'Europa conseguenti all'intervento militare nei Balcani [14] ed anche alla progressiva disaffezione dei cittadini verso un'Unione percepita come un burocratico regolamento delle attività economiche, lontano dalle loro esigenze, la decisa iniziativa della presidenza tedesca, di turno nel primo semestre del 1999, di dar vita ad una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ha un inatteso successo.

La recente cronaca della stesura e dell'adozione della Carta dei diritti ha dunque inizio ai primi di giugno del 1999 allorché il Consiglio di Colonia così stabiliva nelle sue conclusioni (ai punti 44 e 45, in cui si ritrova un'eco delle raccomandazioni del Comitato Simitis):

«Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

Il Consiglio europeo ritiene che, allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione europea, i diritti fondamentali vigenti a livello dell'unione debbano essere raccolti in una Carta e in tal modo resi più manifesti.

A tale scopo ha formulato la decisione che figura nell'allegato IV. La futura presidenza è invitata, per il Consiglio europeo straordinario che si svolgerà a Tampere il 15 e il 16 ottobre 1999 a creare i presupposti per l'attuazione di tale decisione».

La decisione è così illustrata nell'allegato IV:

---

[12] Cfr. art. 7 TUE.

[13] Cfr. S. Rodota, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Bari, 1999, pp. 71-72.

[14] Cfr. G. Bronzini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (ovvero l'Europa dopo la guerra in Kosovo e la crisi austriaca)*, in *Questione giustizia*, 2000, p. 937 ss.

«La tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità. L'obbligo dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali è confermato e definito dalla Corte di giustizia europea nella sua giurisprudenza. Allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione è necessario elaborare una Carta di tali diritti al fine di sancirne in modo visibile l'importanza capitale e la portata per i cittadini dell'Unione.

Il Consiglio europeo ritiene che la Carta debba contenere i diritti di libertà e uguaglianza, nonché i diritti procedurali fondamentali garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. La Carta deve inoltre contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione. Nell'elaborazione della Carta occorrerà inoltre prendere in considerazione diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (art. 136 TCE), nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione.

Il Consiglio europeo è del parere che un progetto di siffatta Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dovrebbe essere elaborato da un organo composto di delegati dei capi di Stato o di governo e del Presidente della Commissione europea, nonché di membri del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali. Rappresentanti della Corte di giustizia europea dovrebbero partecipare in qualità di osservatori. Rappresentanti del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e di gruppi sociali ed esperti dovrebbero essere invitati a esprimere il proprio parere. Il segretariato dovrebbe essere assicurato dal Segretariato generale del Consiglio.

Questo organo dovrà presentare un progetto in tempo utile prima del Consiglio europeo del dicembre 2000. Il Consiglio europeo proporrà al Parlamento europeo e alla Commissione di proclamare solennemente, insieme con il Consiglio, una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sulla base di detto progetto. Successivamente occorrerà esaminare l'eventualità e le modalità necessarie per integrare la Carta nei trattati. Il Consiglio europeo incarica il Consiglio "Affari generali" di prendere le iniziative necessarie prima del Consiglio europeo di Tampere».

La decisione del Consiglio crea fermento nel Parlamento europeo: si apprezza l'iniziativa, si approva l'icastica affermazione che la «legittimità» dell'Unione risieda nella tutela dei diritti fondamentali, ma ci si domanda se non finirà per esserci una prevalenza dei governi anche nella definizione dei contenuti della Carta, fino a farne una Carta «*octroyée*». Ci si domanda che

significato abbia la presenza nell'organo incaricato di redigere la Carta di delegati dei Parlamenti nazionali, che non sono, a differenza degli altri membri, rappresentanti delle istituzioni dell'Unione. Allarmato per il rischio di vedere emarginato il suo ruolo, il Parlamento europeo il 16 settembre 1999 adotta una risoluzione con la quale afferma che l'elaborazione della Carta implica «la responsabilità congiunta delle due istituzioni su cui poggia la legittimità dell'Unione: il Consiglio (per gli Stati membri) e il Parlamento europeo (per i popoli europei)» e quindi chiede «che il numero dei deputati al Parlamento europeo sia pari a quello dei rappresentanti dei capi di Stato e di governo degli Stati membri al fine di conferire visibilità all'uguaglianza fra tali due componenti e di consentire una rappresentanza adeguata delle varie correnti e sensibilità politiche presenti al Parlamento europeo». Con la stessa risoluzione il Parlamento «sottolinea la necessità di un approccio aperto e innovatore nei confronti del carattere della Carta, della natura dei diritti che dovranno figurarvi, nonché del suo ruolo e del suo statuto nell'evoluzione costituzionale dell'Unione» e chiede «che la trasparenza dei lavori sia assicurata in modo adeguato; che il contributo delle ONG e dei cittadini sia altresì assicurato e che siano organizzate audizioni pubbliche».

Il Consiglio europeo, riunito di nuovo a Tampere nell'ottobre 1999, dichiara nelle sue conclusioni che «in stretta relazione con lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, il Consiglio europeo ha approvato la composizione, il metodo di lavoro e le modalità pratiche (riportati in allegato) concernenti l'organo preposto all'elaborazione di un progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esso invita tutte le parti interessate ad adoperarsi affinché i lavori per la Carta possano iniziare rapidamente». Nell'allegato, il cui testo è riprodotto in nota [15], le richieste del Parlamento risultano accolte quan-

---

[15] «**A. Composizione dell'organo**

*i) Membri*

a) *Capi di Stato o di Governo degli Stati membri*

Quindici rappresentanti dei Capi di Stato o di Governo degli Stati membri.

b) *Commissione*

Un rappresentante del Presidente della Commissione europea.

c) *Parlamento europeo*

Sedici membri del Parlamento europeo designati da quest'ultimo.

d) *Parlamenti nazionali*

Trenta membri dei Parlamenti nazionali (due per ogni Parlamento nazionale) designati dai Parlamenti nazionali stessi.

I membri possono farsi rappresentare da sostituti qualora non siano in grado di presenziare a riunioni dell'organo.

*ii) Incarico del Presidente e del Vicepresidente dell'organo*

Il Presidente dell'organo è eletto dall'organo stesso. Un membro del Parlamento euro-

to al numero dei deputati europei e alla trasparenza e pubblicità dei lavori, ma il dato più innovativo e rilevante resta quello della partecipazione dei rappre-

---

peo, un membro di un Parlamento nazionale e il rappresentante del Presidente del Consiglio europeo, qualora non eletto alla Presidenza, svolgono l'incarico di Vicepresidenti.

Il membro del Parlamento europeo che svolge l'incarico di Vicepresidente è eletto dai membri del Parlamento europeo che fanno parte dell'organo. Il membro di un Parlamento nazionale che svolge l'incarico di Vicepresidente è eletto da membri dei Parlamenti nazionali che fanno parte dell'organo.

*iii) Osservatori*

Due rappresentanti della Corte di giustizia delle Comunità europee designati dalla Corte.

Due rappresentanti del Consiglio d'Europa, tra cui uno della Corte europea dei diritti dell'uomo.

*iv) Organi dell'Unione europea da invitare a esprimere il loro parere*

Comitato economico e sociale

Comitato delle regioni

Mediatore

*v) Scambio di opinioni con gli Stati candidati*

L'organo o il Presidente e gli Stati candidati procederanno a un appropriato scambio di opinioni.

*vi) Altri organismi, gruppi sociali o esperti da invitare a esprimere il loro parere*

Altri organismi, gruppi sociali ed esperti possono essere invitati dall'organo ad esprimere i loro pareri.

*vii) Segretariato*

Il Segretariato generale del Consiglio provvederà ai servizi di segretariato dell'organo. Per assicurare un adeguato coordinamento, saranno stabiliti stretti contatti con il Segretariato generale del Parlamento europeo, con la Commissione e, nella misura necessaria, con i segretariati dei Parlamenti nazionali.

**B. Metodi di lavoro dell'organo**

*i) Preparazione*

Il Presidente dell'organo, in stretta concertazione con il Vicepresidente, propone un piano di lavoro per l'organo e svolge gli altri lavori preparatori necessari.

*ii) Trasparenza dei lavori*

In linea di massima, le riunioni dell'organo e i documenti ivi presentati dovrebbero essere pubblici.

*iii) Gruppi di lavoro*

L'organo può istituire gruppi di lavoro ad hoc che saranno accessibili a tutti i membri dell'organo.

*iv) Redazione della Carta*

In base al piano di lavoro convenuto dell'organo, un comitato di redazione costituito dal Presidente, dal Vicepresidente e dal rappresentante della Commissione, assistito dal Segretariato generale, elabora un progetto preliminare di Carta, tenendo conto delle proposte di redazione presentate dai membri dell'organo.

Ciascuno dei tre Vicepresidenti consulta regolarmente la rispettiva componente dell'organo da cui proviene.

*v) Elaborazione del progetto di Carta da parte dell'organo*

Quando il Presidente dell'organo, in stretta concertazione con il Vicepresidente, ritiene che il testo del progetto di Carta elaborato dall'organo possa infine essere sottoscritto da tutte le Parti, lo trasmette al Consiglio europeo seguendo la consueta procedura preparatoria.

sentanti dei Parlamenti nazionali, in numero di trenta, due per ogni Parlamento (cioè uno per ogni Camera). Le perplessità iniziali facevano leva sulla considerazione che, mentre gli altri componenti potevano considerarsi dei veri e propri rappresentanti delle istituzioni di provenienza – nel senso che i rappresentanti dei Capi di Stato e di governo e il rappresentante del presidente della Commissione erano direttamente responsabili verso il loro mandante, e i parlamentari europei, designati dal Parlamento secondo le modalità politiche proporzionali proprie di quest'organo, avrebbero anche ricevuto un vero e proprio mandato dal Parlamento europeo – ciascun membro dei Parlamenti nazionali appariva «rappresentare» da solo un'assemblea pluralista priva di posizione comune. Ben presto, tuttavia, le iniziali perplessità scompaiono, di fronte all'evidenza del contributo offerto da questa inconsueta presenza, che si rivelerà assolutamente preziosa come tramite con opinioni pubbliche, esperienze politiche e tradizioni giuridiche altrimenti difficilmente interpretabili.

## 3. L'attività della «Convenzione»

L'organo così costituito si riunisce per la prima volta a Bruxelles il 17 dicembre 1999. Elegge come suo presidente il giurista Roman Herzog, già Presidente della Repubblica federale di Germania e delibera di darsi il nome di Convenzione.

Dopo nove mesi di intenso lavoro, conclude i suoi lavori con la seduta solenne del 2 ottobre 2000, nella quale viene data lettura di una lettera del presidente Herzog, che (come previsto nelle disposizioni di Tampere) trasmette il testo della Carta – sulla quale attesta esservi il consenso di tutte le componenti della Convenzione – al Consiglio europeo.

Fin dalla prima riunione della Convenzione, la discussione è stata assai vivace, non solo riguardo ai temi di competenza propria, cioè su quali dovessero essere i diritti da inserire nella Carta, ma anche su temi rispetto ai quali la Convenzione non aveva potere di decidere: quale fosse lo *status* giuridico della Carta, quali le conseguenze della Carta sulle costituzioni e sulle legislazioni nazionali, eccetera.

Le molte e reiterate discussioni su questi temi non potevano che concludersi con il richiamo a quanto fin dall'inizio convenuto concordemente in

---

**C. Modalità pratiche**

L'organo terrà le sue riunioni a Bruxelles, alternativamente negli edifici del Consiglio e del Parlamento europeo.

Per le riunioni dell'organo si applicherà il regime linguistico integrale».

seno alla Convenzione, su proposta del presidente Herzog: che cioè la Carta dovesse essere redatta «come se» si trattasse di un testo avente valore giuridico e non di una mera dichiarazione politica. Solo in questo modo infatti si sarebbe potuto consentire alla Conferenza Intergovernativa, convocata per la riforma dei Trattati e destinata a concludersi alla fine del 2000 sotto presidenza francese, di decidere l'eventuale inserimento o il richiamo della Carta nel testo dei Trattati.

La trasparenza dei lavori è stata totale: il pubblico aveva libero accesso alle sale di riunione della Convenzione e tutti i documenti venivano pubblicati su un apposito sito Internet, accessibile a tutti.

Vi è stata una notevole produzione di documenti e di suggerimenti, non soltanto da parte dei membri della Convenzione (che hanno presentato oltre mille emendamenti) ma anche da parte di associazioni private, lobbies, studiosi, ecc. Sono state organizzate audizioni dei Paesi candidati all'adesione e di un gran numero di organizzazioni non governative che ne avevano fatto richiesta.

I lavori procedevano sulla base di documenti predisposti dalla presidenza («*presidium*»), composta oltre che dal Presidente, dai Vicepresidenti (il liberale finlandese Gunnar Jansson, eletto dai rappresentanti dei Parlamenti nazionali e il popolare Inhigo Mendez de Vigo, eletto dai rappresentanti del Parlamento europeo), dal rappresentante della Commissione (il Commissario Antonio Vitorino) e dal rappresentante del presidente di turno del Consiglio (per il primo semestre 2000 Bacelar de Vasconcelos ha rappresentato la presidenza portoghese, per il secondo semestre Guy Braibant ha rappresentato la presidenza francese), costituita in comitato di redazione. I testi venivano discussi dalla Convenzione e poi rielaborati sulla base degli orientamenti emersi nella discussione e degli emendamenti presentati e di nuovo sottoposti all'esame della Convenzione, senza che si procedesse a votazione, ma ricercando ogni volta il più ampio consenso, per aggiustamenti progressivi.

L'inedita composizione e questo insolito metodo di lavoro hanno costituito le chiavi di volta dell'insperato successo della Convenzione; la varietà e complessità della composizione personale e la pubblicità dei lavori hanno favorito la sintesi delle proposte [16], la razionalità del dibattito, la considerazione dei punti di vista altrui ed evitato tatticismi e astrusità.

---

[16] Per esempio, non pochi dei membri della Convenzione hanno presentato proposte comuni, per evitare dispersioni e facilitarne l'approvazione: così è accaduto per tre dei componenti italiani (il prof. Stefano Rodotà, rappresentante del Capo del Governo, il sen. Andrea Manzella, rappresentante del Senato e chi scrive, rappresentante del Parlamento europeo); altre proposte comuni sono venute dalle donne della Convenzione, dagli aderenti al gruppo socialista e, nelle sedute conclusive, dai rappresentanti del Parlamento europeo, che hanno previamente negoziato fra loro il testo degli ultimi emendamenti considerati essenziali.

Il metodo dell'approvazione per consenso ha evitato di registrare maggioranze variabili su singoli punti, per cercare invece sintesi che rispondessero alle esigenze più diffuse e insieme tenessero conto del peso delle varie obiezioni, cioè dell'irrinunciabilità o meno delle stesse da parte di chi le formulava. In questo modo si è raggiunta, da un lato, un'adesione al testo finale più vasta di quella che sembrava manifestarsi sui singoli punti e, dall'altro, la formulazione di un testo complessivamente equilibrato, coerente in tutte le sue parti.

## 4. Il linguaggio della Carta

Il linguaggio della Carta presenta una duplice novità.

Innanzi tutto, è, per la prima volta nell'Europa dove vige tuttora una «Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo» (non dei diritti umani, o dei diritti delle persone), un linguaggio non sessista, come è stato richiesto unanimemente dalle donne componenti della Convenzione (il cui numero, purtroppo, non ha rappresentato affatto una novità, costituendo esse una piccola minoranza dei componenti, solo 9 su 62 titolari, 15 in tutto comprese le supplenti).

In secondo luogo è un linguaggio chiaro ma poco ispirato, non ha l'afflato, l'eleganza, l'anima che derivano da un'unica visione del mondo, quali spesso si ritrovano nelle costituzioni nazionali o nelle dichiarazioni dei diritti redatte da una ristretta élite. La Carta infatti non è stata redatta in un'unica lingua, ma contemporaneamente nelle undici lingue ufficiali dell'Unione, ed anche se i testi base venivano redatti prevalentemente in francese e in inglese, e poi tradotti, dovevano tener conto di contributi offerti in tutte le lingue, che rappresentavano punti di vista anche molto diversi.

Quest'ultima caratteristica mostra bene la singolare natura della Carta. Prodotto razionale, forse illuministico, di un grande disegno, essa rappresenta la sintesi dei principi di civiltà su cui si fonda la convivenza dei popoli e delle nazioni europee, una convivenza delle diversità. Diversità di tradizioni culturali, di lingue, di religioni, di etnie, che possono coesistere in una comunità di diritto (o dei diritti), grazie al riconoscimento dei diritti fondamentali di ogni persona: ciò che presuppone il rispetto della pari dignità di ciascuno.

Di qui la necessaria laicità delle istituzioni comuni e il rifiuto a che si facciano interpreti di un unico, per quanto diffuso o nobile, retaggio culturale o religioso.

## 5. I contenuti

I contenuti della Carta corrispondono sostanzialmente al mandato di Colonia: ci sono i diritti civili e politici, i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione, i diritti economici e sociali. Il lavoro richiesto alla Convenzione in questo contesto sembrava essere più un lavoro di compilazione che di innovazione. È però del tutto evidente che un organismo composto di soggetti legittimati non tanto dalla loro competenza giuridica – anche se vi erano persone indubbiamente di elevatissima competenza tecnica – quanto da una rappresentatività istituzionale e politica, non poteva produrre un risultato che fosse privo di forti elementi creativi. Essi, tuttavia, non tradiscono affatto il mandato di Colonia. Infatti, la Carta risulta essenzialmente da una sorta di lavoro di codificazione realizzato a partire da fonti di ispirazione diversa: quelle citate già nel mandato di Colonia, alle quali si sono aggiunte poi diverse convenzioni internazionali sottoscritte dai quindici Stati membri nell'ambito del Consiglio d'Europa, delle Nazioni Unite, dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Questi testi, sottoscritti da tutti i quindici Paesi membri, indicano un consenso generale sui principi in essi contenuti. Si è poi fatto ricorso al diritto comunitario primario dei Trattati, al diritto derivato delle direttive e dei regolamenti ed anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il ricorso a questa molteplicità di fonti ha consentito di trovare adeguati fondamenti ed un consenso sufficiente anche su alcuni nuovi diritti, che, sebbene vigenti, non sono tuttavia ancora esplicitamente consacrati a livello di diritti fondamentali. Si tratta per lo più della tutela di valori tradizionali a fronte di nuovi rischi, il rovescio della medaglia delle società del benessere e dello sviluppo delle nuove tecnologie: la protezione dei dati personali e i principi relativi alla bioetica (per la formulazione dei relativi articoli decisivo è stato il contributo del prof. Rodotà); il diritto a una buona amministrazione (che è uno dei diritti dei cittadini europei), oltre ai già noti diritti fondamentali di nuova generazione come il diritto all'ambiente o il diritto dei consumatori.

## 6. La struttura

Fra le caratteristiche più innovative della Carta vi è la sua struttura: non solo originale, ma elegante e significativa, è dovuta a una proposta del prof. Guy Brabant. Essa consta, oltre che di un preambolo (la proposta per la sua prima stesura è stata dei rappresentanti italiani), di 50 articoli, che non sono

più suddivisi secondo le tradizionali distinzioni tra diritti civili e politici, diritti sociali ed economici, ma sono raggruppati intorno a sei valori fondamentali: la dignità (artt. da 1 a 5), la libertà (artt. da 6 a 19), l'uguaglianza (artt. da 20 a 26), la solidarietà (artt. da 27 a 38), la cittadinanza (artt. da 39 a 46) e la giustizia (artt. da 47 a 50), oltre poi a quattro articoli (dal 51 al 54) contenenti disposizioni generali.

L'articolazione del testo intorno a questi sei grandi valori colloca allo stesso livello tutti i diritti fondamentali e perciò ne sottolinea l'indivisibilità. Questa concezione dell'indivisibilità è stata richiamata più volte nell'ambito della Convenzione soprattutto da parte socialista e alla fine è stata accettata. Ciò ha permesso di superare le ricorrenti obiezioni all'introduzione di alcuni principi o diritti fondate sull'argomento secondo cui non occorreva contemplare nella Carta la tutela di diritti fondamentali la cui attuazione non rientrasse nelle competenze della Comunità o dell'Unione. Questa, per la verità, è sempre stata un'obiezione molto contraddittoria, perché non veniva sollevata a proposito dei diritti classici contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che spesso concernono materie che sono tuttora di esclusiva competenza degli Stati (il regolamento del processo penale, il divieto della pena di morte) bensì a proposito dei diritti economici e sociali. I quali sono invece molto più direttamente coinvolti, rispetto ai diritti contemplati dalla Convenzione europea, dalle attività di competenza comunitaria.

Il criterio della indivisibilità, oltre a rispondere a un ovvio principio di necessaria coesistenza e interrelazione fra i vari diritti fondamentali e consentire quindi l'adeguata interpretazione della portata di ciascuno nel contesto di tutti gli altri, risponde anche ad altre esigenze. Esso, infatti, consente di far sì che la Carta costituisca un quadro permanente nell'evoluzione che è tuttora in corso e nell'eventuale ridefinizione delle competenze delle istituzioni e degli organi dell'Unione: se una modificazione dei Trattati amplierà la competenza delle istituzioni europee e verrà condivisa una parte maggiore di sovranità sinora lasciata ai singoli Stati, non bisognerà cambiare la Carta per contemplare un nuovo diritto fondamentale.

Il fatto che alcuni diritti riservati ai cittadini e a coloro che risiedono nell'Unione siano raggruppati sotto il titolo «cittadinanza» mette poi in evidenza il principio dell'universalità dei diritti fondamentali elencati negli altri capitoli: essi spettano a chiunque. Taluni di questi diritti, tuttavia, sono riconosciuti a determinate categorie di persone (indipendentemente dalla cittadinanza), che rispondono a requisiti specifici, meritevoli di una particolare tutela: i lavoratori, con riferimento ad alcuni diritti sociali, i minori (art. 24), gli anziani (art. 25), i disabili (art. 26).

## 7. Il rapporto con la CEDU

Com'è noto, i quindici Stati membri dell'Unione europea hanno, ciascuno separatamente e in tempi diversi, sottoscritto e ratificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953. Ad essa aderiscono molti altri Stati europei (in tutto 41) che non fanno parte dell'Unione, ma fanno parte del Consiglio d'Europa. Il Consiglio d'Europa, e in particolare la Corte di Giustizia, formata da un numero di giudici pari a quello degli Stati contraenti, assicura la protezione dei diritti degli individui contro gli abusi dei pubblici poteri degli Stati contraenti, garantendo ai singoli un diritto di ricorso individuale allorché – esauriti i ricorsi interni al sistema giudiziario dello Stato contraente – si lamenti la persistenza dell'abuso.

Nell'Unione europea il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato da parte degli Stati membri e delle Istituzioni e degli organi dell'Unione è assicurato dalla Corte di Giustizia. In questa sua funzione la Corte di giustizia garantisce anche il rispetto nell'ambito dell'Unione dei diritti fondamentali: lo ha affermato reiteratamente la stessa Corte a partire dal 1969 ( sent. 12 novembre 1969, causa n. 29-69) osservando che «la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza». Lo stesso Consiglio Europeo di Colonia nella sua decisione di elaborare una Carta dei diritti ha ricordato che «… L'obbligo dell'Unione di rispettare i diritti fondamentali è confermato e definito dalla Corte di giustizia europea nella sua giurisprudenza».

Ovviamente, come ha stabilito la stessa Corte (sent. 11 luglio 1985, cause riunite nn. 60 e 61/84), «benché spetti alla Corte garantire l'osservanza dei diritti fondamentali nel settore specifico del diritto comunitario, non le spetta tuttavia esaminare la compatibilità con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali di una legge nazionale riguardante un campo soggetto alla valutazione del legislatore nazionale».

È evidente che ci si trova di fronte a due diversi sistemi ordinamentali, l'uno che fa capo al Consiglio d'Europa e l'altro che fa capo all'Unione europea: nel primo l'obiettivo principale del sistema è quello di garantire il rispetto dei diritti fondamentali delle persone all'interno degli Stati contraenti; nel secondo il rispetto dei diritti fondamentali è un requisito di legittimità dell'ordinamento sovranazionale. In ciascuno dei due diversi ordinamenti una apposita Corte, secondo apposite procedure, decide sull'osservanza delle norme e dei principi relativi ai diritti fondamentali.

È teoricamente possibile che la giurisprudenza delle due corti europee diverga a proposito dell'interpretazione di taluno di questi diritti, ma in questo caso non si può parlare di un «conflitto» perché, appunto, le due Corti operano nell'ambito di ordinamenti diversi: si tratterebbe di mere diversità interpretative che, in linea di massima, costituiscono una ricchezza e uno stimolo a una sempre più affinata e aggiornata evoluzione del diritto. In pratica, peraltro, questa divergenza interpretativa solitamente non si verifica poiché le due corti conoscono e tengono in considerazione la rispettiva giurisprudenza.

Allorché si è proposto di fare aderire la Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, giustamente la Corte di giustizia (parere n. 2/94 del 28 marzo 1996) ha osservato, fra l'altro, che ciò non sarebbe stato possibile in mancanza di una riforma dei Trattati perché tale adesione «determinerebbe una modificazione sostanziale dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo, in quanto comporterebbe l'inserimento della Comunità in un sistema internazionale distinto». L'ipotesi dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo solleverebbe inoltre non pochi problemi pratici (per esempio circa la nomina di un ulteriore giudice in «rappresentanza» dei 15 Paesi già singolarmente «rappresentati») e giuridici, perché a questo punto si potrebbe verificare un vero e proprio «conflitto» tra le due corti, che apparterrebbero allo stesso sistema ordinamentale, e perché occorrerebbe stabilire apposite procedure per risolvere questa ed altre non semplici questioni, come quella relativa al diritto di ricorso individuale generalizzato, esistente in un sistema e non nell'altro.

La decisione di redigere una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non crea alcun nuovo problema, mentre risolve alcuni problemi preesistenti.

Risolve, fra l'altro, il problema della definizione dei diritti fondamentali vigenti nell'Unione europea, finora affidato alla giurisprudenza «creativa» della Corte di giustizia.

Non determina alcuna nuova ipotesi di «conflitto» con la Corte di Strasburgo, perché, quanto al rapporto tra i due ordinamenti e le due corti, mantiene la situazione esistente, limitandosi a specificare esplicitamente quali siano i diritti fondamentali genericamente richiamati nell'art. 6 del Trattato dell'Unione.

L'adozione della Carta dei diritti influirà comunque sulla giurisprudenza della Corte di giustizia: indirettamente, come riferimento culturale, finché non avrà valore vincolante; direttamente, come riferimento normativo, se sarà in qualche forma integrata nei Trattati.

A questo punto perseguire parallelamente anche l'obiettivo dell'adesione dell'UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo

creerebbe ulteriori problemi, anche perché la Convenzione contempla unicamente i tradizionali diritti civili e politici, mentre la nuova Carta prevederà anche i diritti economici e sociali. Sicché si avrebbe l'ulteriore rischio di un duplice regime di tutela giurisdizionale, a seconda della natura del diritto fondamentale in questione: si creerebbe un insieme difficilmente districabile di problemi giuridici, procedurali, istituzionali che sarebbe auspicabile evitare.

Un possibile fondamento istituzionale del doveroso coordinamento della giurisprudenza delle due Corti potrebbe essere rinvenuto nella considerazione che delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri fa parte la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel senso che i diritti fondamentali delle persone contenuti nella Convenzione vengono interpretati dalle Corti statali tenendo presente la giurisprudenza di Strasburgo. In questo modo anche la Corte di Giustizia, tenuta ad interpretare i diritti fondamentali «quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» – obbligo che non viene meno neppure dopo l'approvazione della Carta, almeno ai fini dell'interpretazione della stessa – non potrà prescindere dalla giurisprudenza della Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Vale la pena di ricordare che, almeno all'inizio del processo di stesura della Carta, si è manifestata (attraverso interventi in convegni e dibattiti dei giudici delle due Corti) una forte resistenza, se non addirittura una aperta contrarietà sia della Corte del Lussemburgo, sia di quella di Strasburgo, entrambe inutilmente preoccupate per il proprio ruolo di «creatrice» dei diritti fondamentali dell'Unione la prima e di «monopolista» della tutela dei diritti umani in Europa la seconda.

Al termine dei lavori, tuttavia, il commento degli osservatori del Consiglio d'Europa, i giudici Fischbach e Kruger, è stato positivo. Si legge infatti nel loro commento [17]: «*… la Charte prend explicitement appui sur la CEDH et, ainsi, en constitue en quelque sorte un prolongement dans le droit communautaire. Cela ressort clairement des articles 52 § 3 et 53 de la Charte, qui ont pour effet, en substance, d'assurer une identité de portée et de sens entre les droits repris dans les deux textes, sans préjudice de la possibilité pour le droit de l'Union d'accorder une protection plus étendue que celle de la CEDH. La CEDH se voit ainsi reconnue comme standard minimum dans l'intreprétation et l'application de la Charte. C'est là une solution pleinement compatible avec la CEDH, dès lors qu'au termes de son article 53, celle-ci n'entend pas imposer un nivenu de protection uniforme des droits de l'homme à travers l'Europe,*

[17] M. Fischbach-H.C. Kruger, *Commentaires des observateurs du Conseil de l'Europe sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne*, Strasburgo, 9 novembre 2000.

*mais uniquement en assurer un niveau minimum, que les Etats parties de la CEDH sont libres de dépasser, seuls ou avec d'autres. C'est ce dernier cas de figure qui se trouve réalisé par la Charte, dans l'hypothèse où elle deviendrait contraignant*».

## 8. Alcuni commenti

A me pare evidente che un testo derivante dalla cooperazione di soggetti tanto diversi per provenienze nazionali, opinioni politiche, tradizioni giuridiche, non può che essere un testo di compromesso che, anche nella sua espressione formale, non rappresenta un'unica e ispirata visione dell'Europa, come forse ciascuno di noi desidererebbe, e come, indebitamente a mio giudizio, viene tuttora preteso da alcune parti, come dall'integralismo cattolico, dall'estrema sinistra o dal liberismo che si ispira al modello statunitense. Ciascuna di queste posizioni pretenderebbe di forgiare l'intera Europa a propria immagine e somiglianza, escludendo la legittimità di valori diversi. Ma queste sono pretese che operano in senso contrario all'idea di Unione europea, che è per sua natura un'unione di Stati, di popoli e di nazioni che sono e vogliono restare diversi; un'Unione che rispetta la diversità attraverso la valorizzazione dei diritti dei singoli e che può assicurare il rispetto di ciascuno in quanto non chiede omologazione, non si basa su un'unica identità – fondata sul sangue, sul territorio o sull'etnia – ma si fonda invece su valori, principi e regole condivisi, assicurati da un sistema costituzionale di diritto, garantito dalla laicità delle istituzioni, che consente appunto la convivenza di tante diversità.

Sicché, a mio giudizio, l'opposizione alla Carta si può giustificare solo da parte di chi è contrario all'Unione europea. Vi sono, infatti, gruppi minoritari, localistici, nazionalisti, separatisti all'interno dello stesso Parlamento europeo, oltre ai conservatori britannici, che sono contrari ad un approfondimento dell'Unione europea: tutti questi hanno espresso la loro contrarietà alla Carta, non solo per il suo contenuto, quanto per la sua stessa esistenza, che comporta di per sé una evidenziazione della natura politica e non solo di mercato dell'Unione, oltre ad essere un passo rilevante nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. È meno comprensibile l'opposizione di quanti si dichiarano insoddisfatti del contenuto non abbastanza avanzato o in qualche parte carente di questa Carta: tra coloro che non sono interamente soddisfatti vi sono gli stessi membri della Convenzione che (come chi scrive) hanno contribuito alla sua redazione, ma le cui proposte non sono state tutte, o tutte interamente, accolte. Tuttavia questa constatazione non giustifica una

contrarietà o un'opposizione a un documento che nel suo complesso è sicuramente dignitoso e apprezzabile per il suo significato e per la sua portata, storicamente significativa.

Con questa iniziativa, si supera la criticata prevalenza nei Trattati dei valori di efficienza economica su quelli di giustizia e di equità sociale, ed è questo uno dei valori aggiunti della Carta: per la prima volta, in una sede non nazionale, si tenta la definizione di uno statuto completo delle prerogative fondamentali garantite ad ogni individuo, oltre che di quelle assicurate ai cittadini europei. Al di là delle singole carenze che ciascuno può rilevare nella Carta, essa – come ha detto molto bene Giuseppe Bronzini [18] – «costituisce il più organico, completo e persuasivo elenco di prerogative fondamentali oggi a disposizione in un contesto non nazionale», ove la garanzia di tutti i diritti e dei principi enunciati, assunti nel loro complesso come valori fondamentali dell'Unione, fa emergere un modello sociale europeo ben diverso da quello meramente mercantile ed economico che si suole attribuire tuttora all'Unione europea. Anche nel consolidato terreno dei diritti della tradizione liberale borghese vi è una specificità europea, per esempio nella proibizione della pena di morte, che non è un dato comune a tutto l'Occidente democratico. Nel preambolo, poi, vi è anche un riferimento ad un futuro di pace, che richiama il rispetto del valore della pace che è già contenuto nelle premesse dei Trattati. Non era ottenibile, e non vi è in nessuna Costituzione europea, l'iscrizione di un diritto soggettivo azionabile a impedire l'uso della forza, così come non ha avuto successo un tentativo di chi scrive di formulare uno specifico diritto alla pace dei cittadini europei, come frutto della costruzione di istituzioni comuni a nazioni che si erano combattute per secoli. La creazione di istituzioni dell'Unione fondate sul diritto e sul rispetto delle diversità attraverso Trattati non denunciabili e di durata indeterminata, determina, infatti, non un mero stato di fatto di pace tra i popoli che sono uniti da questi Trattati, ma una reale garanzia di mantenimento della pace.

Al di là di questi tentativi e di altri assai più fondati su altri terreni, che ugualmente non hanno avuto successo (come, ad esempio, quello di garantire a tutti il diritto di beneficiare a condizioni eque dei risultati della libera ricerca scientifica, almeno nel campo biomedico), resta il fatto che il prodotto della Carta è sicuramente innovativo nell'estendersi ai principali diritti di carattere socioeconomico e ad alcuni diritti di terza generazione. È un risultato non scontato e fino all'ultimo messo in dubbio da rappresentanti di Paesi come la Gran Bretagna, che hanno cercato di mantenere la Carta all'interno di un orizzonte meramente liberale, e i Paesi scandinavi, che hanno resi-

[18] Cfr. G. Bronzini, *op. loc. cit.*

stito a lungo all'inserimento dei diritti sociali nella Carta, nel timore che questo producesse un'attribuzione di competenze su queste materie alle istituzioni comunitarie.

Nel progetto finale, la norme in materia sociale si sono poi dimostrate notevolmente avanzate, comprendendo anche la tutela contro ogni licenziamento ingiustificato e il diritto di informazione e consultazione dei lavoratori che non sono inclusi neppure nella nostra Costituzione. Quindi le pur fondate critiche che vengono da sinistra non mi sembrano certo tali da giustificare un'opposizione alla Carta.

Stupiscono le obiezioni di Massimo Luciani che, anche su La Stampa [19], ha ribadito le sue perplessità, partendo dal rilievo che la Carta si indirizza solo alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri esclusivamente allorché attuano il diritto dell'Unione: se le cose stanno così, scrive Luciani, c'è da chiedersi quale sia il valore di disposizioni che hanno senso solo se sono rivolte direttamente agli Stati, come nel caso del riconoscimento del diritto alla vita o della proibizione della pena di morte. Anch'egli sembra ignorare il valore dell'indivisibilità dei diritti fondamentali e, quando preferisce la strada della dichiarazione solenne a quella della collocazione della Carta nei Trattati, manifesta una legittima opzione politica contraria a quella condivisione della sovranità nazionale che si esprime nell'Unione, ma al tempo stesso sembra non tener conto di un'esigenza difficilmente negabile: che, a presiedere allo sviluppo della legislazione comunitaria e agli interventi dell'Unione nelle materie relative allo «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» [20], vi sia, come avviene negli Stati, un quadro certo di diritti fondamentali che tutte le istituzioni, e in primo luogo il legislatore comunitario, sono tenute a rispettare.

La Carta, approvata esplicitamente dalla Commissione, dal Consiglio e dal Parlamento europeo [21], è stata solennemente proclamata dalle tre istituzioni a Nizza il 7 dicembre 2000.

Ma, ancora prima di essere proclamata, la Carta ha già cominciato a vivere, a giocare un ruolo istituzionale (e non solo politico, quale «carta d'identità» dell'Unione nei confronti dei suoi cittadini, dei paesi terzi, dei paesi candidati all'ingresso nell'Unione): è stata infatti citata nel rapporto dei tre saggi

---

[19] M. Luciani, *Uscire dall'ambiguità*, in *La Stampa* del 5 ottobre 2000.

[20] Istituito dal Trattato di Amsterdam, per «fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza … sviluppando un'azione comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia».

[21] La Carta è stata approvata formalmente dal Collegio dei Commissari riunitosi a Bruxelles il 6 dicembre 2000. Cfr. *UE/Vertice di Biarritz/Carta dei diritti fondamentali: accordo unanime sul contenuto ma il problema della natura giuridica resta aperto*, Agence Europe, 15 ottobre 2000.

sull'Austria [22], nel documento del gruppo di bioetica dell'Unione [23], è posta a base del rapporto che la Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini del Parlamento europeo ha deliberato di redigere, come ogni anno, sul rispetto dei diritti umani nei Paesi membri dell'Unione.

Dopo la sottoscrizione, la presidente del Parlamento europeo ha affermato che la Carta sarà la legge dell'Assemblea, che questo è il significato della sua sottoscrizione [24], e il Presidente della Commissione ha dichiarato di non nutrire alcun dubbio sul carattere fondante di questo testo, ribadendo che Parlamento e Commissione hanno già fatto sapere che intendono applicarla integralmente [25].

È inevitabile, infine, che della Carta tenga conto nelle sue decisioni la Corte di giustizia delle Comunità europee: infatti, già nelle conclusioni formulate l'8 febbraio 2001 dall'Avvocato generale Antonio Tizzano nella causa n. C-173/99 (BECTU c/Secretary of State for Trade and Industry) si legge: «… ancor più significativo mi pare il fatto che detto diritto trovi oggi una solenne conferma nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e della Commissione dopo essere stata approvata dai Capi di Stato e di governo degli Stati membri, spesso su espresso e specifico mandato dei Parlamenti nazionali … Certo, al pari di alcuni degli atti precedentemente citati, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non si è vista riconoscere autentica portata normativa, è rimasta cioè priva, dal punto di vista formale, di autonomo valore vincolante. Tuttavia anche a non volere entrare qui nell'ampio dibattito già in corso circa gli effetti che, in altre forme e per altre vie, la Carta potrebbe comunque produrre, resta il fatto che essa racchiude enunciazioni che appaiono in gran parte come ricognitive di diritti già altrove sanciti … Credo quindi che in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si possano ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridi-

---

[22] M. Ahtisaari-J. Frohwein-M. Oreja, *Report*, Strasburgo, 8 settembre 2000, pp. 4-6.

[23] Groupe Européen d'Éthique des Sciences et des Nouvelles technologies auprès de la Commission Européenne, *Les Aspects Éthiques de la Recherche sur les Cellules de Souche Humaines et Leur Utilisation*, Bruxelles, 14 novembre 2000.

[24] N. Fontaine, *Discorso in occasione dell'apertura del Consiglio europeo di Nizza*, Nizza, 7 dicembre 2000.

[25] R. Prodi, *Discorso al Parlamento europeo sulle conclusioni del Consiglio europeo di Nizza*, Strasburgo, 12 dicembre 2000.

che – della scena comunitaria. In questo senso, quindi, ritengo che la Carta ci fornisca la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale che riveste il diritto a ferie annuali retribuite».

Non è dunque necessario l'inserimento della Carta nei Trattati? Al contrario. Non soltanto in questo modo la Carta diverrà davvero la prima parte di una «costituzione» europea, il cui processo di costruzione è da ritenersi in corso (secondo autorevole dottrina [26] che reputo pienamente condivisibile), ma cambierà il significato stesso dei Trattati, provocando un'ulteriore novità istituzionale. Infatti finora la Corte di giustizia ha riconosciuto i diritti fondamentali nella misura in cui non compromettono le finalità dei Trattati [27]: inserendo in questi la Carta, scopo dell'Unione diviene il rispetto della dignità delle persone, e su questo valore andrà commisurata l'intera costruzione europea.

[26] A. Barbera, *Esiste una «costituzione europea»?*, in *Quaderni cost.*, 2000, I, p. 59.

[27] Cfr. sent. 13 dicembre 1979, causa n. 44/79: «Eventuali questioni relative alla violazione dei diritti fondamentali mediante atti emanati dalle istituzioni della Comunità possono essere valutate unicamente alla stregua del diritto comunitario». Cfr. sent. 17 febbraio 1998, causa n. c-249/96: «Benché il rispetto dei diritti fondamentali che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario costituisca un presupposto della legittimità degli atti comunitari, tali diritti non possono di per sé comportare un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato … Qualunque disposizione di diritto comunitario può essere definita solo tenendo conto del suo dettato e del suo scopo, nonché della sua collocazione nel sistema del Trattato e del contesto giuridico in cui va iscritta tale disposizione».

# Università e Costituzione (considerazioni sulla recente evoluzione dell'ordinamento) *

di *Stelio Mangiameli*

SOMMARIO: 1. La libertà della scienza e dell'arte e del loro insegnamento. – 2. I caratteri dell'autonomia universitaria. – 3. La memoria del caso «Cordero» e la sentenza della Corte costituzionale. – 4. La riserva di legge dell'art. 33 Cost. – 5. La legislazione universitaria e i rinvii alle fonti subordinate. – 6. La formazione e la ricerca universitaria. – 7. L'autonomia finanziaria dell'Università e il finanziamento della ricerca. – 8. I controlli sul sistema universitario e lo stato giuridico dei professori. – 9. L'università e le sfide del futuro.

## 1. La libertà della scienza e dell'arte e del loro insegnamento

La Carta costituzionale accoglie una concezione della libertà della scienza e dell'arte e del loro insegnamento di tipo individuale e priva di qualunque carattere funzionale [1].

Un sapere ed una ricerca teleologicamente orientati, frutto di una ideologia o di una fede, non sono esercizio della libertà costituzionale, ma della propaganda di parte, mettono in discussione la possibilità di contribuire al progresso materiale e spirituale della società e finiscono con l'essere, non strumento di formazione dei giovani, ma al contrario espressione delle forme più abiette del potere politico.

Gli studenti frequentano l'Università non per essere indottrinati a seguire un determinato indirizzo scientifico, o di pensiero, ma per realizzare «il pieno sviluppo della loro personalità» (art. 3, secondo comma, Cost.). E solo una

---

* Prolusione all'inaugurazione dell'Anno accademico 1999-2000 dell'Università degli Studi di Teramo, letta l'8 febbraio 2000 alla presenza del Ministro dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica, On. O. Zecchino.

[1] Sulla distinzione tra diritti funzionali e diritti individuali cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 7 ss.

libertà della scienza assolutamente indipendente ed individualmente riconosciuta al singolo «docente-ricercatore», che trovi i suoi limiti esclusivamente in sé stessa, e cioè: nel rispetto del proprio statuto epistemologico, può offrire l'opportunità agli studenti di attingere ad un sapere critico, metodologicamente orientato e contenutisticamente aperto, che, a differenza di un sapere finalizzato, porta alla libera formazione, senza strumentalizzazione della loro personalità [2].

Per queste ragioni l'organizzazione della didattica e della ricerca non può essere ordinata gerarchicamente o in forme autoritative: né i Presidi, né i Rettori, né – tanto meno – il Ministro possono comandare, o atteggiarsi a superiori del singolo operatore della didattica e della ricerca, e lo stesso vale anche per gli organi collegiali rappresentativi, sia centrali, come il CUN, la CRUI e le conferenze dei Presidi, e sia d'Ateneo, come il Senato accademico e il Consiglio d'amministrazione. Persino i collegi di tipo partecipativo, come i Consigli di facoltà, di dipartimento e di corso di laurea, che pure sono composti in modo da ricomprendere tutti i titolari dell'attività di insegnamento e di ricerca, non possono imporre, sulla base della partecipazione del docente-ricercatore, decisioni che tocchino la libertà del singolo [3].

Del resto, la stessa nozione di «autonomia» dell'Università si spiega, non solo come garanzia del sistema universitario, rispetto ai poteri pubblici, e cioè: come formazione sociale dai caratteri peculiari e dalle regole sue proprie, che, sia pure nei «limiti delle leggi dello Stato», danno vita ad un vero e proprio «ordinamento», ma soprattutto come situazione giuridica positiva e strumentale, necessaria per l'espletamento della libertà di ricerca e di insegnamento e preordinata nel suo modo di organizzarsi al raggiungimento delle condizioni che rendono effettive queste libertà [4].

---

[2] Sul rapporto tra libertà di insegnamento e diritto al libero sviluppo della propria personalità (come pretesa dello studente) cfr. anche A. PIZZORUSSO, *La libertà di insegnamento*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Neri Pozza, Milano, 1967, p. 398 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, 1973, p. 96 ss.

[3] In proposito, cfr. il contributo di A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Lezioni tematiche di diritto costituzionale*, II ed., La Sapienza, Roma, 1998, p. 123 ss.

[4] Sul tema dell'autonomia universitaria cfr. ancora oggi il saggio risalente nel tempo di A.M. SANDULLI, *L'autonomia delle università statali*, in *Scritti in memoria di L. Cosattini*, Università degli Studi, Trieste, 1948; *adde* E. SICA, *Autonomia regionale e autonomia universitaria*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950; S. CARBONARO, *Problemi attuali di diritto scolastico*, Editrice Universitaria, Firenze, 1961; E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Morano, Napoli, 1961, p. 83 ss.; S. PUGLIATTI, *Relazione sulla autonomia universitaria*, in *L'università italiana*, 1964, pp. 3-16; P. CATALANO, *Nuovi strumenti della sovranità popolare: Università autonome e «potere negativo»*, in *Studi sassaresi*, 1967-68, Giuffrè, Milano, 1969, p. 695 ss.; G. LOMBARDI, *Autonomia universitaria e riserva di legge*, *ivi*, p. 821 ss.; S. CASSESE-A. MURA, *Art. 33-34*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano,

Da questo punto di vista, anzi, è corretto l'assunto che l'autonomia universitaria, analogamente a quella dell'ordine giudiziario e diversamente da quella delle confessioni religiose, è riconosciuta nell'interesse dei componenti l'istituzione, e non in quello di quest'ultima, intesa come collettività [5].

È perciò evidente che esulano dall'ambito dell'autonomia universitaria, costituzionalmente garantita, tutti quei poteri che, in nome dell'interesse istituzionale, di fatto possono mettere in pericolo la libertà stessa.

Per queste ragioni, perciò, pare possibile dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 15, secondo comma, legge n. 341 del 1990, che prevede «l'attribuzione dei compiti didattici (...) *sentiti* gli interessati», e non, come nel caso dei professori in servizio alla data di entrata in vigore della stessa legge, con il loro *consenso* (terzo comma), e a poco vale la circostanza che la stessa disposizione asserisca che detta attribuzione di compiti didattici avvenga «nel rispetto della loro libertà di insegnamento». Queste affermazioni, infatti, rappresentano una semplice petizione di principio, o, tutt'al più, un comodo paravento di una disposizione ispirata a limitare la libertà costituzionale [6].

È peraltro evidente che il principio di «inamovibilità dei professori», assunto come estrinsecazione della pretesa costituzionale a poter svolgere la propria attività senza ingerenze, non può essere inteso semplicemente come inamovibilità della sede, ma anche e soprattutto come inamovibilità dell'insegnamento, e cioè: come garanzia della titolarità di quest'ultimo [7].

---

Bologna-Roma, 1976, p. 210 ss.; S. Fois, *Università e libertà*, *ivi*, 1978, p. 360 ss.; F. Modugno, *Riserva di legge ed autonomia universitaria*, in *Dir. e società*, 1978, p. 758 ss.; G. Correale, *L'autonomia universitaria*, Liguori, Napoli, 1979; G. Grasso, *Libertà di insegnamento, autonomia universitaria, «programmazione» della ricerca scientifica*, in *Dir. e società*, 1979, p. 161 ss.; M. Mazziotti Di Celso, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, *ivi*, 1980, p. 233 ss.; L. Mazzarolli, *L'autonomia delle Università delle Accademie nella Costituzione italiana*, *ivi*, 1981, p. 267 ss.; U. Pototschnig, *L'autonomia universitaria: strutture di governo e di autogoverno*, in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 2305 ss.; L. Paladin, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *Quaderni cost.*, 1988, p. 161 ss.; F. Merloni, *L'autonomia dell'Università e degli enti di ricerca*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 400; N. Occhiocupo, *Costituzione e autonomia normativa delle Università*, in *L'autonomia universitaria*, a cura dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Cedam, Padova, 1990, p. 11 ss.; F. Fenucci, *Autonomia universitaria e libertà culturali*, Giuffrè, Milano, 1991; M. Cammelli, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 164 ss.; L. Mazzarolli, *Professori universitari, Università e garanzie costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Quaderni cost.*, 1997, p. 77 ss.

[5] In tal senso M. Mazziotti Di Celso, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, cit., p. 233.

[6] Per un esame dei dubbi di costituzionalità della disposizione richiamata cfr. A. D'atena, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, cit., p. 146 ss.

[7] Così, cfr. S. Fois, *Università e libertà*, cit., p. 361 ss.; M. Mazziotti Di Celso, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, cit., pp. 233 e 243 ss.

## 2. I caratteri dell'autonomia universitaria

Se in via generale, poi, può dirsi che sia l'art. 2 Cost. a fare precedere i diritti inviolabili del singolo, rispetto ai diritti delle formazioni sociali, nel caso dell'Università è il collegamento tra il primo e l'ultimo comma dell'art. 33 Cost. a suggerire questa ricostruzione del sistema [8], il quale, da una parte, presenta una libertà individuale, da identificare con la pretesa che altri si astengano da ogni forma di intervento atto a turbare la sfera riservata al godimento del suo titolare e, che, dall'altra parte, si caratterizza per la creazione di una formazione sociale distinta e autonoma dallo «Stato-apparato», i cui caratteri si desumono da una tradizione risalente ad un passato non recente, strumentalmente preordinata nei poteri e nell'organizzazione a realizzare le libertà di ricerca e di insegnamento [9].

Ne segue che l'autonomia universitaria medesima, rivendicata nei confronti dello «Stato-apparato», non può poi tradursi in una struttura dai tratti unitari e centralistici, ma richiede – al contrario – che venga articolata in livelli e posizioni diverse, caratterizzati da precisi ambiti di competenze che, in quanto funzionalmente collegati all'esercizio delle specifiche libertà costituzionali, seguano dei precisi percorsi organizzativi, dando la possibilità agli interessati di potere reagire, anche sul piano giurisdizionale [10].

Il precetto costituzionale risulterebbe egualmente violato se al precedente centralismo statale si sostituisse una qualche forma di «centralismo di Ateneo». A questa stregua, può dirsi che, sia la legge dello Stato, che gli statuti e i regolamenti di Ateneo, sono chiamati ad operare in modo discrezionale, e non libero, mettendo in evidenza le differenze «qualitative» che emergono, per necessità costituzionale, dalla strutturazione delle Università in centri ed organi, utilizzando le due forme organizzative, quella della partecipazione e quella della rappresentanza, in modo logicamente coerente e giuridicamente corretto. Così, ad esempio, è logico che degli organi decisionali dei livelli preposti alla didattica ed alla ricerca facciano parte, con pienezza di diritti, rispettivamente tutti i titolari della libertà di insegnamento e della libertà di ricerca, e che a quel livello vengano attribuite tutte le competenze inerenti lo svolgimento delle due funzioni.

---

[8] Sul nesso tra primo e ultimo comma dell'art. 33 Cost. cfr. A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, cit., p. 130 s.

[9] Sul punto indicazioni in G. GRASSO, *Libertà di insegnamento, autonomia universitaria, «programmazione» della ricerca scientifica*, cit., p. 162 s.; L. MAZZAROLLI, *Professori universitari, Università e garanzie costituzionali dell'autonomia universitaria*, cit., p. 82 s.

[10] Cfr. ancora A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, cit., p. 137 ss.

Altrettanto logico appare, poi, che gli organi di Ateneo, monocratici (Rettore, Preside, Direttore di dipartimento) e collegiali (Consiglio d'Amministrazione e Senato accademico) siano formati secondo principi di rappresentanza e a mezzo anche di elezioni e che sui primi gravino compiti di esecuzione e non di indirizzo e sui secondi competenze normative e generali, con una diversità di ordine qualitativo, tra indirizzo didattico-scientifico e indirizzo di gestione amministrativa, non sempre pienamente colta dall'attuale legislazione.

In questa prospettiva, perciò, è bene ribadire, anche nell'eventualità che si debbano dirimere eventuali conflitti, che all'interno dell'autonomia universitaria vige solo la regola della *competenza* e non quella gerarchica, per cui è da escludere che gli atti degli organi centrali prevalgano sempre e comunque su quelli adottati dalle singole strutture.

In questa logica, infine, si può affermare che il sistema universitario è composito, in quanto risulta formato dalla *compresenza* di ruoli diversi che devono rimanere sempre separati e garantiti, in relazione alla loro collocazione. In primo luogo, quello del singolo docente-ricercatore, le cui libertà non possono essere menomate dal suo inserimento nell'organizzazione universitaria. In secondo luogo, il ruolo dei collegi di tipo partecipativo le cui decisioni vanno garantite nei confronti degli organi monocratici elettivi e dei collegi rappresentativi. In terzo luogo, infine, quello degli organi centrali d'Ateneo che devono essere assistiti da garanzie destinate a valere nei confronti dello Stato-apparato.

## 3. La memoria del caso «Cordero» e la sentenza della Corte costituzionale

Chi non ricorda, a tal riguardo, l'emozione che suscitò nell'ambiente universitario il caso «Cordero», allorquando l'insigne giurista, privato del «nulla osta», dovette recedere dall'insegnamento nell'Università cattolica di Milano. La questione, trattandosi di problemi attinenti alla libertà, occupò anche la Corte costituzionale (sent. n. 195 del 1972), la quale adottò una decisione, più che di parte, *parziale*. Essa, infatti, guardò alla libertà dell'entità collettiva, si basò sul principio costituzionale del pluralismo scolastico (art. 33, terzo e quarto comma, Cost.), che consente «la creazione di università libere, che possono essere confessionali o comunque ideologicamente caratterizzate», e ne trasse il convincimento che «la libertà di insegnamento da parte dei singoli docenti – libertà pienamente garantita nelle università statali – incontra, nel particolare ordinamento di siffatte università, limiti necessari a realizzarne le

finalità», subordinando così il singolo alla struttura, la libertà del singolo al potere del gruppo [11].

Quello che, però, la Corte non disse in quella decisione – e di qui il clamore sociale – è come tutto ciò potesse essere compatibile con il principio costituzionale dell'*equipollenza* (art. 33, quarto comma, Cost.). Liberi, infatti, di dare vita a Scuole ideologiche e fideistiche, liberi anche di aderirvi e di esserne cacciati, se non più in sintonia con l'ideologia di queste scuole, ma, in ogni caso, la Costituzione impone, ai soggetti privati che chiedono la parità, in forza della quale rilasciano titoli in nome e per conto della Repubblica italiana, l'obbligo di assicurare anche agli studenti di queste strutture un trattamento scolastico equipollente a quello degli studenti delle Università statali, e cioè: un trattamento che si basa sulla libertà assoluta della ricerca e dell'insegnamento.

## 4. La riserva di legge dell'art. 33 Cost.

I principi costituzionali, perciò, riguardano allo stesso modo tutto il sistema universitario, sia pubblico, che privato; come, peraltro, appare logico che sia, se si riconosce nella prescrizione dell'art. 33 Cost. una delle più felici realizzazioni del principio di sussidiarietà (orizzontale). La relazione che lega le Università allo Stato, infatti, muove dal presupposto che queste siano in grado di soddisfare da sole il bisogno della Repubblica di promuovere lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica (art. 9 Cost.), attraverso l'organizzazione della loro autonomia, che salvaguardi la libertà dei singoli docenti-ricercatori che le animano.

Esse sono, in tal senso, articolazioni autonome, non dello Stato-persona, ma dello Stato-comunità, e richiedono perciò l'astensione di atti di ingerenza di qualsivoglia organo dell'apparato statale ed in primo luogo del Governo.

Non è a caso che la stessa previsione, che afferma spettare alla legge il compito di delimitare l'ordinamento autonomo delle Università, sia stata interpretata dalla prevalente dottrina come una «riserva assoluta», in quanto esclude che i limiti possano essere determinati con atti di natura regolamentare di competenza dell'esecutivo, e, al contempo, come «riserva relativa»,

---

[11] Corte cost., sent. n. 195 del 1972, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2173 ss., per un commento critico cfr. A.C. Jemolo, *Perplessità su una sentenza*, in *Foro it.*, 1973, I, c. 7 ss.; S. Lariccia, *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2177 ss.; M. Caputo, *Sul «caso» Cordero*, *ivi*, p. 2856 ss.

dal momento che deve svolgersi in modo da consentire alle fonti dell'autonomia di potere effettivamente disciplinare l'ambito riservato ad esse dalla Costituzione [12].

In quest'ottica è, perciò, da apprezzare la disposizione dell'art. 6, secondo comma, legge n. 168 del 1989, la quale prevede che «nel rispetto dei principi di autonomia stabiliti dall'art. 33 Cost. e specificati dalla legge, le Università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento».

Lo sforzo compiuto dalla dottrina, nel definire i caratteri della riserva di legge dell'art. 33 Cost., merita certamente un plauso, per gli intenti che lo hanno animato, ma la linea interpretativa del disposto costituzionale va portata ancora più avanti. Infatti, una «riserva di legge» va valutata non per il suo presunto carattere *assoluto*, o *relativo*, ma per il «compito specifico» che la Costituzione, per il tramite di questa, rimette al legislatore, come si evince anche dalla disciplina che per l'Università la stessa Carta dispone [13].

Da questo punto di vista, l'elaborazione del rapporto tra «legge dello Stato» e «fonti dell'autonomia» appare ancora insoddisfacente, sia dal punto di vista teorico, sia – ancor più – da quello della realtà concreta dell'ordinamento.

In relazione al primo profilo, occorre ricordare che una parte della dottrina ha trasposto nel settore dell'Università quanto la Costituzione prevede per una differente forma di autonomia: quella della legislazione regionale ripartita, secondo la quale la disciplina della materia si distribuisce tra fissazione dei principi, da parte della legge statale, e normativa di dettaglio, da parte della Regione [14].

Ora, il tentativo di ricorrere a questo schema, per quanto meritorio, non pare essere conforme alla Costituzione. La Carta, infatti, non rimette alla legge dello Stato un compito di disciplina generale, che, al contrario, spetta per intero alle fonti dell'autonomia, le quali non sono chiamate – come nel caso della Regione – a dettare il dettaglio di una materia, ma a dare per intero un «ordinamento», e cioè: «un complesso normativo tendenzialmente sistemati-

---

[12] Così F. MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, cit., p. 758; A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, cit., p. 131 ss. Per il carattere assoluto della riserva dell'art. 33 Cost. cfr. già G. LOMBARDI, *Autonomia universitaria e riserva di legge*, cit., p. 837 ss.

[13] Per la tesi che la riserva di legge vada sempre posta in relazione ad un compito specifico indicato dal Costituente sia consentito rinviare al nostro *La proprietà privata nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1986.

[14] In tal senso cfr. F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 139; F. FENUCCI, *Autonomia universitaria e libertà culturali*, cit., p. 164.

co e prodotto dallo stesso gruppo sociale organizzato» [15]. Alla legge dello Stato, infatti, residua il più ristretto compito di dettare i «limiti», e cioè: di circoscrivere dall'esterno e sul piano modale il disegno dell'autonomia universitaria.

Risulta evidente, perciò, che, ove la legge dello Stato si astenesse dal dettare i limiti dell'autonomia, demandandone la disciplina ad altra e diversa fonte, verrebbe meno al disposto costituzionale; e lo stesso è da dire nel caso in cui indicasse al sistema universitario obiettivi e ruoli diversi da quelli previsti dalla Costituzione; oppure, non mettesse a disposizione della ricerca e dell'insegnamento universitario risorse più che adeguate per i suoi compiti istituzionali, giacché – come è ovvio che sia per tutte le forme di autonomia – queste si realizzano, alla fine, grazie ad una effettiva ed efficace autonomia finanziaria.

## 5. La legislazione universitaria e i rinvii alle fonti subordinate

L'esame dell'ordinamento, a tal proposito, si presenta per il costituzionalista come un compito impervio, non solo e non tanto per la cospicua produzione legislativa, quanto soprattutto per la circostanza che ogni atto normativo, sia pure importante, risente sempre dell'*occasio legis* e tende a spostare più sullo sfondo la realizzazione dei principi costituzionali.

Ad esempio, già con la legge n. 341 del 1990 viene abbandonata la linea del rispetto della riserva di legge, in quanto questa legge dispone – in contrasto con quanto previsto anche dalla legge istitutiva del Ministero dell'Università (n. 168 del 1989) – una miriade di rinvii ad atti regolamentari della più varia natura; così si prevedono: *regolamenti governativi*, per definire le modalità di elezione del CUN e la nuova determinazione dei settori scientifico-disciplinari; *regolamenti ministeriali*, per disciplinare l'accesso alle scuole di specializzazione e ai corsi a numero chiuso, nonché per definire la corrispondenza tra discipline, corsi e comitati consultivi; e, infine, persino *regolamenti atipici* (nella forma dei D.P.R. su proposta del Ministro dell'URST) per regolare le equipollenze tra i Diplomi universitari (D.U.) e quelle tra i Diplomi di laurea (D.L.), ai fini dell'ammissione ai pubblici concorsi, e per definire i titoli per gli accessi ai livelli funzionali del pubblico impiego e alle attività professionali, nonché gli ordinamenti didattici dei D.U., dei D.L. e delle scuole di specializzazione con le rispettive tabelle.

---

[15] Così F. Modugno, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, cit., p. 758.

Sono così toccati, con atti dell'esecutivo, gli aspetti più diversi dell'autonomia universitaria, e la situazione si aggrava ancora di più dopo l'adozione delle prime due leggi Bassanini (nn. 59 e 127 del 1997), che praticamente *delegificano* la maggior parte della materia universitaria. È particolarmente emblematica, in questo contesto, la vicenda degli «ordinamenti didattici», che vengono ulteriormente *declassificati*. Infatti, in base all'art. 17, novantacinquesimo comma, legge n. 127 del 1997, questi non vengono più adottati con D.P.R., sia pure su proposta del Ministro dell'URST, ma direttamente con decreto di quest'ultimo, e mentre la legge n. 341 del 1990 prevedeva il *conforme* parere del CUN, la norma della Legge Bassanini riduce questo profilo al mero *sentire* il parere del CUN; e se anche è vero che detta disposizione, diversamente dalla legge del 1990, si limita a rimettere al regolamento ministeriale l'adozione di disposizioni di principio, rinviando la restante normativa alle fonti di autonomia, è pure vero che il riparto di competenza tra regolamento didattico di ateneo e regolamento delle singole strutture didattiche, disegnato dall'art. 11 della legge n. 341, e ripetuto dal novantacinquesimo comma, in termini di subordinazione del secondo al primo, dà adito a non poche perplessità, giacché l'effettivo rispetto della libertà di insegnamento – richiamata, ancora una volta, da questa disposizione come semplice petizione di principio – avrebbe preteso, invece, una più estesa competenza del regolamento della struttura didattica, rispetto a quello di Ateneo [16].

Che lo svuotamento della riserva di legge di cui all'art. 33, ultimo comma, Cost. stia portando come esito finale ad una «autonomia sotto tutela ministeriale» non sembra più da dubitare [17]. Ma ciò che sorprende maggiormente è vedere che in tale logica di neocentralismo statuale, tutta a svantaggio del sistema universitario, si sia riconosciuta anche la Corte costituzionale, la quale, nella sent. n. 383 del 1998, sul «numero chiuso», ha finito con il capovolgere la *ratio* della riserva di legge, asserendo che, «sotto l'aspetto dei rapporti tra potestà legislativa e potestà normativa del Governo, nulla nella Costituzione esclude (*sic!*) l'eventualità che un'attività normativa secondaria possa legittimamente essere chiamata dalla legge stessa a integrarne e svolgerne in concreto i contenuti sostanziali» [18].

---

[16] Sul punto cfr. già A. D'Atena, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, cit., p. 146 ss.; nonché F.C. Rampulla, *L'Università e le normative Bassanini*, in *Politico*, 1998, I, p. 128.

[17] Cfr. A. D'Atena, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'università*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3332 ss.

[18] Corte cost., sent. n. 383 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3325; cfr. anche M.R. Ricci, *Osservazione sulla limitazione degli accessi universitari alla luce della sent. n. 383 del 1998 della Corte cost.*, in *Giur. it.*, 1999, c. 1721; A. D'Aloia, *Riserva di legge e normativa comunitaria*

Non bisogna commettere l'errore di pensare che il rispetto della riserva di legge dell'art. 33, ultimo comma, Cost. sia una questione di carattere esclusivamente formale, rispetto alla quale i contenuti sono da assumere come indifferenti. Anzi, è esattamente il contrario: affermare la competenza della legge come esclusiva fonte che possa regolare le vicende universitarie, in collegamento con le fonti dell'autonomia, ha un significato giuridico-istituzionale e persino politico. La tendenza a rimettere al Ministero il potere di disciplina delle Università, infatti, porta con sé anche l'atteggiamento a gestire sul piano amministrativo le Università, e se non basta l'esempio del numero chiuso, si pensi anche alla recente normativa per le scuole di specializzazione, la cui obbligatorietà è prevista dalla legge o in base al diritto comunitario, in cui si avoca al Ministero persino il compito di definire i *quiz* di ammissione alle scuole [19].

Come ciò possa essere compatibile con il disegno costituzionale e con il principio di sussidiarietà, visto che le scuole sono strutture delle Università e non del MURST o del Ministero di grazia e giustizia, resta francamente ancora da spiegare.

## 6. La formazione e la ricerca universitaria

Il secondo aspetto sopra accennato riguarda due scelte che traspaiono dalla più recente e tumultuosa legislazione sull'Università. Il primo attiene al progressivo dilatarsi della formazione e il secondo alla qualità della ricerca che si va imponendo sempre più all'interno del sistema universitario.

Il riferimento al dilatarsi della formazione non deve essere posto in relazione con l'allungamento del percorso universitario, che passa ormai nel

---

*nella regolamentazione degli accessi limitati agli studi universitari: osservazioni a margine di Corte cost. n. 383 del 1998,* in *Foro it.*, 1999, I, c. 2481; R. Niro, *Numero chiuso all'università e potere regolamentare del Ministro: morte alla riserva di legge o sua trasfigurazione*?, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1235.

[19] Cfr. il D.M. 21 dicembre 1999, n. 537 (*Regolamento recante norme per l'istituzione e l'organizzazione delle scuole di specializzazione per le professioni legali*), pubblicato in *G.U.* del 31 gennaio 2000, n. 24, p. 6 ss., che definisce la scuola «struttura didattica dell'Università» (art. 5), ma che prevede la prova di ammissione, la quale consiste «nella soluzione a cinquanta quesiti a risposta multipla, *di contenuto identico sul territorio nazionale*», predisposta da «una apposita commissione di nove esperti», nominata «con decreto del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, di concerto con il Ministero della giustizia», e per converso, poi, che «presso ogni ateneo è costituita, con decreto rettorale, una commissione giudicatrice del concorso di ammissione, composta da due professori universitari di ruolo, da un magistrato ordinario, da un avvocato e da un notaio» (art. 4).

binomio «tre più due», cui deve aggiungersi in molti casi (destinati, peraltro, ad aumentare) la scuola di specializzazione. Questa prospettiva certo desta non poche perplessità, nonostante il modo in cui viene ammannita soprattutto agli studenti [20].

Il concetto del dilatarsi della formazione va riferito, invece, ad una situazione diversa, ed esattamente: a quella continua creazione di corsi, *stages*, *masters*, che le Università vanno ormai progettando di continuo, per rispondere alle esigenze del territorio – così almeno si dice in genere – e nel tentativo di rincorrere il c.d. modello «Bocconi» e le numerose istituzioni private, che si sono lanciate nel *business* del mercato della formazione.

Grosso modo per le stesse ragioni sempre più i fondi destinati alla ricerca hanno preso una via diversa da quella che porta all'Università. Esiste, infatti, nella normativa vigente una miriade di atti e disposizioni che per progetti finalizzati destina una notevole quantità di risorse e la cui gestione esclude in genere l'Università, privilegiando gli specifici enti a ciò preposti e i *trusts* privati, spesso legati ai primi da interessenze particolari [21]. Il peso di questa scelta sostanzialmente a favore della «ricerca applicata» è così penetrante che persino il c.d. «cofinanziamento» della ricerca da parte del Ministero (il famoso 40%) ha finito con il privilegiare la ricerca applicata [22].

A questa logica risponde anche la recente legge n. 370 del 1999 che parla della «produttività della ricerca e della didattica», e che riserva al Ministro dell'URST «una quota ulteriore per il finanziamento ordinario delle università, per l'attribuzione agli atenei di appositi incentivi, sulla base di obiettivi predeterminati» [23].

Nessuno nega le necessità che una economia di mercato impone al settore della formazione e a quello della ricerca, né la opportunità che le Università siano parte integrante ed essenziale del sistema nazionale della «formazione permanente» e della «ricerca applicata». Tuttavia, si deve rilevare che i pericoli derivanti da queste tendenze, per il funzionamento dell'Università, sono enormi, in quanto si sottraggono risorse umane e materiali all'Università, che

---

[20] Cfr., in proposito, l'intervento di F. Alberoni, *La nostra Università e la nuova regola del tre più due*, in *Corriere della Sera* del 17 gennaio 2000, p. 1.

[21] È esemplare, in proposito, la gara svoltasi presso il Ministero della pubblica istruzione per l'organizzazione dei corsi di formazione, al termine dei quali i presidi sarebbero stati nominati «dirigenti scolastici», e che ha visto la maggior parte dei lotti aggiudicati ai grossi gruppi imprenditoriali (ad esempio, IBM o FIAT) o ad università private (come la Bocconi o la Cattolica), mentre le prime università pubbliche sono state classificate dal decimo posto, ricevendo quote insignificanti dal punto di vista finanziario.

[22] In proposito, si può riscontrare l'elenco delle ricerche finanziate nel sito *web* del MURST.

[23] Cfr. l'art. 2, secondo comma, legge n. 370 del 1999.

così viene meno, verso la comunità, all'erogazione delle sue specifiche prestazioni, per le quali essa è stata creata e ha funzionato molto bene, non solo in Italia, ma in tutti i Paesi del mondo, che hanno istituzioni degne di questo nome.

Se è consentita una metafora, per esprimere questo concetto, le Università, nel loro modo di operare, vanno paragonate a dei «monasteri» [24]. Come è noto, a chi ha visitato almeno una volta una di queste *istituzioni*, alla fine della visita il frate portinaio porta i visitatori in un negozio interno, dove è possibile comprare i prodotti dei monaci. Dal formaggio, al vino, dai lavoretti (si pensi a quelli dei padri certosini), ai prodotti dell'orto e a quelli più sofisticati delle officine medicinali, la vendita porta al monastero un utile introito.

Ma nessuno può pensare che la produzione di questi beni sia l'attività prevalente dei monaci e, andando via dal monastero, anche dopo avere acquistato vino e formaggio, il visitatore porta con sé la sensazione di avere visto un luogo di preghiera e non una enoteca o un caseificio.

Così nell'attività dell'Università deve rimanere prevalente, non un insegnamento che offra una formazione mirata strettamente ad una determinata professione, bensì una formazione peculiare dal punto di vista teorico e metodologico, che porti ad un pensiero creativo ed indipendente. Chi effettua degli studi universitari, non solo deve essere preparato per lo svolgimento del proprio lavoro, ma deve essere anche capace di adeguarsi alle sempre più veloci e mutevoli richieste della sua professione, di adattarsi autonomamente a nuove occasioni di lavoro e di offrire consulenza ad altri soggetti, come ad esempio imprenditori, enti pubblici e privati, nell'adeguamento alle nuove situazioni.

È di tutta evidenza, poi, che la specifica formazione universitaria, volta ad un pensare creativo, teorico e metodologico, non può essere offerta in un secondo momento, dopo una prima fase di studio mirato all'acquisizione di determinate e particolari capacità, giacché questa formazione professionale, che mancherebbe del plusvalore universitario, ridurrebbe in modo irreversibile le possibilità di crescita individuali e sociali.

Per queste medesime ragioni la formazione universitaria non può essere offerta da corpi docenti che non svolgono professionalmente attività di ricerca, in quanto altrimenti si tratterebbe di un insegnamento scolastico dove è prevalente non l'aspetto scientifico, ma quello di carattere pedagogico. Inoltre, solo un corpo docente dedito alla ricerca può consentire agli studenti di

[24] La metafora è ripresa da un lavoro di M. Bullinger, *Finanzierung der Universität nach ihren Leistungen*, sulla riforma universitaria in Germania e Svizzera, la cui traduzione italiana è di prossima pubblicazione nel volume S. Mangiameli (a cura di), *Conferenze tramane*.

parteciparvi direttamente, oppure può offrire loro, in modo immediato, i risultati di questa.

A questi fini è allora evidente come la ricerca, che deve essere offerta dall'Università come sua prestazione (costituzionalmente) qualificata, non possa essere quella direttamente applicabile, ma senz'altro la «ricerca di base» delle scienze umanistiche e delle scienze naturali [25].

Questa forma di ricerca, però, normalmente non fa emergere risultati tangibili nel breve periodo e, generalmente, il contributo che dà, lo fornisce in modo indiretto, attraverso il progresso della conoscenza generale, o i risultati della ricerca applicata che non sarebbero raggiungibili senza le conoscenze apportate dalla ricerca di base.

Per queste ragioni e per l'alto costo che comporta, a fronte di una redditività solo futura e mediata, la «ricerca di base» non viene effettuata dalle imprese private, anche se la sua importanza viene riconosciuta in modo crescente e ci si aspetta che venga effettuata dalle Università, chiamate così oltre che ad assolvere al compito di promozione «dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica», previsto dalla Costituzione, ad adempiere, anche ad una specifica necessità sociale, da collocare nel più generale compito della *Repubblica* di «rimuovere gli ostacoli di ordine … sociale» che limitano «il pieno sviluppo della persona umana».

## 7. L'autonomia finanziaria dell'Università e il finanziamento della ricerca

Appare evidente come il taglio delle risorse per la «ricerca di base», che si è compiuto nel decennio appena trascorso, e il ripetuto invito ad operare nella didattica universitaria, seguendo il principio del famigerato «costo zero», o utilizzando risorse poste a carico del bilancio degli Atenei, abbiano dato vita ad una forma di autonomia assai diversa da quella prevista dalla Costituzione, che si può definire «autonomia per abbandono», nel senso cioè che la concessione del finanziamento globale del bilancio della sede è stata la tecnica attraverso cui si è compressa la disponibilità effettiva di risorse per la didattica e la ricerca. Una tecnica, questa, che ha condotto ad una gestione

[25] In proposito può essere citata anche la giurisprudenza costituzionale risalente, cfr. Corte cost., sent. n. 103 del 1977, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 796 ss.; sent. n. 14 del 1983, *ivi*, 1983, I, p. 47 ss.; sent. n. 1017 del 1988, *ivi*, 1988, I, p. 4860 ss.; sent. n. 87 del 1989, *ivi*, 1989, I, p. 480 ss.

del sistema universitario, non solo in contrasto con la Costituzione, ma anche contraria agli interessi generali del Paese, i cui danni non possono dirsi compensati dalla quantità di denaro elargita ai privati per finanziare programmi di ricerca applicata.

Un Paese che fa prevalentemente una buona «ricerca di base» corre il rischio, effettivamente, di avere pochi brevetti, ma può offrire alle industrie private ottimi tecnici e può consentire ai propri ricercatori, grazie al buon livello raggiunto, di inserirsi nelle strutture di ricerca delle imprese private, oppure in quelle dei Paesi più ricchi. Nell'uno come nell'altro caso dalla ricerca di base possono derivare per l'Università (e per il Paese) delle entrate o degli investimenti nel settore della ricerca stessa.

Un Paese, invece, che distrugge la ricerca di base, nel giro di poco tempo, non può fare più ricerca applicata e non ha alcunché da offrire alla propria collettività, né al mondo.

Il tema dell'autonomia finanziaria delle Università e del finanziamento della ricerca è, come si evince facilmente, così importante che non può non essere affrontato con estrema franchezza e trasparenza. Esso presenta due lati: il primo riguarda le strutture universitarie e, in questo caso, il finanziamento deve essere congruo al fine di consentire a queste di raggiungere le loro finalità istituzionali. Il secondo riguarda il singolo docente-ricercatore, che deve potere accedere comunque ad una quantità sufficiente di mezzi economici per potere esercitare le sue libertà, che, altrimenti, possono considerarsi intaccate dalla povertà dei mezzi.

In ordine a questa problematica sia consentito esternare solamente due preoccupazioni. La prima riguarda la situazione di assoluto svantaggio che tocca l'Università pubblica rispetto alle Università private, le quali godono di notevoli finanziamenti pubblici, hanno una facoltà impositiva che manca all'Università pubblica e sostengono più bassi costi. Senza considerare, poi, che la loro capacità di insegnamento deriva dalla possibilità, loro data, e da queste usata con una certa larghezza, di utilizzare, attraverso contratti di diritto privato, il personale docente che insegna stabilmente nell'Università pubblica.

La seconda concerne la crescente precarietà ed insufficienza dei fondi destinati alla ricerca di base, in misura tale da non consentire più la libertà di ricerca del singolo studioso. Non si comprende, poi, perché, mentre per tutta la pubblica Amministrazione debbano valere, alla luce della legge n. 241 del 1990, i principi di *trasparenza* e di *partecipazione* dell'interessato, nella disciplina del cofinanziamento della ricerca da parte del MURST sia previsto, invece, un procedimento *segretato*, dove non è possibile interloquire con la P.A., non è possibile fare valere effettivamente le proprie capacità e le proprie esperienze di ricerca e non è possibile conoscere l'istruttore del procedimen-

to e il decisore, al fine di poterli, eventualmente, ricusare o di potere agire in qualunque altro modo consenta uno Stato di diritto [26].

## 8. I controlli sul sistema universitario e lo stato giuridico dei professori

È evidente come la riduzione delle risorse destinate al sistema universitario e la preferenza per ricerche finalizzate siano conseguenza di una difficile situazione in cui si trova la classe politica, anche alla luce della costante precarietà della finanza pubblica. Per i membri del Parlamento e del Governo, infatti, non è semplice riuscire, non solo a trovare ulteriori mezzi da destinare al finanziamento delle Università, ma anche a mantenere le risorse già destinate a queste, che provengono dalle imposte versate dai cittadini, che sono sottoposti ad una pesante pressione fiscale.

Si tenga conto, poi, di quanto appare all'opinione pubblica. Infatti, mentre i dipendenti pubblici sono costretti a trascorrere le loro ore di servizio sul posto di lavoro e producono atti o prestazioni percepibili visivamente dai cittadini, nel caso dei professori universitari ciò non accade.

I professori universitari non hanno alcun orario di lavoro determinato, svolgono i loro compiti didattici in poche ore alla settimana e, per il resto, possono anche continuare la loro attività di lavoro al di fuori della sede di servizio, attraverso una silenziosa riflessione; attività, questa, che non è facile distinguere dall'ozio. Solo di tanto in tanto, i risultati delle loro riflessioni sono presentati all'opinione pubblica.

È evidente, perciò, che una società estremamente dinamica ed improntata alla logica capitalistica della produzione non veda di buon occhio i *templi* della cultura universitaria, i quali appaiono facilmente come i «templi dell'ozio». E ciò spiega anche il clima nel quale si sta svolgendo il dibattito sui controlli dell'attività didattica e scientifica delle università e sul nuovo stato giuridico dei professori universitari, come disciplinato in parte dalla recente legge n. 370 del 1999 e come previsto dal disegno di legge di prossima approvazione [27].

---

[26] Cfr. il D.M. 24 dicembre 1997, che disciplina il procedimento di finanziamento, rispetto al quale sono state levate da più parti censure di legittimità, ancora pendenti dinnanzi ai giudici amministrativi.

[27] Indicativi del clima appaiono i resoconti apparsi sulla stampa quotidiana, cfr., ad esempio, l'articolo di A. CASALEGNO, *Università, esami per i docenti*, apparso in *Il Sole-24 Ore* del

Iniziamo con i controlli sulle Università. Questi hanno avuto nella legge del 1989 un dosaggio non perfetto, ma tutto sommato accettabile. Infatti, in base alla legge n. 168 spetta al Ministro il controllo sulle fonti dell'autonomia, sotto il profilo della legittimità e sotto quello del merito, che, si badi bene, vengono entrambi esercitati nella forma della richiesta motivata di riesame, e cioè: in quella particolare forma, caratterizzata dalla funzione collaborativa, che la stessa Costituzione utilizza per garantire le autonomie territoriali.

In particolare, poi, la legge n. 168 prevede che lo stesso Ministro, di fronte alla reitera da parte dell'Università degli atti (con la maggioranza qualificata dei 3/5) possa promuovere, per il ripristino della legalità, il ricorso giurisdizionale. Una soluzione questa che contempera in modo egregio le ragioni della legalità con quelle dell'autonomia [28].

Tuttavia, questo equilibrio, peraltro subito alterato dalla legge n. 341, che prevede anche forme di controllo per approvazione (art. 11, primo comma), sembra essere definitivamente superato nel momento in cui la materia universitaria è stata praticamente delegificata e, di fatto, affidata quasi per intero alla disciplina del Ministro dell'URST. Infatti, in un quadro così delineato, il rapporto tra Università e Ministero tende a ricostituirsi nuovamente in termini gerarchici, per cui il ruolo degli strumenti collaborativi risulta vanificato e le necessità di ricorso al giudice della legittimità degli atti amministrativi praticamente annullate. È sufficiente emanare un decreto particolarmente dettagliato e finanche una *nota di indirizzo*, o una *lettera* – come eufemisticamente vengono definite adesso le così tanto celebrate circolari ministeriali – per dirigere efficacemente le Università e obbligarle a tenere un certo comportamento, o ad assumere determinati contenuti nei loro atti, e il procedimento della richiesta di riesame diventa così un pallido ricordo di un regime dell'autonomia universitaria che non è mai stato compiutamente realizzato.

Da questo punto di vista, poi, la legge n. 370 aggrava la situazione, non solo per la scelta politica di subordinare una quota del «finanziamento ordinario» delle Università alle risultanze della valutazione, ma soprattutto perché il Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario, ben lungi dall'essere una autorità indipendente e garante, rappresenta una emanazione diretta del Ministro e svolge i suoi più peculiari compiti di controllo su richiesta del Ministro stesso [29].

---

14 gennaio 1998, p. 7; e l'intervista al Ministro, On. Zecchino, di M. Reggio, «*Università, è l'ora della concorrenza*», in *la Repubblica* del 24 giugno 2000.

[28] Cfr. l'art. 6, nono e decimo comma, legge n. 168 del 1989.

[29] Per la composizione del Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario

Ma le incongruenze sono pure di altro genere: il NUVA di Ateneo e il Comitato nazionale devono essere composti da «esperti nel campo della valutazione anche in ambito non accademico», una espressione, questa, oscura e foriera di chissà quali esiti, almeno sino a quando non venga istituito un albo degli esperti nel campo della valutazione; inoltre, la previsione che «i nuclei acquisiscono periodicamente, mantenendone l'anonimato, le opinioni degli studenti frequentanti (*sic!*) sulle attività didattiche», non tiene conto che gli «studenti frequentanti» sono una categoria di persone non individuabile, atteso che – di fatto – non esiste l'obbligo della frequenza e che sono venuti meno i mezzi per la sua certificazione; infine, la disposizione in commento esprime un giudizio negativo tanto sui docenti universitari, che possono essere valutati dagli studenti, senza conoscerli e non avendo la possibilità di interloquire con loro, quanto sugli studenti, dal momento che li riduce al rango di delatori delle inadempienze dei loro docenti [30].

Si badi che dove vi sono professori che non fanno il loro dovere di docenti, questi sono ben noti a tutti e non c'è bisogno di ricorrere alle denunce anonime, che sono da sempre uno strumento di ingiustizia, per prendere i provvedimenti opportuni.

Anche il disegno di legge sullo stato giuridico è basato sulla medesima logica di aggravamento della condizione dei docenti e di controllo permanente della loro posizione, senza considerare che incide su un progredire della carriera profondamente mutato, caratterizzato, non solo da una bassa competitività economica, ma anche da una carenza di offerta di posti iniziali, atteso che borse di studio e posti di dottorato sono pochi e distribuiti secondo procedure lunghe e defatiganti. Un sistema, questo, che ha allontanato i giovani migliori dall'università a favore di posizioni professionali più interessanti e meglio remunerate. Inoltre, al precariato iniziale, si aggiunge la situazione delle fasi successive della carriera, nelle quali la mancanza di selezione seria, cui ha condotto il sistema dei concorsi, ha prodotto un livello non competitivo della ricerca e il blocco dei ruoli con richieste, più o meno espresse, di sanatorie *ope legis*, non sempre di per sé vantaggiose, come la richiesta di riconoscimento del ruolo docente della terza fascia [31].

---

cfr. l'art. 2, legge n. 370 del 1999, che prevede la nomina dei componenti con decreto del Ministro dell'URST, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

[30] Cfr. l'art. 1, secondo comma, legge n. 370 del 1999.

[31] Cfr. l'art. 12, secondo comma, del disegno di legge che prevede che «i ricercatori assumono la denominazione di professori di terza fascia». Il paradosso della disciplina che si intende introdurre è dato dalla circostanza che alla trasformazione della posizione dei ricercatori, si fa seguire la messa ad esaurimento del ruolo medesimo, la qual cosa ingabbia i fruitori della promozione *ope legis*, ai quali – una volta dato il riconoscimento del ruolo docente – non è

A fronte di ciò, il disegno di legge sullo stato giuridico prevede il blocco del rapporto numerico tra le due fasce dei professori come meccanismo che dovrebbe salvaguardare la qualità del livello degli ordinari [32].

Ora, tale previsione, difficilmente compatibile con un sistema di autonomie delle sedi universitarie, invece, avrebbe l'effetto di bloccare in molte università le chiamate (per trasferimento o per concorso) dei professori ordinari e di precludere nei prossimi anni – data la composizione numerica dei ruoli (quasi corrispondente) – l'accesso alla prima fascia degli studiosi più meritevoli.

Anche l'aumento delle ore del carico didattico, previsto dal disegno di legge [33], finisce con lo sminuire il ruolo della ricerca e tende ad avere un carattere punitivo verso la categoria dei docenti che – secondo il Ministro – «devono lavorare di più» [34].

In questa ipotesi, non è l'aumento del carico didattico od orario che turba, né spaventa la possibilità di subire delle verifiche sul piano scientifico. Sussiste anche un generale consenso a che gli incapaci e gli sfaticati siano cacciati dall'Università e non sistemati al suo interno come è accaduto con le numerose sanatorie volute da parte del potere politico. Ciò che preoccupa è che nel progetto di legge sfugge la priorità logica e assiologica della ricerca sulla didattica, ché senza la prima, la stessa attività didattica sarebbe ben poca cosa [35].

Infine, l'introduzione della contrattazione individuale di diritto privato in ambito locale ribalta la posizione del professore come configurata dalla Costituzione. Infatti, le disposizioni del disegno di legge, oltre ad attribuire per questa via un consistente potere alla sede amministrativa sui docenti, in modo da condizionarne la posizione, sia dal punto di vista della libertà didat-

---

garantita una seria selezione, e al contempo costruisce un ostacolo insormontabile per le nuove generazioni di ricercatori, i quali saranno precipitati tutti verso forme di nuovo precariato, come nel caso della misura degli assegni di ricerca.

[32] Cfr. l'art. 2, secondo comma, che recita: «in ogni ateneo il numero dei professori ordinari non può superare, per ogni area disciplinare (…) un quinto del totale dei componenti le due fasce».

[33] Cfr. l'art. 3, primo comma, lett. *b*), che dispone «l'obbligo di svolgere, continuativamente in ogni anno accademico 500 ore di didattica» divise tra ore per le lezioni, 120 di didattica frontale, ed ore da dedicare al rapporto con gli studenti ed altre attività, esclusa naturalmente l'attività scientifica.

[34] Cfr. le dichiarazioni rilasciate al *Corriere della Sera* dell'11 novembre 1999: «Basta con i privilegi. (…) Nella nuova Università italiana i docenti, tutti i docenti, dovranno insegnare di più, senza distinzioni»; «obbligo per tutti di dedicare all'università almeno sei ore al giorno».

[35] Cfr. sul punto la posizione di A. Panebianco, *Se l'Università perde la ricerca*, in *Corriere della Sera* del 25 novembre 1999, p. 1.

tica, che della ricerca universitaria, li potrebbe ingabbiare in una posizione di subalternità rispetto al sistema economico, sociale e politico locale [36].

## 9. L'università e le sfide del futuro

Le Università italiane saranno chiamate nei prossimi anni ad affrontare uno dei periodi più duri della loro esistenza. L'integrazione europea e la globalizzazione dell'economia metteranno in campo un processo di competizione tra i diversi sistemi nazionali e la sfida della cultura, della scienza e della tecnologia, sarà centrale per determinare gli assetti economici, sociali e politici della futura Europa.

Punto di forza per riuscire ad avere un ruolo scientifico e culturale non possono essere ordini, o coercizioni, né controlli più penetranti da parte del Ministero. Si tratta, infatti, di strumenti poco consoni ad ottenere un maggiore rendimento nell'insegnamento e nella ricerca, tanto più che le relative libertà, costituzionalmente garantite, non ammetteranno illimitate influenze del potere politico.

Il miglioramento del funzionamento dell'Università, per renderla una istituzione dove la ricerca e l'insegnamento siano al passo coi tempi, richiede molto più che non dei comandi impartiti per decreto ministeriale.

La via da seguire è quella del dialogo tra le diverse istanze di governo e le Università; è quella della collaborazione tra le diverse componenti che lavorano all'interno degli Atenei; è quella della Costituzione Repubblicana che concepisce il rapporto tra docenti e discenti come incontro di due libertà e vede nell'esercizio pieno di queste l'unica possibilità per contribuire allo sviluppo della cultura, della scienza e della tecnica.

Da questo punto di vista, la formazione delle generazioni future è un bene così importante per il Paese, che non ci si può rinunciare.

È bene, perciò, che i professori universitari si preparino, con umiltà e pazienza, ad adempiere a questo dovere, per dare all'Italia una nuova classe dirigente che sia più colta, più responsabile e più coraggiosa.

---

[36] L'art. 7 del disegno di legge sullo stato giuridico prevede, infatti, che il contratto di diritto privato contempli «gli obblighi didattici e di ricerca aggiuntivi»; «la determinazione di specifici obiettivi per l'attività del professore correlati alla programmazione generale d'ateneo», «eventuali intese circa le modalità di esercizio dell'attività libero-professionale e di docenza retribuita a favore di terzi», e «lo svolgimento di attività per conto dell'ateneo a favore di terzi».

III

# IL FORUM

## *La tecnica della legislazione**

* Il Forum si è svolto raccogliendo individualmente le risposte dei partecipanti. L'accorpamento delle risposte dopo i singoli quesiti è opera dei coordinatori Michele Ainis, Pasquale Costanzo e Cesare Pinelli, al fine di meglio evidenziare eventuali consonanze e giustapposizioni nelle opinioni dei partecipanti.

## Quesito 1

*È opportuno che il sistema formativo e l'Università in particolare si facciano carico della professionalizzazione di soggetti in grado di lavorare come esperti nelle varie sedi di progettazione normativa (non solo pubblici)? E, se sì, in che modo si può garantire a queste figure professionali una qualche certezza di sbocco lavorativo?*

### Riccardo Guastini

«Separation of law from politics in the presentation of national or international problems is possible in so far as law is not an end in itself, but a means or, what amounts to the same, a specific social technique for the achievement of ends determined by politics. It stands to reason that in dealing with legal questions the elimination of the political issues involved is always relative, never absolute. In a merely juristic inquiry the political ends of the law-maker, in so far as they are ascertainable in an objective way, are taken for granted, and, hence, not subjected to criticism, except to the degree that it may properly be restricted to the law as a means to these ends. "Juristic" in contradistinction to "political" has the connotation of "technical". It is not superfluous to remind the lawyer that as a "jurist" he is but *a technician whose most important task is to assist the law-maker in the adequate formulation of the legal norms*» (H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, London, 1950, p. XIII, corsivo mio).

Così dicendo, Kelsen sembra suggerire questo: che qualunque giurista dovrebbe, in quanto tale, essere uno specialista nella redazione di testi normativi. A mio modo di vedere, ciò è ineccepibile. Ma sarebbe sbagliato concluderne che gli ordinamenti didattici delle Facoltà di Giurisprudenza oggi esistenti siano per sé sufficienti a garantire questo risultato. Penso, al contrario, che la tecnica di redazione dei testi normativi, e con essa la tecnica di analisi della fattibilità e dell'impatto delle leggi debbano essere fatti oggetto di specifici insegnamenti: non a livello di laurea triennale, s'intende, ma sicuramente a livello di laurea specialistica e, ancor più, a livello di dottorato.

### Giuseppe Ugo Rescigno

Sebbene mi sia lasciato coinvolgere nell'iniziativa del prof. Pattaro (*Università di Bologna: n.d.c*) di predisporre una laurea specialistica per la progettazione legislativa,

continuo a pensare che questa specializzazione è troppo specifica e limitata per giustificare una laurea sia pure specialistica e per dare sufficienti sbocchi di mercato ai laureati con tale titolo. A mio avviso il *draftman* deve possedere una buona preparazione giuridica generale (la laurea specialistica in scienze giuridiche, per intenderci), a cui far seguire corsi specifici di addestramento presso le strutture interessate (e cioè Camere, Consigli regionali, uffici legislativi, ecc.).

### Filippo Patroni Griffi

Vi è sicuramente l'esigenza di adeguare la preparazione professionale dei soggetti che si occupano di progettazione normativa alle novità introdotte in materia dalla legislazione positiva e, soprattutto, alla nuova cultura della «qualità della regolazione» che si va affermando sempre più. Oggi, la sede naturale della progettazione normativa è costituita dagli uffici legislativi dei ministeri e delle varie autonomie normative (penso, esemplificativamente, alle regioni). In questi uffici, la formazione dei funzionari è prevalentemente incentrata sugli aspetti giuridici; spesso vi è scarsa conoscenza delle stesse problematiche concernenti la redazione dei testi normativi, probabilmente perché si ritiene che, in materia, la decisione politica assorbisca ogni aspetto del «legiferare» e che i «giuristi» all'interno degli uffici debbano occuparsi delle questioni giuridiche, «legali», che possono insorgere, e non del farsi delle norme.

Oggi, schematicamente, occorrerebbe:

– la presenza di economisti e analisti dell'organizzazione all'interno degli uffici di progettazione normativa;

– che i giuristi si occupino anche degli aspetti di progettazione normativa in senso stretto e di redazione della norma; in altre parole che si affermasse lo studio del «metodo della legislazione»;

– che sia chiarito il ruolo degli uffici di staff, anche sotto il profilo dell'ausilio e del supporto all'autorità politica per le scelte che questa, attraverso la norma, è chiamata a compiere.

Nel delineato contesto, sul piano delle professionalità, occorre partire dalla «riconversione» del personale esistente e dalla provvista di nuove professionalità. A tale ultimo riguardo, vorrei solo far cenno alle nuove professionalità, soprattutto in campo economico, di recente reclutate, con agili forme selettive, dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

Sul primo profilo, credo che qui ritorni la questione, mai del tutto risolta, della necessità, nelle amministrazioni pubbliche, di meccanismi di «formazione permanente» del personale, che necessariamente deve essere in grado di adeguare le proprie conoscenze e la propria esperienza lavorativa al mutare dei contesti in cui è chiamato a operare.

## Rodolfo Pagano

Non mi pare accettabile l'idea della formazione, attraverso l'università, di una specifica professionalità di esperti nei problemi e tecniche della redazione legislativa (o, in generale, normativa), che sbocchi magari nella richiesta di un ennesimo ordine professionale, destinato peraltro ad incontrare la 'naturale' ostilità del legislatore, perché il legista una volta coinvolto, a qualsiasi titolo, nella cura degli aspetti tecnici del testo legislativo *in fieri*, ne diventa in qualche misura compartecipe sostanziale, essendo impossibile stabilire il confine tra forma e contenuto.

L'università, (in particolare le facoltà di giurisprudenza, di economia e commercio e di scienze politiche) ha, tuttavia, un ruolo, che le è proprio, di ricerca, di analisi e di prospettazione di metodologie e al tempo stesso di «sensibilizzazione» dei futuri laureati alle tematiche della redazione e valutazione legislativa mediante l'istituzione di appositi corsi di insegnamento obbligatori, che potrebbero essere diversificati secondo le facoltà (penso, ad esempio alle analisi d'impatto e relative metodologie nelle facoltà di economia e commercio). È ora infatti che nell'università il fenomeno «legge» sia finalmente studiato globalmente dal momento del suo formarsi fino alla valutazione dei suoi effetti e non soltanto o prevalentemente in vista della sua applicazione al caso singolo.

Il personale addetto alla progettazione dovrebbe essere reclutato nell'ambito delle istituzioni interessate (poiché possiede – si presume che possieda – meglio di altri le cognizioni di base della materia oggetto di regolazione e conosce l'evoluzione della regolazione stessa) e selezionato attraverso un tirocinio teorico-pratico di lunga durata e non con una «infarinatura» data nei cosiddetti seminari di aggiornamento.

## Giovanni Rizzoni

Una solida formazione professionale è certamente un prerequisito indispensabile per operare nelle strutture, pubbliche e private, che si dedicano alla progettazione legislativa.

Penso tuttavia che la sfida di gran lunga più difficile per chi opera in un ufficio legislativo consista oggi nel riuscire a tradurre il proprio patrimonio di competenza tecnica in elementi effettivamente utili alla decisione normativa.

Poiché tutti gli atti normativi di un certo rilievo sono ormai codecisi da una pluralità di attori legati fra loro da relazioni interistituzionali complesse (si pensi ad esempio alle fasi procedimentali di un regolamento di delegificazione), un miglioramento finale della qualità dell'atto normativo può realizzarsi solo se il contributo tecnico non costituisce un ulteriore elemento di difficoltà e complicazione, ma un fattore di semplificazione e «fluidificazione» delle relazioni interistituzionali.

È necessario quindi lavorare molto non solo sul contenuto di ciascun singolo strumento tecnico di supporto alla decisione legislativa, ma anche alla sua «spendibilità» nel concreto ambiente decisionale che caratterizza la formazione dell'atto normativo. Penso ad esempio alle schede di valutazione di impatto sui provvedimenti normativi

previste dalla legge n. 50 del 1999: perché questa innovazione prenda davvero piede mi sembra necessario che gli elementi di informazione contenuti nelle schede possano essere usati anche in sede parlamentare e non solo «endogovernativa».

Credo che questa attenzione al contesto e ai bisogni informativi concreti del decisore politico debba essere un orientamento fondamentale di ogni iniziativa di formazione per gli operatori del settore legislativo. Il rischio altrimenti è di creare dei supertecnici destinati tuttavia a rimanere frustati ed isolati rispetto all'operare dei «politici».

## Quesito 2

*Come valutate la resa del Comitato per la legislazione e, più in generale, dei rimedi introdotti in sede endoparlamentare, per ottenere il rispetto di alcuni* standards *di buona legislazione?*

### Giovanni Rizzoni

La resa del Comitato per la legislazione in questa legislatura è stata senz'altro buona, in primo luogo dal punto di vista del tasso di recepimento da parte delle commissioni permanenti dei pareri del comitato (che fa registrare percentuali molto più alte rispetto a quelle riguardanti l'accoglimento dei pareri delle altre commissioni).

Ma credo che ancora più importanti siano le modalità con cui la «giurisprudenza» del Comitato ha assunto autorevolezza, nonostante la relativa debolezza delle conseguenze procedurali previste in caso di mancato accoglimento dei pareri di questo organo (in sede referente la commissione che si discosta dalle indicazioni del Comitato ha solo l'obbligo di dare ragione di questa scelta nella relazione per l'assemblea).

L'efficacia dei pareri del comitato è derivata non tanto dalla loro cogenza procedurale, ma dalla composizione paritetica maggioranza-opposizione dell'organo. È questa la vera «arma» del Comitato che ne fa un organo veramente unico all'interno del parlamento. E il Comitato ha imparato nel corso della legislatura a sfruttare al meglio questa caratteristica, giungendo ad esprimere i propri pareri quasi sempre all'unanimità (i casi di ricorso al «salvagente» della *dissenting opinion* sono stati pochissimi).

Se confrontiamo questo risultato con quello conseguito da precedenti tentativi di introdurre il «controllo di qualità» nel procedimento legislativo, la differenza è evidente. Il confronto più diretto può essere svolto con la procedura prevista dal vecchio art. 96-*bis* del regolamento della Camera per la verifica da parte della Commissione affari costituzionali della sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza sui decreti legge. Il parere contrario della Commissione, se confermato dall'Assemblea, aveva conseguenze molto gravi, determinando addirittura la reiezione dell'intero disegno di legge di conversione del decreto e la decadenza del provvedimento di urgenza. Proprio questa fortissima forza sanzionatoria dell'istituto aveva tuttavia determinato il suo funzionamento seconda una logica opposta rispetto a quella auspicata dai suoi ideatori: in pratica la deliberazione *ex* 96-*bis* serviva a compattare la maggioranza di governo nel riconoscimento dei requisiti costituzionali anche dei più improbabili decreti legge.

Anticipando in parte la risposta anche alle domande successive, direi che l'espe-

rienza del Comitato dimostri come la via forse più promettente per il miglioramento della qualità della legislazione passi attraverso pratiche di apprendimento istituzionale e di definizione di standard condivisi dalle forze politiche. Piuttosto che supernorme e super organi con funzioni censorie rispetto alla attività legislative delle Commissioni, non trascurerei insomma il ruolo molto efficace che può essere svolto dalla *soft-law* attraverso ad esempio le circolari dei presidenti delle camere in materia di *drafting* (delle quali è annunciato un aggiornamento) e la stessa giurisprudenza del Comitato.

## Rodolfo Pagano

Con l'istituzione del Comitato per la legislazione il legislatore si propone e siede esso stesso come istanza tecnica. Non si può negare che qualche risultato positivo il Comitato consegue, ma è un vaso di coccio tra vasi di ferro. Troppo elevato risulta il tasso di disattenzione dei pareri del Comitato sui provvedimenti ad esso sottoposti in via obbligatoria (spesso motivati con l'urgenza del provvedere) e di entità modesta sono le richieste di attivazione del Comitato stesso provenienti dalle commissioni di merito per il parere sui progetti di legge ordinari e sugli schemi di atti normativi del Governo.

Tuttavia c'è un aspetto fortemente positivo dell'attività del Comitato che merita di essere messo in evidenza. Infatti il Comitato, indipendentemente dagli esiti della sua attività consultiva (accoglimento o no delle sue «condizioni» ed «osservazioni» che in caso negativo richiedono però una motivazione da parte della commissione di merito), costituisce con i suoi richiami un importante strumento di stimolo, di attenzione e di riflessione sulla qualità della legislazione, contribuendo con ciò alla formazione e diffusione della necessaria cultura del *drafting* nell'ambito parlamentare.

## Filippo Patroni Griffi

La costituzione del Comitato per la legislazione alla Camera dei deputati costituisce un fatto sicuramente positivo, perché fa entrare la «cultura» della qualità della legislazione nel vivo del procedimento legislativo parlamentare. Molti studiosi si sono occupati dell'attività del Comitato. In questa sede vorrei solo, dalla mia esperienza, portare l'attenzione su un aspetto generale che mi sembra rilevante. Il Comitato costituisce un organismo con compiti e funzioni «trasversali»; l'attività del Comitato quindi inevitabilmente interferisce con l'attività delle commissioni di merito, nelle quali sono valutate e si compensano le istanze sociali. In qualche misura, quindi, può riprodursi per il Comitato per la legislazione, nei rapporti con le commissioni di merito, una situazione simile a quella che si verifica, all'interno del Governo, tra ministeri di settore e strutture preposte al coordinamento dell'attività normativa: segnatamente, il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio (DAGL) e il Nucleo per la semplificazione delle norme e

delle procedure, istituito dalla legge n. 50 del 1999, come struttura di missione, dedicata al processo di semplificazione e di riordino normativo. Le amministrazioni di settore, tendenzialmente, mirano a portare avanti le istanze «di settore». Nelle sedi di coordinamento tecnico prima – e poi nella sede politica e decisionale del Consiglio dei ministri – le varie istanze si confrontano tra loro. In più, le strutture di coordinamento pongono particolare attenzione alla completezza dell'istruttoria normativa, alla coerenza della nuova normazione con il quadro normativo nazionale e comunitario vigente, alla qualità «formale» del testo. Quest'attività può andare in rotta di collisione con l'attività delle amministrazioni di settore, le quali per definizione tendono a risolvere i problemi nella logica interna al settore. Inoltre, al momento della decisione politica, è inveterata la tendenza a mettere da parte alcuni elementi che potrebbero evidenziare aspetti negativi di una scelta che comunque politicamente si intende prendere ovvero a formulare norme volutamente ambigue, cercando in questo modo il compromesso «politico» sulla decisione da assumere. Situazioni come quelle descritte pongono talvolta in difficoltà il lavoro delle strutture deputate al miglioramento della qualità della normazione; e tale situazione potrebbe inevitabilmente porsi anche con riferimento all'attività del Comitato per la legislazione. D'altra parte, è anche vero che la diffusione della cultura della qualità della regolazione e della qualità dell'istruttoria normativa potrà, col tempo, condurre al miglioramento degli stessi processi decisionali pubblici, che è il vero obiettivo cui bisogna mirare. In ogni caso, mi sembra ovvio auspicare che sarebbe necessario che la medesima, o omologa, esperienza si costituisca anche presso il Senato.

### Giuseppe Ugo Rescigno

Si tratta di iniziative molto timide e parziali, dalle quali non possono derivare che minuscoli e inavvertibili miglioramenti. Il paragone va fatto con le strutture di servizio del Congresso e della Presidenza degli USA, e misurare così l'abisso che esiste tra queste strutture e la miseria organizzativa delle nostre assemblee rappresentative e dei nostri esecutivi.

### Riccardo Guastini

A quanto risulta, il Comitato per la legislazione – la cui istituzione risale al 1997 – ha compiuto negli ultimi tre anni un lavoro notevole, se non imponente. Nondimeno, se si guarda alla produzione legislativa recente (esempi paradigmatici: le due ultime leggi finanziarie), sembra abbastanza evidente che l'esperienza è stata fin qui poco produttiva, se non fallimentare.

Ciò, del resto, era iscritto nello stesso codice genetico del Comitato. Ai sensi dell'art. 16-*bis* Reg. Camera, il Comitato non ha altro potere che quello di esprimere, entro termini assai brevi (art. 73, secondo comma, Reg. Camera), pareri comunque non vincolanti, e, di regola, solo quando gli vengano richiesti. Il miglioramento della

qualità dei testi legislativi, con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente (così il cit. art. 16-*bis*, quarto comma), se mai è realizzabile (del che dubito), esigerebbe misure ben più radicali.

Nell'ultimo «Rapporto semestrale» dello stesso Comitato (luglio 2000) si legge: «l'assenza, nell'ordinamento italiano, di un principio costituzionale a tutela della certezza del diritto e della qualità della legge e il valore non vincolante attribuito dal Regolamento della Camera ai pareri espressi dal Comitato per la legislazione dimostrano [...] che, almeno allo stato attuale, il valore della qualità della legislazione può essere sacrificato in favore di altri valori, pure presenti nell'ambito del procedimento legislativo. Si pensi, in particolare, agli interessi settoriali, ma anche ad un altro valore di tipo «orizzontale» come quello dell'equilibrio della finanza pubblica.

D'altronde, è giurisprudenza costituzionale ormai consolidata che la Corte costituzionale non sia competente a giudicare della eventuale violazione, da parte delle Camere, dei loro stessi regolamenti. Sicché – salva sempre la possibilità di un (improbabile) *revirement* giurisprudenziale in materia – l'efficacia di qualunque statuizione contenuta nei regolamenti parlamentari non è garantita, restando affidata alla buona volontà dei legislatori.

Quanto ad altri «rimedi introdotti in sede endoparlamentare», ho sotto gli occhi le «Regole e raccomandazioni sulla formulazione tecnica dei testi legislativi», adottate dal Senato: un testo formalmente ineccepibile (con poche marginali eccezioni), ma anche un segno di impotenza e rassegnazione.

Intanto, ha dell'incredibile che a qualcuno sia parso necessario dettare, ad esempio, regole (da intendersi, beninteso, come «consigli», non come «comandi») del tenore seguente: ogni articolo si divide soltanto in commi (punto 4.a); Tutti gli atti legislativi devono essere redatti in commi numerati (punto 6.b); In uno stesso articolo, i commi vanno contrassegnati con i numeri cardinali, seguiti dal punto (punto 6.d); e, addirittura, il comma termina con il punto a capo (punto 4.a). L'analfabetismo dei legislatori e dei loro *ghost-writers* non ha dunque limiti?

Ma, a parte queste facezie, si ha l'impressione che il testo in questione cerchi, per lo più, di porre rimedio non tanto alla «cattiva» legislazione, quanto alla cattiva redazione formale di leggi comunque strutturalmente pessime. Pessime perché affollate di rinvii alle più disparate fonti previgenti; pessime perché sempre «novelle», e mai riforme organiche della disciplina esistente; pessime perché tendenzialmente orientate a sostituire piccole porzioni di testo (anche singole parole), anziché riscrivere un testo per intero; pessime perché appesantite da elenchi sterminati; e via dicendo. Un solo esempio: al punto 4.f le «Regole» prevedono (realisticamente) che un comma possa contenere una elencazione tanto lunga che non possa essere esaurita dalle lettere dell'alfabeto, e pertanto (saggiamente) dispongono che, se del caso, si prosegua con lettere raddoppiate (aa, bb, cc, …) e, se occorre, anche triplicate (aaa, bbb, ccc, …).

## Quesito 3

*La richiesta di buona legislazione in Italia è stata molto sollecitata dall'OCSE e dall'UE, la prima con una* checklist*, la seconda più indirettamente, con il protocollo sulla sussidiarietà. Anche in questa materia si sta dunque andando verso una compressione dello spazio deliberativo dei Parlamenti nazionali? Ed è un bene o un male?*

### Giuseppe Ugo Rescigno

La domanda presuppone implicitamente una volontà «punitiva» da parte dell'OCSE e dell'UE nei confronti dei parlamenti nazionali. Mi pare invece che, almeno da parte dell'Unione europea, vi sia l'intenzione di ricondurre le leggi nazionali alle regole comunitarie in materia di confezione degli atti comunitari ed più in particolare dei regolamenti comunitari. Come è noto i regolamenti comunitari (ma anche gli altri atti vincolanti) debbono essere preceduti dai «visto» e dai «considerando»: con i primi l'atto, nel preambolo che precede il testo vero e proprio, indica la base normativa che ne sta a fondamento e attesta l'adempimento delle fasi procedimentali richieste o comunque intervenute; mediante i secondi l'atto enuncia accuratamente i motivi, le finalità, gli obbiettivi, le ragioni che giustificano l'atto. È del pari noto che la Corte di giustizia delle Comunità si avvale continuamente ed incisivamente di tali preamboli, sia in negativo, per annullarli, sia in positivo, per confermarli di fronte ai ricorsi contro di essi. In buona sostanza, gli organi comunitari, mediante i visti ed i considerando, anzitutto attestano la loro cura ed attenzione nel rispettare i trattati istitutivi, ed in secondo luogo rivendicano a se stessi il diritto-potere di spiegare le ragioni dei loro atti, in modo ufficiale ed oggettivo, cosicché la Corte di giustizia, e tutti gli interessati, nel sottoporre ad esame e critica gli atti comunitari, hanno l'onere di misurarsi anzitutto e soprattutto con le giustificazioni che gli stessi autori hanno ufficialmente fornito.

Trovo questa normativa e questa pratica molto più razionali e garantiste della assenza di regole e della pratica italiana le quali, in nome della sovranità popolare e della sacralità della legge, non ammettono preambolo per le leggi formali, e limitano il preambolo per gli altri atti normativi (con o senza forza di legge) alla attestazione dei fondamenti normativi e di fatto che giustificano l'atto, esclusa ogni motivazione sugli obbiettivi e le finalità di esso. La pratica italiana comporta, paradossalmente, un indebolimento del parlamento (e del legislatore in senso sostanziale), che viene a dipendere totalmente dalla ricostruzione del tutto libera che altri, a suo tempo (Corte costituzionale in testa), faranno delle ragioni e dei motivi dell'atto normativo.

In conclusione, questo tentativo che viene dall'Unione europea (penso soprattutto alla dichiarazione n. 39 allegata al Trattato di Amsterdam) di indurre anche i parlamenti nazionali a lunghe ed accurate spiegazioni sulle ragioni e le finalità dei loro atti sia non solo positiva per gli operatori giuridici, ma favorevole al prestigio ed alla autorevolezza dei parlamenti, e limitativa dell'arbitrio dei giudici, e delle corti costituzionali in particolare. D'altra parte vi sono almeno due altre buone ragioni a difesa e sostegno di questo tentativo: a) da un lato la maggiore trasparenza nei confronti del popolo, e cioè un aumento della democrazia; b) dall'altro lato il riconoscimento che la legislazione è oggi nella stragrande maggioranza dei casi progettazione di risultati, piuttosto che mera regolazione di comportamenti, e dunque è coerente e conseguente che in questa progettazione siano esplicitati ufficialmente tutti gli argomenti pertinenti che spiegano e giustificano quello specifico progetto al posto di altri.

## Riccardo Guastini

La «compressione dello spazio deliberativo dei parlamenti nazionali» a favore, in particolare, delle istituzioni comunitarie andrebbe valutata sotto almeno quattro profili distinti. Succintamente:

(a) il primo profilo è quello, squisitamente politico, della opportunità di trasferire quote indeterminate, ma comunque crescenti, di sovranità nazionale (art. 11 Cost.), ma anche popolare (art. 1, secondo comma, Cost.), ad istituzioni sovranazionali;

(b) il secondo è quello, dogmatico-giuridico, della legittimità costituzionale (ai sensi della costituzione italiana vigente) di siffatto trasferimento;

(c) il terzo è quello (abusato) della mancanza di legittimazione democratica delle istituzioni europee;

(d) il quarto, ma non ultimo per importanza, è quello del «merito» della legislazione comunitaria.

Com'è ovvio, ciascuno di questi punti richiederebbe un lungo discorso. Mi limito a toccare di sfuggita i punti secondo e quarto.

Quanto al secondo punto, la mia opinione – ho cercato di argomentarla distesamente in altra sede («*La primauté du droit communautaire: une révision tacite de la Constitution italienne*», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 9, 2000) – è che la costituzione vigente ammetta (forse) la diretta applicabilità di talune fonti comunitarie «derivate», ma il rimanente assetto dei rapporti tra fonti comunitarie e fonti interne – prevalenza dei Trattati e dei regolamenti su leggi successive e addirittura su norme costituzionali, con la sola eccezione dei principi supremi – non ha alcun fondamento. Anzi, per dirla tutta, è decisamente incompatibile con diverse norme costituzionali (prime fra tutte quelle espresse dagli artt. 1 e 70).

Quanto al «merito» della legislazione comunitaria, non nascondo i miei sentimenti di avversione, dovuti alla sua accentuata tendenza totalitaria. Intendo «totalitaria» in senso tecnico: è totalitaria in questo senso una legislazione che disciplina –

o tende a disciplinare – la totalità della vita sociale, se del caso nei più minuti dettagli. Beninteso, tendenze totalitarie sono presenti anche nei parlamenti nazionali. Ma ciò non toglie che la Comunità europea abbia bisogno di una vera «rivoluzione liberale».

### Giovanni Rizzoni

Non parlerei di compressione dello spazio deliberativo dei parlamenti a proposito della definizione in ambito internazionale di *standard* di buona legislazione, quasi che le Assemblee legislative «subissero» queste iniziative. Mi sembra anzi che i parlamenti siano attualmente i più attivi promotori dei più avanzati progetti in corso in questo campo.

Questo è particolarmente evidente in ambito europeo. Sono stati i parlamenti nazionali – soprattutto quelli nordici – ad esprimere crescenti preoccupazioni per la qualità e quantità della normativa comunitaria e il potenziale «impatto inflazionistico» sugli ordinamenti nazionali di una produzione normativa comunitaria fuori controllo. Di qui la richiesta di standard qualitativi e di una maggiore attenzione al problema della semplificazione e del coordinamento della normativa comunitaria con le legislazioni dei singoli paesi.

Quanto all'OCSE, questa organizzazione sta letteralmente «scoprendo» il ruolo dei parlamenti come fattore decisivo per il successo delle iniziative di *regulatory reform* nelle democrazie avanzate. Dalle analisi più recenti svolte dall'OCSE sul sistema normativo di alcuni paesi di democrazia avanzata, emerge come l'uso degli strumenti tecnici (quali le *checklist*) per la verifica della qualità della normazione non sia sufficiente senza un adeguato sostegno da parte della coppia istituzionale Governo-parlamento. In un contesto in cui il potere normativo finale è sempre più spesso «delegato» a centri esterni (Autorità indipendenti, agenzie, sistema delle autonomie) gli organi della rappresentanza politica hanno tutto l'interesse a fare funzionare gli strumenti per la fissazione e la verifica degli standard qualitativi della normazione. Attraverso questi strumenti tecnici la «politica» non viene limitata, ma semplicemente meglio «attrezzata» per svolgere meglio i propri compiti di indirizzo, controllo, verifica sui risultati.

### Rodolfo Pagano

Se si ritiene che sia un bene la formazione di una comunità europea con la progressiva integrazione nella stessa di poteri sovrani degli Stati nazionali, la compressione dello spazio deliberativo dei parlamenti nazionali è una conseguenza necessaria.

Nel caso specifico la raccomandazione dell'OCSE, rivolta a tutti gli Stati membri della organizzazione, di adottare regole di buona legislazione risponde ad una esigenza di buona gestione della cosa pubblica. Infatti, con la sua *checklist*, peraltro riprendente raccomandazioni già espresse in documenti ufficiali di alcuni Stati euro-

pei (*in primis* la Germania) per cui essa non ha rappresentato una novità se non in termini di un'ampia pubblicizzazione, l'OCSE ha voluto segnalare i costi economici che comporta un modo di legiferare irrazionale.

### Filippo Patroni Griffi

Non credo vi sia antinomia tra «bontà della legislazione» e «spazio deliberativo» del parlamento: guai se così fosse. La qualità della regolazione fornisce un metodo che risponde a due esigenze: assicurare una decisione politica «consapevole e ben informata»; rendere meglio comprensibile una norma ai suoi destinatari. Se queste sono le finalità del miglioramento della qualità della regolazione, gli spazi del parlamento sono intatti, purché si tratti di spazi «deliberativi», che concernano cioè una libera decisione politica che si fondi, però, su dati esatti e istruttoria completa e che sia chiara e comprensibile a tutti. Se questo è vero, le sollecitazioni che ai sistemi nazionali vengono dall'esterno, soprattutto dall'OCSE, ma anche dalla riflessione comparata sugli altri sistemi nazionali, non possono che essere valutate positivamente, perché, oltre a fornire interessanti spunti sul piano tecnico e operativo, consentono di diffondere e rendere omogenee le attività volte ad assicurare la bontà delle scelte normative e del prodotto.

## Quesito 4

*D'altra parte, ritenete che i vincoli apposti in capo al legislatore dalla legislazione degli ultimi anni siano sufficientemente solidi, oppure, vista la pariordinazione tra atto che vincola e atto che sarebbe vincolato, vi è il permanente rischio di disattendere quanto stabilito? E in questo caso, potrebbe essere utile introdurre alcuni princìpi costituzionali in materia?*

### Giuseppe Ugo Rescigno

Non vedo come il legislatore possa vincolare il legislatore futuro, a meno che il vincolo si fondi sulla costituzione (ma allora la legge interposta fonda il suo maggior valore non su se stessa ma sulla costituzione). Del resto tutti i ridicoli e patetici tentativi di introdurre disposizioni del tipo «la presente legge può essere modificata solo in modo espresso» sono falliti e non potevano non fallire. Trovo d'altra parte eccessivo collocare in Costituzione regole sulla buona redazione delle leggi. Questo è uno di quei casi in cui rivela tutta la sua utilità la legge organica, sul modello francese o spagnolo, e cioè una legge intermedia tra la costituzione e la legge ordinaria, che, fondata sulla costituzione, o permette appunto di legiferare sul modo di legiferare (facendo corrispondere gerarchia concettuale e gerarchia normativa) o garantisce con norme relativamente stabili e comunque certe le molte autonomie oggi incomprimibili (da quelle delle regioni e degli enti locali alle università) o costringe a mantenere in ordine corpi normativi organici laddove è bene che ogni riforma, per quanto piccola, sia meditata e resti coerente con l'edificio già costruito (si pensi alle norme in materia di giurisdizione, di grandi corpi dello Stato, e simili). Se però non è possibile o non si vuole introdurre la legge organica, solo una norma costituzionale può vincolare il futuro legislatore. Dovendo comunque introdurre una modifica nella vigente Costituzione, trovo più rispondente alla natura delle cose e più governabile non un complesso di regole che disciplinano direttamente il modo di fare le leggi, ma una disposizione costituzionale di rinvio che fonda una legge speciale ed in tal modo, attraverso la tecnica della norma interposta, vincola le leggi successive a tale legge speciale (salva ovviamente la possibilità del legislatore di modificare proprio tale legge speciale). In altre parole si otterrebbe qualcosa di simile alle legge sulla pubblicazione legale: libero il parlamento di modificare la legge sulla pubblicazione legale per il futuro, ma è obbligatorio intanto rispettare tale legge fino a modificazione intervenuta.

## Filippo Patroni Griffi

Certamente, i vincoli che, in sede legislativa ordinaria, possono essere apposti al futuro legislatore sono, per loro natura, assai labili. La vicenda attinente alla delegificazione – colta dalla dottrina – è al riguardo illuminante: la delegificazione di procedure amministrative, operata da una legge di autorizzazione, è soggetta a costanti interventi di rilegificazione successiva, che crea anche non pochi problemi di commistione di fonti; capita così che una legge inserisca una novella in un regolamento o che ne modifichi un comma, con le anomalie che è facile immaginare. Sarebbe senz'altro auspicabile un intervento di rango costituzionale sul sistema delle fonti, che vada nel senso di una sostanziale ripartizione del potere normativo tra parlamento e governo, assistito dalla garanzia di una «riserva».

Quanto al problema specifico della delegificazione-rilegificazione, affido alla riflessione e al dibattito dei giuristi una disposizione contenuta nel disegno di legge di semplificazione approvato il 16 febbraio scorso dal Consiglio dei Ministri.

La norma prevede due meccanismi, tra loro collegati, di «consolidamento dei processi di delegificazione» (art. 2). Il primo comma stabilisce che le disposizioni di legge recanti la delegificazione di una materia «si intendono abrogate» solo se la legge successiva disponga esplicitamente in tal senso; trattasi di una norma di semplice ermeneusi e non penso che potesse farsi diversamente. In altre parole, l'interpretazione di una legge che interviene in una materia precedentemente delegificata non va interpretata come revoca dell'autorizzazione precedente alla delegificazione, salvo che ciò non sia espressamente disposto. Conseguentemente – e si è al secondo comma – la norma di rilegificazione può essere successivamente modificata da una norma di regolamento, proprio sul presupposto che la precedente delegificazione non sia mai stata revocata.

Non so se questo vincolo possa funzionare e comunque credo valga la pena di riflettere su questo meccanismo.

## Riccardo Guastini

Può il legislatore dettare efficacemente limiti alla legislazione futura? O invece una legge che pretenda di limitare lo stesso legislatore è, fatalmente, «*inutiliter data*»? Conviene distinguere.

Occorre infatti porsi due domande. Prima: «legislazione (futura)» in che senso? Seconda: quale tipo di limiti?

Da un lato, parlando di «legislazione» possiamo riferirci alla legge formale, come anche agli atti governativi aventi forza di legge: e non è detto che nei due casi la domanda esiga la stessa risposta.

Dall'altro lato, i limiti in questione possono essere di tipo formale (procedurale) o invece materiale (sostanziale): e, di nuovo, non è detto che in entrambi i casi la domanda esiga la stessa risposta.

(1) Prima ipotesi: la legge formale detta limiti (di qualunque genere) agli atti governativi aventi forza di legge: è il caso, ovviamente, della legge n. 400 del 1988. Sono tali limiti vincolanti? E, se sì, quali effetti giuridici produce la trasgressione?

Si potrebbe essere tentati di rispondere: no, tali limiti non sono vincolanti, per la buona ragione che la legge formale può essere derogata e/o abrogata da atti pariordinati nella gerarchia delle fonti. Ma non sarebbe una risposta persuasiva. Ciò per la combinazione di due ragioni.

(a) La prima ragione è di ordine concettuale, ed è la seguente. Un conto è derogare ad una norma, o abrogarla; un altro conto è violarla, senza prima averla abrogata. Che un atto avente forza di legge possa abrogare la legge – ivi inclusa la legge che lo disciplina – o derogare ad essa, è certo. Ma, appunto, che possa abrogarla non vuol dire che possa anche violarla.

Una norma può solo essere abrogata o derogata da un'altra norma che disciplini in modo difforme la medesima classe di fattispecie (abrogazione) o una sottoclasse della medesima classe di fattispecie (deroga). Se una prima norma N1 dispone «Se F, allora G», e una seconda norma N2 dispone «Se F, allora non G», ecco che N1 è abrogata. Se N1 dispone «Se F, allora G», e N2 dispone a sua volta «Se F e H, allora non G», ecco che N1 è derogata.

Ma – questo è il punto – una norma non può essere derogata o abrogata da un'altra norma che disciplini fattispecie distinte e irrelate. Così, ad esempio, una norma di legge formale, in virtù della quale «Il decreto-legge non può disporre in materia elettorale» (combinato disposto dell'art. 15, secondo comma, lett. *b*), legge n. 400 del 1988, e 72, quarto comma, Cost.), sarebbe abrogata da un decreto legge il quale stabilisse a sua volta. «Il decreto-legge può disporre in materia elettorale»; sarebbe derogata da un decreto-legge, il quale stabilisse «Nelle circostanze x il decreto-legge può disporre in materia elettorale». Ma un decreto-legge il quale disponga in materia elettorale – senza previa abrogazione o deroga della norma in questione – abroga o deroga alla previgente disciplina della materia elettorale, non alla norma che vieta ai decreti-legge di disporre in quella materia. Questa norma è violata, non abrogata o derogata, dal decreto-legge in questione.

(b) D'altro canto – ed è questa la seconda ragione – non v'è dubbio che, nell'ordinamento vigente, la funzione esecutiva sia subordinata alla legge, in virtù dei principi della divisione dei poteri e dello stato di diritto. È pacifico, insomma, che il Governo sia soggetto alle leggi e non possa violarle.

Ma, appunto, le norme della legge n. 400 del 1988 non fanno altro che regolare una specifica attività del Governo, e sono per esso vincolanti. Che poi l'attività governativa in questione metta capo ad atti provvisti di forza di legge è semplicemente irrilevante. Se il potere esecutivo si discostasse dall'obbedienza alle leggi, smetterebbe di comportarsi come potere esecutivo.

Pertanto, se ad esempio il Governo adotta un decreto-legge in violazione della legge n. 400 del 1988, non abbiamo a che fare con una fonte che deroga ad un'altra fonte. Abbiamo a che fare, più semplicemente, con un attività governativa compiuta in violazione di una norma legislativa che la disciplina.

Conclusione: la legge formale è vincolante per gli atti governativi aventi forza di legge.

Ma, naturalmente, qui giunti, occorre domandarsi se si tratti di un vincolo efficace, o se invece la violazione della legge sia destinata a restare senza rimedi. Ebbene, due distinti rimedi si possono immaginare, con due diverse linee argomentative.

(i) Prima possibilità: un atto governativo con forza di legge adottato in violazione della legge formale è costituzionalmente illegittimo, e pertanto soggetto ad annullamento da parte del giudice costituzionale. L'illegittimità costituzionale di un decreto siffatto può essere argomentata in riferimento ai principi, gi menzionati, dello stato di diritto e della divisione dei poteri. Si tratta, beninteso, di principi non scritti, ma per il giudice costituzionale – che si è sempre dimostrato interprete assai fantasioso – non dovrebbe essere un problema trovarne il fondamento in qualche disposizione costituzionale espressa: ad esempio, negli artt. 70, 76 primo comma, 94, 95 e 113.

(ii) Seconda possibilità; ai sensi dell'art. 101, secondo comma, i giudici sono soggetti alla legge formale (non anche agli atti cosiddetti «equiparati»), e ad essa sola. Sicché hanno il potere e il dovere di negare applicazione ad atti governativi adottati in violazione della legge formale.

(2) Seconda ipotesi: la legge formale detta limiti alla legge futura. Qui si aprono questioni assai delicate.

Anzitutto si deve dire, a onor del vero, che una norma di legge la quale imponga dei limiti qualsivoglia allo stesso legislatore (le Camere) è di dubbia legittimità costituzionale. Così è, poiché – si potrebbe argomentare – l'art. 70 Cost. conferisce alle Camere la funzione legislativa in modo pieno e permanente. Sicché una legge che pretendesse di dettare limiti al legislatore futuro costituirebbe un tentativo di circoscrivere, nel futuro, la stessa funzione legislativa conferita alle Camere; il che, appunto, non pare compatibile con la cosiddetta «inesauribilità» della funzione legislativa, voluta dalla costituzione. Le Camere, insomma, come non possono spogliarsi, oggi, della funzione loro conferita, o circoscriverla, allo stesso modo neppure possono spogliarne, in tutto o in parte, le Camere future.

Ma lasciamo da parte questa possibile linea argomentativa, e assumiamo che una legge formale la quale detti limiti alla legge futura non sia incostituzionale. Dobbiamo allora domandarci: una legge siffatta sarebbe vincolante? E, se lo fosse, quali rimedi vi sarebbero alla sua violazione? Come si è anticipato, occorre distinguere tra limiti formali e limiti materiali.

(a) Limiti formali. Poniamo che una legge detti norme procedurali relative alla legislazione futura, obbligando le Camere, per esempio, ad adottare un certo procedimento di redazione delle leggi allo scopo di garantirne la pulizia formale, la chiarezza, e quant'altro.

Ebbene, diciamo subito che – se si interpreta l'art. 72, primo comma, Cost. nel modo usuale, e cioè come una riserva di competenza a favore dei regolamenti

d'assemblea in materia di procedimento legislativo – una legge siffatta sarebbe certamente incostituzionale.

Vale tuttavia la pena di porsi, in sede teorica, la questione seguente: in assenza di questa riserva di regolamento d'assemblea (o in presenza di una diversa interpretazione dell'art. 72, primo comma), avrebbe la legge in questione una qualche efficacia giuridica?

Conviene resistere alla facile tentazione di rispondere senz'altro «no», adducendo il solito argomento che nessuna fonte può dettare limiti ad una fonte equiparata, giacché tra fonti equiparate vale il principio «*lex posterior derogat priori*».

Scrive Crisafulli: «Una legge sorta in violazione delle norme che stabiliscono come debbano farsi le leggi non può che essere una legge invalida, anche in ordinamenti a costituzione flessibile. Certo, in tali ordinamenti, la legge (ordinaria) è in grado di liberamente modificare le regole, pur se scritte nei testi costituzionali, disciplinanti la formazione delle leggi, ma nessuna legge può trasgredirle in un singolo caso, poiché altro è mutare il diritto vigente, nelle forme da questo prescritte, altro non ottemperare a quanto esso attualmente dispone» (V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale,* V ed., Padova, 1984, p. 258).

In altre parole: anche in regime di costituzione flessibile – in un ordinamento, cioè, nel quale legge e costituzione sono pariordinate nella gerarchia delle fonti – il legislatore è vincolato dalle norme (costituzionali) sulla legislazione, giacché, come abbiamo visto sopra, un conto è abrogare tali norme, un altro conto è violarle. Sennonché i rapporti tra una costituzione flessibile e la legge – a meno di non voler aderire alla dottrina della «necessaria rigidità delle costituzioni» (così si esprime Alessandro Pace) – sono identici a quelli che intercorrono tra due leggi formali. Conclusione: il legislatore non può sottrarsi alle norme procedurali dettate da un legislatore precedente, a pena di invalidità.

E se tuttavia il legislatore violasse queste norme? Vi sarebbero rimedi disponibili? Non nell'ordinamento vigente. Per un verso, una legge adottata in violazione di una legge precedente non potrebbe dirsi incostituzionale, e dunque non ricadrebbe sotto la giurisdizione della Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost. Per un altro verso, non sarebbe ammissibile che i giudici negassero applicazione alla legge successiva solo perché adottata in modo difforme da quanto richiesto da una legge precedente, per l'ovvia ragione che i giudici sono incondizionatamente soggetti alla legge (art. 101, secondo comma): certo non ad una «parvenza di legge», ma ad un testo riconoscibile come legge (e sarebbe questo il caso), sì, senza alcun dubbio.

(b) Limiti materiali. Poniamo che una norma di legge detti limiti materiali alle leggi future: ad esempio – ma è un esempio non scelto a caso – interdica la propria abrogazione tacita (si vedano l'art. 1, secondo comma, legge n. 4 del 1929; l'art. 1, terzo comma, legge n. 142 del 1990; l'art. 7, legge n. 50 del 1999, ecc.), o addirittura interdica la propria abrogazione *tout court*.

Ebbene, una norma siffatta – se anche non fosse incostituzionale (per contrasto con l'art. 70) – non avrebbe alcuna efficacia giuridica. Per la banale ragione che l'art.

70 Cost., nel conferire alle Camere la funzione legislativa, non ne circoscrive in alcun modo l'esercizio ad un tempo determinato. Se le Camere potessero oggi legittimamente inibire alle Camere di abrogare una legge domani, ecco che le Camere di domani non sarebbero più titolari della funzione legislativa: almeno, non nella sua pienezza. Insomma, in virtù dell'art. 70 Cost., la funzione legislativa è «inesauribile».

Peraltro, una disposizione che dichiari una data legge non soggetta ad abrogazione o deroga tacita – se anche non può vincolare il legislatore futuro – non è però totalmente priva di effetti. Essa può essere intesa come una direttiva di interpretazione rivolta agli organi dell'applicazione. In virtù di tale norma, gli organi dell'applicazione hanno l'obbligo di non considerare tacitamente abrogate o derogate per incompatibilità le disposizioni sopravvenute: devono, insomma, fare una sorta di interpretazione «adeguatrice» delle disposizioni successive, intendendole come non incompatibili con quelle antecedenti (anche contro il loro tenore letterale).

Ma è plausibile che i (nostri) legislatori, quando adottano disposizioni di questo tenore, siano di testa così fina da prevedere questa (in fondo cervellotica) interpretazione? È più sensato immaginare che, semplicemente, non sappiano quello che fanno.

L'ovvia conclusione di tutto questo discorso farraginoso è che la qualità della legislazione – se mai è un traguardo raggiungibile (del che è lecito dubitare) – non può essere ottenuta se non introducendo apposite clausole costituzionali, come tali sicuramente giustiziabili, in materia di redazione dei testi legislativi e di codificazione.

## Giovanni Rizzoni

L'introduzione di alcuni principi costituzionali sarebbe senz'altro utile per rilanciare e rafforzare quanto si è in questi anni fatto per migliorare la qualità della produzione normativa. Abbiamo bisogno in materia di veri principi di livello costituzionale sufficientemente elastici e generali per orientare la produzione normativa ai diversi livelli. Si può a questo proposito cominciare con la riscoperta dei principi già esistenti, come quello enunciato dall'art. 5 Cost. che impone alla Repubblica di adeguare i principi e metodi della legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento. «Pensare» davvero le modalità applicative di questo principio nella legislazione ordinaria diventerebbe anzi una priorità assoluta in caso di approvazione della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione. Sembra molto difficile potere affrontare l'enorme rimescolamento di competenze normative tra Stato e Regioni previsto in quel testo senza giungere alla definizione di metodi condivisi per coordinare l'attività legislativa prodotta ai diversi livelli di governo. Sui temi del metodo della legislazione tra Stato e Regioni implicati dalle recenti riforme è stato recentemente istituto un gruppo di lavoro composto da membri delle due camere e presidenti dei consigli regionali. Si tratta di una iniziativa senza precedenti e che credo vada seguita con molta attenzione.

## Rodolfo Pagano

Il punto «debole» del sistema di regole di *drafting* legislativo è nel basso tasso di vincolatività delle regole stesse. Ciò dipende, innanzitutto, dalla fonte da cui esse traggono origine. È noto che, salvo qualche eccezione, nella maggioranza dei casi tali regole sono contenute in atti che figurano negli ultimi posti della scala gerarchica delle fonti normative.

D'altra parte non si può dire che la situazione migliorerebbe se i vincoli della legistica (termine qui inteso in senso lato) fossero stabiliti con legge formale, come è il caso, per citare il più recente, dei primi tre articoli della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente. In casi del genere si può convenire su un certo grado di vincolatività della regola nei confronti dei titolari della iniziativa legislativa (in fase di progettazione legislativa), ma non nei confronti del legislatore, il quale può in ogni istante con nuova norma derogare, anche tacitamente, alla norma precedente, trattandosi di atti pariordinati. Nel caso specifico della citata legge n. 212, questa è stata espressamente derogata con la legge 23 novembre 2000, n. 280. In modo tacito a sorte analoga sono andate incontro le diverse leggi recanti la clausola di modificazione o di abrogazione espressa, non essendo la sua collocazione nella legge idonea a dare una risposta efficace al problema che s'intende risolvere poiché non garantisce contro una deroga tacita da parte di una legge successiva E senza una copertura costituzionale sembra azzardato sostenere che una legge che modifichi implicitamente una legge recante la clausola di modificazione espressa possa essere inapplicata da parte del giudice.

La norma costituzionale, di per sé idonea a vincolare il legislatore ordinario, non può, ovviamente, costituire il principale strumento di regolazione della materia, salvo nel fissare qualche caposaldo. Uno di questi, ad esempio, era stato introdotto nel progetto di revisione costituzionale elaborato dall'ultima Commissione bicamerale (art. 92) a salvaguardia della integrità dell'opera di codificazione.

A mio parere lo strumento più appropriato a porre dei vincoli efficaci nei confronti del legislatore è il regolamento parlamentare, poiché esso fissa le regole del gioco, le regole cioè per la formazione della legge la quale non può validamente formarsi se non attraverso quelle regole non modificabili nel corso del gioco. Altrimenti sarebbe come pretendere, nel corso di una partita a scacchi, che il pedone può retrocedere.

Come esempio di tipologia di regole che possono essere fissate nel regolamento si possono indicare quelle che pongono come condizione di ricevibilità o di procedibilità nell'esame dei progetti di legge il rispetto di predeterminate condizioni o di requisiti formali del testo. In questa direzione sembrano andare alcune delle ultime innovazioni apportate ai regolamenti parlamentari.

Anche regole apparentemente lontane possono influire sulla buona o cattiva redazione del testo. Penso ad esempio alle norme relative ai tempi di presentazione degli emendamenti e ai termini per l'espressione del parere sugli stessi oppure agli effetti della posizione della questione di fiducia sugli articoli di un progetto.

Questione diversa è se tutto debba essere disciplinato dal regolamento (ipotesi

che mi sembra sia da scartare) o solo in parte, lasciando per il resto al prudente apprezzamento del legislatore assumere di volta in volta la decisione più appropriata al caso. Ma ciò chiama in causa, come già accennato, la presenza di una cultura politica attenta ai valori della giuridicità o quantomeno la presenza di una acquisita sensibilità alla legistica da parte del legislatore e dello *staff* servente.

## Quesito 5

*Siete o no dell'opinione che buone tecniche redazionali e buoni studi d'impatto potrebbero in qualche misura anche «razionalizzare» la politica oppure ritenete quest'ultimo obiettivo una battaglia comunque «persa» in partenza, a causa della «naturale» refrattarietà della politica a farsi in qualche modo condizionare?*

### Giovanni Rizzoni

Ho già risposto in parte a questa domanda. Aggiungo che la politica ha tutto l'interesse a impadronirsi delle migliori tecniche per la progettazione normativa e la redazione dei testi, semplicemente perché questi strumenti se ben congegnati facilitano il raggiungimento degli obiettivi che il politico si pone con un nuovo intervento normativo.

Se il risultato qualitativo finale della decisione normativa è scarso, questo avviene nella grande maggioranza dei casi non per la «refrattarietà» del politico ad accettare i consigli di buona legislazione, ma per l'ancora insufficiente maturazione di strumenti in grado di sostenere la attività legislativa nel particolare ambiente decisionale e con i vincoli temporali che le sono propri. Il nuovo regolamento della Camera ha tentato di generalizzare all'intera fase referente in Commissione la positiva esperienza svolta in materia di istruttoria tecnica in materia di copertura finanziaria dei progetti di legge. Quello che ci manca per rendere pienamente operativa questa innovazione sono proprio gli strumenti che - analogamente a quanto avvenuto con le relazioni tecniche sulla copertura dei provvedimenti - permettano veramente di «giocare» nell'arena parlamentare la verifica sulla qualità della legislazione.

### Rodolfo Pagano

La razionalizzazione della legislazione (concetto che implica i valori della economicità, della adeguatezza allo scopo, della coerenza, della comprensibilità, della certezza della norma nonché della coordinazione con le norme previgenti) è un ideale cui tendere, ma che tuttavia si realizza (o ne è invocata la realizzazione) nella misura in cui la politica ne avverte la necessità per il perseguimento dei suoi obiettivi primari. Non a caso l'attenzione ai temi della legistica si è manifestata in modo intensivo in questi ultimi decenni a fronte di una legislazione divenuta sempre più inflazionata, inquinata, non più governabile, tanto da indurre i governi ad effettuare indagini sul

modo di legiferare ed a emanare regole e raccomandazioni a riguardo, fino a prevedere di introdurre soluzioni più incisive a livello politico-istituzionale (ridefinizione dei rapporti Governo-Parlamento in materia di produzione legislativa, programmazione della politica legislativa con particolare riguardo alla semplificazione, delegificazione e riordino della legislazione esistente, riorganizzazione delle procedure parlamentari, istituzione di organi di monitoraggio della qualità della legislazione). Insomma il miglioramento della qualità della legislazione è diventato un obiettivo politico di primo piano tanto da figurare per la prima volta in un trattato internazionale (è il trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 che contiene in allegato una dichiarazione sulla *Qualità redazionale della legislazione comunitaria*).

Ma, pur riconoscendo una certa disponibilità del legislatore ad autocorreggersi, di cui è appunto testimonianza l'adozione di misure per una migliore qualità del prodotto legislativo, la razionalizzazione della legislazione è un traguardo difficile se non addirittura impossibile da raggiungere.

A sostegno di questa opinione si possono citare i numerosi casi di decisioni legislative assunte nella assoluta indifferenza per i canoni della legistica, prevalendo l'interesse politico del momento. D'altra parte, non tutto è imputabile al legislatore.

## Giuseppe Ugo Rescigno

Sarebbe illusorio e sbagliato attendersi dalla tecniche legislative condizionamenti, quali che siano, sulla politica. Esattamente al contrario, qualsiasi tecnica legislativa ha una qualche possibilità di successo solo se si adegua alle ragioni della politica. Questo non vuol dire che non possano andare di pari passo: anzi, è tanto più probabile che le tecniche diventino strumento usuale e fruttuoso di azione quanto più diventano parte integrante dei programmi politici; ma appunto il motore deve venire dai politici, e non può venire dai tecnici, i quali possono al più convincere con buoni argomenti i buoni politici a introdurle e praticarle.

## Riccardo Guastini

«Condizionare la politica» è un'espressione vaga, ambigua, e suggestiva. Tradurrei così: «condizionare la politica» significa limitare il potere politico (e che altro, se no?).

Ma solo il potere può frenare il potere: l'insegnamento di Montesquieu non ha perduto validità. Insomma, per «condizionare la politica» occorre un sistema di freni e contrappesi.

Ad oggi, il sistema più efficiente che siamo riusciti ad inventare è la rigidità costituzionale accompagnata dalla garanzia giurisdizionale della costituzione. La «razionalizzazione» della legislazione passa attraverso la costituzionalizzazione di principi quali: la certezza del diritto, la chiarezza del dettato legislativo, la codificazione (almeno del diritto penale!).

Filippo Patroni Griffi

Credo che tutto dipenda da come si imposti la questione, direi quasi sul piano psicologico. E, in più, molto dipende dalla «qualità della Politica» che il nostro Paese si vuole dare. Certo, se la decisione politica è vista come frutto del «compromesso» a tutti i costi, dove l'incertezza della norma è strumentale alla composizione dell'accordo, le tecniche di qualità della regolazione e i metodi di analisi di impatto saranno visti dalla politica come «condizionamento». Se invece questi meccanismi sono considerati come uno strumento che serve alla politica per prendere decisioni chiare e informate, cioè decisioni che muovono da una esatta e «misurata» rappresentazione dei fattori che determinano la decisione, la quale così si traduce in norme di tendenzialmente univoca lettura, allora queste tecniche potranno rivelarsi un utile strumento non solo per la qualità della regolazione, ma addirittura per la qualità della Politica.

## Quesito 6

*È possibile ottenere la chiarezza del diritto affidandosi a un ventaglio di strumenti tecnici (il drafting, l'analisi di fattibilità, la codificazione, ecc.), o c'è invece un nesso fra questo traguardo e la stabilizzazione della nostra forma di governo? In altre parole, quanto incide la difficoltà tutta italiana di coagulare maggioranze compatte ed omogenee, rispetto alla scarsa qualità delle nostre leggi?*

### Rodolfo Pagano

Un costituzionalista francese del primo quarto del secolo scorso, in un saggio "sul problema della competenza nella democrazia" notava, a proposito delle leggi, una relazione tra sviluppo della democrazia e crisi della redazione legislativa. Ripercorrendo le tappe della storia costituzionale del suo paese osservava che in generale «le souci de la compétence technique du législateur a été inverse du degré de liberté politique» e si domandava se era possibile conciliare i vantaggi della competenza che si rinvengono nei regimi monarchici o cesarei (come li denominava) con i principi di giustizia, di eguaglianza e di libertà che comporta l'avvento dei regimi democratici.

Ancora oggi il problema della conciliazione, nelle democrazie parlamentari, della competenza tecnica e della rappresentanza politica nella formazione della legge è alla ricerca di una soluzione adeguata. Per inciso rilevo che in Francia si è tentato di risolverlo principalmente attraverso le riforme incentrate (dall'epoca napoleonica ad oggi) sul ruolo attribuito al Consiglio di Stato nel procedimento di formazione della legge.

Maggioranze parlamentari non omogenee ed instabili e governi di breve durata sono elementi che certamente non contribuiscono alla produzione di una legislazione di qualità. È in questi contesti che maggiormente si avverte la necessità di un apporto della competenza tecnica ponendo mano a strumenti che possano condurre ad una ragionevole elaborazione delle norme in termini di chiarezza e di certezza.

Ma non si deve cadere nell'errore di attribuire a questi strumenti virtù taumaturgiche. È da considerare, inoltre che, a parte i condizionamenti della politica, l'applicazione delle direttive di legistica è condizionata anche dalla mancanza o insufficienza di adeguate infrastrutture. Mi riferisco in particolare alla indisponibilità di banche dati legislativi efficienti, complete (attualmente nessuna lo è) ed aggiornate. Come posso evitare di fare riferimento, come talora è accaduto, a norme abrogate o come posso sapere quali leggi fanno rinvio alla disposizione che sto

modificando o abrogando, senza l'ausilio di un archivio delle leggi su base informatizzata? Si tratta di uno strumento che è indispensabile in fase di progettazione legislativa. E che dire della mancanza di chiare regole per il riordino della legislazione (testi unici)?

### Riccardo Guastini

Intuitivamente, la forma di governo – o, per meglio dire, il concreto funzionamento della forma di governo in un sistema politico dato – dovrebbe incidere anche sulla qualità delle leggi: non foss'altro perché è ragionevole pensare che «tutto si tenga».

Per esempio, sembra naturale ipotizzare che per un governo sostenuto da una maggioranza compatta e decisa sia più facile ottenere l'approvazione dei propri disegni di legge senza stravolgimenti parlamentari. Ma non sottovaluterei l'incompetenza tecnico-giuridica e redazionale degli uffici legislativi dei ministeri.

Ad ogni modo, quale sia l'impatto della instabilità dei governi e della frammentazione delle maggioranze sulla qualità delle leggi è una questione empirica, cui si può rispondere solo con una (vasta) indagine storica e comparatistica. Ignoro se qualcuno si sia avventurato in un'indagine siffatta.

### Giuseppe Ugo Rescigno

Data la situazione politica italiana, non è possibile attendersi grandi miglioramenti nella qualità della legislazione. La redazione di buone leggi ha bisogno di tempo e costanza, e cioè di maggioranze solide e durature, e di conseguente possibilità di programmare i lavori con almeno un anno di anticipo (come si fa in Gran Bretagna). Inoltre solo per caso può risultare una buona legge da un processo decisionale convulso e parossistico, che conosce stesure del testo prodotte all'ultimo momento in frenetiche trattative con le ore e i minuti contati.

### Filippo Patroni Griffi

La questione si ricollega a quella esaminata in precedenza: sicuramente la disomogeneità delle maggioranze di governo accentua il rischio che, nella fase della decisione politica, a livello parlamentare ma non solo, la necessità di pervenire a un accordo quale che sia, purché compositivo degli interessi rappresentati all'interno della maggioranza, si traduca spesso in una legge «qualitativamente scarsa».

C'è poi un problema di ordine più generale. La politica della «qualità della normazione», per essere effettiva ed efficace, deve assumere il rango di una vera e propria *policy* di governo, da un lato, e costituire, dall'altro, un impegno comune a tutte le forze politiche, sul piano istituzionale: diversamente gli interessi di settore ten-

deranno a prevalere sull'interesse, trasversale ai settori, alla buona qualità della normazione. In questo contesto, la stabilità dei governi e l'omogeneità all'interno della maggioranza – ma direi la compattezza della stessa opposizione e il suo coinvolgimento nella politica istituzionale per la *better regulation* – costituiscono una condizione necessaria perché l'obiettivo della qualità della normazione sia perseguito con quella costanza che i tempi della sua realizzazione, inevitabilmente lunghi, richiedono.

Vi è poi un altro profilo di correlazione tra forma di governo e qualità della normazione. Non tanto nel senso che una determinata forma di governo, piuttosto che un'altra, incida direttamente sulla bontà delle leggi: teoricamente, per restare sul generale, anche un sistema incentrato su un forte ruolo del parlamento può efficacemente perseguire una politica di buona legislazione. Occorre però essere consapevoli della necessaria coerenza tra forma di governo adottata e modi per perseguire un'efficace politica di qualità della regolazione.

Nel sistema italiano, la cultura della qualità della normazione si è accompagnata a un processo di redistribuzione dei poteri tra parlamento e governo, seguita a fasi precedenti in cui, se si eccettua la parentesi del fascismo, il potere deliberativo è stato fortemente accentrato nel parlamento. La profonda rivisitazione in sede dottrinaria della potestà normativa del Governo – che, alla fine degli anni '80, si è accompagnata con la vicenda storica e positiva della delegificazione e, più in generale, con la riconsiderazione della potestà regolamentare – ha portato alla ribalta la problematica del sistema delle fonti, nella quale si sono finalmente ritrovati insieme, sia pure spesso su posizioni diverse, costituzionalisti e amministrativisti. Sono stati così adeguatamente colti e posti in luce (penso agli studi, per esempio, di Cheli e di Pizzorusso, ma anche al lavoro di Sandulli sulla potestà normativa del Governo) i collegamenti tra sistema delle fonti e forma di governo, ma, al tempo stesso, lo studio dei meccanismi di delegificazione ha consentito di riportare all'attenzione degli studiosi i temi della progettazione e dell'istruttoria normativa – solitamente negletti da noi italiani, mai appassionati, salve autorevoli eccezioni del passato, al metodo e alla «scienza della legislazione» – che inevitabilmente si inseriscono, nel loro apparente tecnicismo, nel concreto dispiegarsi dei rapporti tra parlamento e governo nella costruzione dell'ordine normativo.

Infine, il fenomeno del policentrismo normativo – di cui si dirà appresso – sicuramente ricollega la problematica delle fonti, e quindi il tema della qualità della normazione, non solo alla forma di governo, ma anche alla forma di Stato e ai rapporti di questo con le autonomie politiche e normative.

In definitiva, mi sembra sia dato cogliere l'inserimento – qualche studioso direbbe l'irrompere scomposto – del tema della qualità della normazione nel sistema delle fonti, anche sotto il profilo «soggettivo» della redistribuzione della potestà normativa tra vari livello di governo, e soprattutto tra esecutivo e parlamento: in ciò evidenziandosi un'ulteriore correlazione tra forma di governo e qualità delle regole che disciplinano la vità della comunità.

## Giovanni Rizzoni

Governare una democrazia moderna è ovunque difficile e richiede la ricerca del compromessso e processi di continua correzione a aggiustamento delle decisioni assunte. Non dobbiamo farci da questo punto di vista ingannare dalle apparenze. Paesi come la Francia, la Germania, il Regno Unito dispongono di governi di legislatura per quanto riguarda la permanenza in carica del capo dell'esecutivo (e certo non è poco!), ma con compagini di governo soggette a rimpasti ancora più profondi di quelli conosciuti a casa nostra. A queste modificazioni corrispondono cambiamenti importanti di politiche, clamorose «marce indietro» rispetto a programmi già in fase di realizzazione, prove di forze durissime all'interno del partito o della coalizione al governo ecc. In Italia l'introduzione di riforme costituzionali per la stabilizzazione dell'esecutivo (elezione diretta del *premier*, sfiducia costruttiva, soluzioni semipresidenzialiste ecc.) risolverebbe certamente alcuni problemi di funzionamento del nostro ordinamento istituzionale, ma non credo farebbe venir meno questo carattere necessariamente sperimentale e «adattativo» dell'azione di governo, compresa quella che si riflette nell'attività legislativa.

## Quesito 7

*Poiché, tra le caratteristiche ottimali di un sistema normativo, c'è sufficiente concordia sul fatto che le leggi dovrebbero essere «poche», individuate una contraddizione tra l'esistenza di un trend teso al miglioramento della qualità della legislazione e i fenomeni di delegificazione in vario senso, destinati cioè a moltiplicare le competenze normative dei più disparati soggetti (enti territoriali, università, fenomeni di autodisciplina, ecc.)?*

### Riccardo Guastini

Concordo che le leggi – o, meglio, le fonti – dovrebbero essere «poche», anche se nessuno, ovviamente, è in grado di quantificare. E mi sembra ovvio che la delegificazione tenda, per contro, a moltiplicarle.

Supponiamo (anche se è un'ipotesi di scuola) che in un momento dato la materia M sia disciplinata da una sola legge formale. Ebbene, la delegificazione di M, secondo la previsione della legge n. 400 del 1988 (art. 17, secondo comma), comporta *ipso jure* che M sarà d'ora in avanti disciplinata da almeno due testi normativi: la legge di delegificazione e il regolamento governativo «delegato».

Ma, quel che è peggio, gli estesi fenomeni di delegificazione in corso non si svolgono affatto secondo le previsioni della legge n. 400 del 1988. Le leggi di delegificazione distribuiscono poteri normativi, per così dire, a destra e a manca. È fatale che la moltiplicazione dei poteri normativi – o degli organi investiti di tali poteri – porti con sé anche la moltiplicazione dei testi normativi.

Non un aumento numerico dei testi normativi, si badi, ma proprio una moltiplicazione incontrollata. Basti questo solo esempio: ad oggi, l'Università degli studi di Genova ha emanato, oltre lo Statuto, non meno di trenta regolamenti. *E ce n'est qu'un début*.

La razionalizzazione dell'ordinamento esigerebbe, al contrario, una riduzione dei centri di potere normativo. Il che ovviamente comporta la soppressione di almeno alcuni di quelli esistenti: a cominciare dalle Regioni.

### Giovanni Rizzoni

Naturalmente la contraddizione esiste e pone un problema di primario rilievo politico in tutte le democrazie avanzate. I sistemi giuridici contemporanei sono caratterizzati da un accentuato policentrismo di poteri normativi che rendono estrema-

mente più complessa rispetto al passato l'interrelazione tra i diversi tipi di fonti. Dall'altra parte cittadini e imprese esprimono una crescente domanda per un sistema giuridico più semplice e «amichevole» rispetto alle necessità degli utenti delle norme. Considerata l'impossibilità di ritornare ad un sistema premoderno caratterizzato da norme «poche e semplici», sono gli organi della rappresentanza generale (Parlamento e Governo) ad avere il non facile compito di «governare» l'ineliminabile tensione tra tendenza alla complessità ed esigenze di semplificazione. È interessante rilevare come in ambito europeo, nonostante le notevoli diversità che distinguono i differenti sistemi costituzionali, questa problematica sia avvertita in termini analoghi in tutti i maggiori paesi. Una buona testimonianza di questa comunanza di problemi è rappresentata dai documenti elaborati nell'ambito della Conferenza dei presidenti dei parlamenti dell'Unione europea sul tema della complessità normativa e ruolo delle assemblee legislative.

## Rodolfo Pagano

Più aumentano i soggetti dotati di potestà legislativa (normativa) maggiore diventa il numero delle norme prodotte e più difficile è mantenere un certo grado di armonia nel sistema normativo. Non solo. A complicare le cose contribuiscono anche certe costruzioni giuridiche come l'istituto della delegificazione che, così come congegnato nel nostro ordinamento, è un fattore di accrescimento del numero delle norme, poiché per attuarla si richiede di volta in volta una apposita legge che l'autorizzi e detti al tempo stesso le norme generali regolatrici della materia. Per non parlare poi, sotto il profilo della chiarezza delle norme, delle complicazioni che possono insorgere in sede di interpretazione del rapporto tra norme generali e norme delegificate, queste ultime, peraltro, sempre soggette ad essere tacitamente «rilegificate».

In una società diversificata nel suo tessuto, in continua e rapida evoluzione sociale e tecnologica, le regole non saranno mai poche. L'attenzione dovrebbe essere posta non tanto sul binomio molte/poche leggi quanto sui binomi ordine/disordine, necessario/superfluo.

## Giuseppe Ugo Rescigno

Il mito delle leggi buone perché poche è appunto un mito. Si possono però immaginare e praticare vari accorgimenti che impediscono o diminuiscono gli inconvenienti maggiori derivanti dalla moltiplicazione dei soggetti produttori di regole. Anzitutto è auspicabile la introduzione della regola sovralegislativa (o direttamente in costituzione o in una legge organica) per cui tutte le norme penali, senza eccezione, debbono essere contenute in un unico codice, continuamente ripubblicato nel testo vigente. La introduzione della legge organica dovrebbe mettere un riparo a quello stillicidio di regole frammentarie sparpagliate in testi che sopraggiungono l'uno sull'altro, senza il minimo coordinamento, rendendo incerte, confuse e caoti-

che le competenze subordinate di soggetti che pure hanno una autonomia costituzionalmente garantita (pensiamo alle regioni, agli enti locali, alle università, ecc.). La pratica di testi unici, con abrogazione di tutte le disposizioni previgenti e con connesso obbligo di modificarli solo in modo espresso testuale, permetterebbe per lo meno una sicurezza di riferimento in tutte quelle materie coperte da testi unici cosiffatti (notare che questo tipo di testo unico vincola il legislatore solo se previsto in Costituzione o in una legge organica).

Risultati analoghi si potrebbe ottenere anche mediante i regolamenti parlamentari o mediante la prassi, ma se e solo se esiste una forte volontà politica ed un ferreo controllo dei presidenti di assemblea.

Quanto alla qualità della normazione di altri enti, da un lato si potrebbe pensare ad una legge organica generale che disciplina il modo di legiferare di tutti gli enti rispetto ad alcuni criteri fondamentali, dall'altro si può fare affidamento su buone scuole di addestramento dei tecnici, e su un numero sufficiente e preparato di essi, se le strutture istituzionali così vogliono.

## Filippo Patroni Griffi

Il policentrismo normativo è una realtà istituzionale. La presenza di più centri di produzione normativa nel nostro ordinamento è un insita nella nostra forma di Stato; basti pensare alle autonomie politiche, da sempre dotate di autonomia normativa a vario livello: comuni e province, la cui potestà normativa risulta confermata e ampliata nel recente testo unico degli enti locali; regioni, la cui autonomia politica si estrinseca nel riconoscimento di potestà legislativa, alla quale la recente riforma costituzionale ha affiancato un effettiva sfera di potestà regolamentare demandata alla Giunta (fino ad oggi – come è noto – la potestà regolamentare, spettante allo stesso organo titolare della potestà legislativa, cioè il consiglio, è stata di fatto raramente esercitata); Autorità amministrative indipendenti.

Accanto alle autonomie politiche, il nostro ordinamento è sempre stato caratterizzato da un certo grado di autonomia normativa, sia pure di rango secondario o «terziario», riconosciuta a enti pubblici: una versione moderna di tale autonomia è quella oggi spettante agli enti previdenziali, dotati di potestà normativa per la semplificazione degli aspetti procedimentali dei rapporti con i cittadini per la erogazione delle prestazioni.

Indubbiamente il policentrismo normativo pone un problema di quantità e qualità delle «regole» presenti in un ordinamento. Il problema, per certi versi, è ineliminabile, perché non è realistico pensare, sul piano politico-istituzionale, a una diminuzione dei centri di produzione normativa, che vorrebbe dire compressione delle aree di autonomia. Vorrei poi sottolineare che, con riguardo ad alcuni momenti di autonomia (università, codici di autodisciplina), il fenomeno, anche in sede internazionale e OCSE, non è riguardato come espressione di «carico normativo», ma, anzi, come mezzo «alternativo alla regolazione», perché rimesso all'autonomia dei soggetti interessati.

Detto questo, sicuramente si pone un problema di diffusione della cultura e della metodologia della «qualità» delle regole anche ai livelli di produzione normativa diversi dal parlamento e dal governo.

In primo luogo, questo, come dicevo, è un problema di cultura; la sua penetrazione ai diversi livelli di produzione normativa richiede quindi innanzi tutto tempo, perché questi fenomeni non si compiono dall'oggi al domani. Per quanto riguarda la normativa regionale, devo segnalare che in molte regioni il problema è ben presente: si discute, e si comincia a operare, di analisi dell'impatto della regolamentazione, di riordino per settori normativi, di tecniche di *drafting*. La regione Toscana, per esempio, ha sperimentato con successo una tecnica di riordino normativo, abrogando, in sede di attuazione del D.Lgs. n. 112, con una sola legge, centinaia di leggi precedenti. E altre regioni stanno procedendo in tal senso, sia pure per settori. Alcune iniziative risultano allo studio anche nella regione Lazio.

Il disegno di legge di semplificazione approvato dal Governo lo scorso 16 febbraio, inoltre, prevede, all'art. 6, protocolli di intesa e forme di raccordo, in sede di Conferenza Stato-Regioni, per definire «strumenti comuni per il perseguimento della qualità della regolazione».

## Quesito 8

*Almeno sul piano conoscitivo, ritenete che la diffusione delle reti telematiche e la moltiplicazione dei canali televisivi dovrebbero essere presi in seria considerazione per la diffusione delle regole normative (e amministrative) e la loro esplicazione al grande pubblico? E in questo caso, come? E con quali garanzie rispetto al pericolo di abusi?*

### Giuseppe Ugo Rescigno

Mi pare che la domanda vada divisa in tre domande distinte: 1) se è opportuna una pubblicazione legale elettronica, direttamente accessibile da qualunque terminale mediante le reti telematiche; 2) quale tipo di documentazione affidabile deve essere messa a disposizione degli operatori giuridici mediante reti telematiche; 3) se è opportuno costruire banche dati intelligenti per il grande pubblico.

Sul primo punto non mi pronuncio, perché avrei bisogno di dialogare con un informatico esperto al quale porre varie domande. Sul secondo mi limito a dire quale tipo di scrivania elettronica vorrei avere come esperto di diritto: una scrivania che mediante continui collegamenti mi permette in tempi rapidi: a) di trovare tutte le disposizioni vigenti intorno ad un oggetto dato; b) di collazionare, su un certo oggetto, disposizioni comunitarie, internazionali, nazionali, regionali (di qualunque regione), comunali e così via, in base alle mie esigenze; c) di poter ricostruire la storia precedente di qualunque testo, individuando i diversi testi vigenti nei diversi periodi; d) di potere passare continuamente dalla legislazione alla giurisprudenza e viceversa; e) di avere sempre e immediatamente con un semplice clic tutti i riferimenti (magari su monitor collegati, che mi permettano di avere contemporaneamente sotto gli occhi molti testi: penso ad es. ad una scrivania semicircolare con cinque-sei monitor). Forse la cosa esiste già, ma io non la conosco. Conosco beninteso realizzazioni molto parziali di questa scrivania ideale. Quanto al terzo punto, ho molti dubbi. Penso però che in tutti quei casi in cui le leggi offrono vantaggi o impongono obblighi ai cittadini si potrebbero praticare facilitazioni, curate da strutture pubbliche responsabili composte da esperti sia in diritto che in tecniche di comunicazione di massa, mediante le quali per es. si mostrano *facsimile* di domande, vengono spiegati analiticamente ed in linguaggio semplice e chiaro che cosa si deve o non si deve fare (usando anche disegni, diagrammi, vignette e simili).

### Giovanni Rizzoni

Banche dati elettroniche e l'uso di *internet* rappresentano naturalmente la nuova frontiera delle iniziative per facilitare l'accesso da parte dei cittadini alle norme vigenti. È noto come già oggi siano disponibili numerosi servizi offerti da amministrazioni pubbliche e da imprese private. Ciò di cui si avverte la mancanza è un servizio nazionale di base che connetta le varie iniziative e garantisca l'accesso gratuito on line alla legislazione. Il progetto «Norme in rete» costituisce una buona base di partenza che va potenziata secondo le indicazioni espresse anche in ambito parlamentare (accesso gratuito ai numeri più recenti della Gazzetta Ufficiale, disponibilità in rete della banca dati della Corte di cassazione). L'art. 107 della legge finanziaria per il 2001 dispone finanziamenti per ulteriori iniziative volte a rendere disponibile in rete il testo vigente della normativa (il che rappresenterebbe naturalmente una notevole novità anche rispetto agli obiettivi di Norme in rete). È auspicabile che questi progetti trovino rapida attuazione in modo da ridurre il *gap* esistente in questo campo tra l'Italia e i *partners* europei.

### Filippo Patroni Griffi

Il ruolo della comunicazione istituzionale per diffondere la conoscenza delle regole tra i cittadini è fondamentale. Sarebbe importante associare la diffusione di questa conoscenza a un contestuale processo di semplificazione normativa e di alleggerimento del «fardello di burocrazia». Intendo dire che sono le regole semplificate che dovrebbero essere portate a conoscenza dei cittadini. Il disegno di legge di semplificazione prevede, per esempio, l'istituzione di un registro per gli adempimenti amministrativi delle imprese, in modo che, al termine di uno *screening* degli adempimenti esistenti e di una loro valutazione in termini di costi-benefici, le imprese siano in grado di conoscere, attraverso la consultazione del registro, quali sono tassativamente le formalità amministrative per l'avvio e l'esercizio della loro attività. Questo registro, non appena istituito, dovrebbe essere ampiamente pubblicizzato e ne dovrebbe essere assicurata la consultazione in rete.

A questo riguardo, vorrei sottolineare un'altra forma di possibile consultazione da effettuare con l'uso delle reti telematiche: mi riferisco alla consultazione delle parti sociali e delle categorie interessate in sede di predisposizione di regolamenti di semplificazione, che consente, nell'istruttoria dei provvedimenti, di raccogliere «sul campo» gli elementi di criticità delle procedure amministrative.

### Rodolfo Pagano

In via di principio è desiderabile che la legge sia redatta nel linguaggio ordinario per essere comprensibile da tutti o quantomeno dal cosiddetto cittadino "medio". E

ciò soprattutto per le norme dirette alla generalità dei cittadini ed attinenti in particolare ai diritti fondamentali.

Ma vi sono linguaggi gergali propri dei settori oggetto di regolamentazione ai quali il legislatore non può non richiamarsi. Inoltre la scienza giuridica ha creato espressioni e termini specialistici dal significato univoco dai quali il legislatore non può prescindere proprio in funzione della certezza della norma che il linguaggio ordinario, pieno di insidie semantiche, non sempre è in grado di assicurare. Infine la complessità delle relazioni sociali comporta la complessità della regola di diritto e ciò rende illusoria l'idea che il cittadino medio sia sempre nella condizione, senza una formazione giuridica, di comprendere le parole della legge e queste indipendentemente dalle connessioni con l'insieme del sistema giuridico.

C'è allora da chiedersi se invece di inseguire l'illusione di una "democratizzazione" del linguaggio specialistico o di insistere vanamente a voler rendere semplici regole necessariamente complesse, non sia preferibile operare su di un altro versante, assicurando ad esempio, forme appropriate di divulgazione-guida delle leggi e di assistenza giuridica al cittadino.

Il principio espresso dai brocardi *ignorantia iuris non excusat* o *nemo censetur ignorare legem* per cui la conoscenza della legge è presunta de iure, è inaccettabile dal punto di vista democratico se non è accompagnato dal massimo sforzo per rendere effettiva la conoscenza del diritto. A questo riguardo occorre distinguere tra la diffusione del testo materiale della legge ela divulgazione-spiegazione delle disposizioni della legge.

Sotto il primo profilo, ferma restando la funzione di pubblicazione delle leggi per gli effetti di cui all'art. 73 Cost., la *Gazzetta Ufficiale* è uno strumento di diffusione insufficiente (basti pensare alla limitatezza della sua tiratura) e anche costoso. È assurdo che il cittadino debba anche pagare per conoscere l'onere o il comportamento che gli viene imposto con la legge. Ma, se una qualche giustificazione può ancora esserci con lo strumento cartaceo, oggi con la televisione che ormai copre tutti gli strati della popolazione e con la crescente diffusione dei mezzi di comunicazione telematici, la pubblica autorità non può esimersi dal fornire gratuitamente l'accesso al testo delle leggi. Mi riferisco in particolar modo all'accesso alle banche dati legislativi (gestite dalla mano pubblica), le quali però dovrebbero essere riorganizzate specialmente con riguardo alla facilità di consultazione e ai tempi di aggiornamento.

Sotto il secondo profilo, il discorso si fa più delicato perché la divulgazione-spiegazione al grande pubblico del significato delle disposizioni implica una interpretazione e ciò può portare a distorsioni o interpretazioni di parte.

Il problema della divulgazione si pone essenzialmente in relazione a leggi complesse ed interessanti direttamente tutti i cittadini o una vasta categoria di essi, meno per le leggi d'interesse strettamente settoriale. In questi ultimi casi si deve presumere che basti l'intervento, come di norma avviene, delle associazioni di categoria del settore, che forniscono per vie loro interne informazioni, delucidazioni e assistenza ai propri associati. Negli altri casi sono da considerare il soggetto, il mezzo e la forma della divulgazione.

Indubbiamente il soggetto non può non essere, in via primaria, un organo pub-

blico, preferibilmente l'autorità competente per la materia. Non sopravvaluterei troppo il pericolo di abusi o di interpretazioni di parte sia perché un servizio pubblico di informazione si squalificherebbe subito di fronte a prevedibili reazioni (di esperti, di ordini professionali, ecc.) sia perché la forma che dovrà assumere l'atto di divulgazione mal si presta ad operazioni del genere.

Quanto ai mezzi di divulgazione, oltre al ricorso ai tradizionali organi di stampa (in particolare vedrei la stampa di opuscoli *ad hoc* allegati a quotidiani di larga diffusione, in modo da essere più facilmente conservati e consultati), la TV si presta ad una comunicazione diffusa, immediata ma non permanente, mentre la creazione di un sito *web* ha il pregio di essere consultato in ogni momento.

Ma qualunque sia il mezzo, rilevante è la forma ed il contenuto tipico dell'atto di divulgazione.

La comunicazione non deve contenere giudizi di valore ma essere semplicemente descrittiva della legge in una forma tipica quale una griglia con voci prederminate (campo di applicazione, destinatari, oneri finanziari o benefici, adempimenti, scadenze, etc.) accompagnata, secondo il caso, da grafici, fac-simili di moduli per istanze di prestazioni, etc. In tal modo si facilita l'accesso alla comprensione della legge e si restringe lo spazio o l'occasione per trasmettere un messaggio di parte.

## Riccardo Guastini

Occorre distinguere accuratamente due tipi di problemi: da un lato, i problemi di conoscibilità dei testi normativi (tra i quali includerei anche le sentenze costituzionali, almeno quelle di accoglimento «non-interpretative», quelle cioè che incidono direttamente sui testi); dall'altro, i problemi di conoscibilità del loro contenuto (significato).

Quanto alla conoscibilità dei testi normativi, mi sembrano ovvietà: sia l'insufficienza della Gazzetta ufficiale; sia l'opportunità che i testi normativi siano facilmente e gratuitamente accessibili in rete (tutti: anche quelli regionali, anche quelli internazionali, anche quelli non più vigenti, e via enumerando). Ripeto: facilmente e gratuitamente.

Quanto alla conoscibilità dei significati, la cosa è assai più delicata e complicata, poiché coinvolge questioni attinenti, quanto meno: ai modi di formulazione dei testi, alla loro quantità, alla loro dispersione, e finalmente alla loro interpretazione.

Sulle questioni della quantità (poche leggi) e della dispersione (codificazione) non sarebbe il caso di tornare. Ma, disgraziatamente, quantità e dispersione non sono disgiunte dai modi di formulazione e dai problemi di interpretazione.

In sede teorica, sono incline a pensare che le leggi siano rivolte non già, o non tanto, ai cittadini, quanto piuttosto agli organi dell'applicazione, e segnatamente ai giudici. Tuttavia, condivido l'ideale illuministico di leggi formulate in linguaggio comune ed accessibili ai loro destinatari ultimi (i cittadini). Ma per realizzare questo ideale sarebbe necessario non tanto semplificare la formulazione delle leggi, quanto ridurne in modo radicale l'oggetto e l'estensione. In altre parole, le leggi potrebbero esse-

re formulate in modo semplice e piano solo se, conformemente ad un altro ideale illuministico, si limitassero a disciplinare poche ed essenziali cose della vita comune: diciamo, estremizzando (ma solo un po'), se si riducessero ad un codice civile, un codice penale, e due codici procedurali. E, s'intende, tutto quel che resta non disciplinato (e pertanto né obbligatorio, né vietato) è permesso. A parte i difetti di *drafting*, ciò che rende complessa o senz'altro incomprensibile la formulazione delle leggi, anche per il ricorso a linguaggi settoriali e specialistici, è la pretesa di disciplinare l'intera complessità della vita sociale.

È chiaro, comunque, che la conoscenza del «contenuto» delle leggi – ossia del diritto vigente – suppone l'interpretazione. O, per meglio dire, il «contenuto» delle leggi è una variabile dipendente dell'interpretazione. Ciò è quanto dire che non si conosce il diritto vigente se non si conosce, insieme con i testi normativi, anche la giurisprudenza che ad essi si riferisce. Basta questa minima riflessione per comprendere: da un lato, che la diffusione (in Rete) della giurisprudenza, almeno quella dei giudici di ultima istanza, è indispensabile tanto quanto la diffusione dei testi normativi; dall'altro, che la conoscibilità del diritto vigente da parte dei cittadini è comunque una pia illusione.

# IV

# I LIBRI

**Recensione a M.A. Presno Linera, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia,* Ariel Derecho, Barcelona, 2000**

di *Cesare Pinelli*

Il saggio di Presno si incentra sulle alterazioni del sistema democratico indotte dai partiti politici, che l'A. chiama «distorsioni giuridiche» in quanto derivanti non da fatti o da comportamenti, ma da norme prodotte o reciprocamente accettate dai partiti medesimi (leggi, regolamenti parlamentari, statuti dei partiti, convenzioni costituzionali, accordi interpartitici).

L'approccio dimostra quanto sia lontana la stagione in cui Hermens e Maranini additavano nell'avvento dello Stato dei partiti la causa delle degenerazioni del parlamentarismo rappresentativo. Presno non critica i partiti in quanto tali, crede anzi che le funzioni di espressione del pluralismo politico, di concorso alla formazione della volontà popolare e di strumento partecipativo, che la Costituzione spagnola affida ai partiti al pari di altre Costituzioni europee, siano fondamentali requisiti del dover essere della democrazia. Parafrasando prima Kelsen e poi Gramsci, osserva che «l'essenza e il valore» dei partiti non consiste nell'essere «il moderno principe», ma nel loro fondamentale contributo alla realizzazione della democrazia. E individua per questo l'elemento di maggior sofferenza del sistema democratico nell'assenza di limiti al potere partitico quale risulta dalle regole subcostituzionali prodotte dal sistema politico.

Presno ripercorre minutamente le regole vigenti in Spagna, dimostrandone gli effetti distorsivi e proponendo riforme capaci di ricondurre il sistema nell'alveo dei princìpi costituzionali.

La disciplina della democrazia interna dei partiti del 1978 gli appare da un lato insufficiente a tutelare gli iscritti anche con riguardo alla segretezza del voto per la designazione delle cariche, e dall'altro minacciata da una tendenza dei partiti a sovrapporvi il meccanismo delle elezioni primarie, di cui teme i risvolti plebiscitari. Le regole sul finanziamento dei partiti non garantiscono il principio di parità di condizioni nella competizione elettorale, e vanno riformate eliminando la possibilità di devolvere ai partiti le sovvenzioni formalmente assegnate ai gruppi parlamentari e prevedendo un sistema di finanziamento misto pubblico/privato sulla scorta del modello tedesco. La soglia di sbarramento e la dimensione dei collegi non assicurano quella sufficiente soglia di rappresentatività che secondo il Tribunale Costituzionale dovrebbe caratterizzare il sistema elettorale.

Nel capitolo sulla rappresentanza politica, Presno osserva che la rigida disciplina di gruppo prevista negli statuti dei partiti finisce col ledere l'autonomia dei singoli parlamentari. Del resto, lo stesso funzionamento delle Camere riflette la preminenza dei gruppi, che almeno nel caso della previsione del voto ponderato per le deliberazioni delle Commissioni di inchiesta, viola la prerogativa, costituzionalmente riconosciuta al parlamentare, del carattere personale del suo voto. E l'istituto del divieto di mandato imperativo (art. 67 Cost.), se da un lato si pone come argine alle oligarchie partitiche, dall'altro andrebbe secondo l'A. armonizzato con il riconoscimento del diritto dei cittadini di partecipare agli affari pubblici tramite rappresentanti liberamente eletti (art. 23 Cost.), che impedisce di avallare «una concezione patrimoniale del seggio»: il fatto che discipline volte a sanzionare il fenomeno del transfugismo politico con la perdita della carica siano state giudicate illegittime dal Tribunale Costituzionale non significa che in caso di abbandono volontario del gruppo parlamentare tale sanzione non sia ammissibile.

La spartizione fra i partiti delle alte cariche pubbliche, compresi i componenti del *Consejo General del Poder Judicial,* del *Consejo de Radiotelevision Espanola* e del Tribunale Costituzionale, incide sulle condizioni di indipendenza o di imparzialità richieste per l'esercizio delle funzioni costi-

tuzionalmente riservate a tali organi. In alternativa alle trattative segrete attualmente impiegate dalle formazioni politiche maggioritarie, occorrerebbe una discussione pubblica, in sede parlamentare, dei titoli addotti dai candidati alle cariche.

Altra fonte di distorsioni deriva dall'attribuzione agli accordi interpartitici di un peso decisivo nei processi decisionali, oltre che nel circuito della forma di governo: è il caso, fra gli altri, della riforma delle autonomie territoriali, sostanzialmente anticipata da accordi intervenuti fra partiti nazionali, senza che gli organi politici delle stesse autonomie vi abbiano partecipato.

Pur concentrandosi sulle distorsioni prodotte da regole vigenti in Spagna, Presno ricostruisce vicende in gran parte generalizzabili alle democrazie europee.

Più precisamente, le specificità spagnole risiedono per un verso in un sistema elettorale che pur appartenendo alla famiglia dei sistemi proporzionali riesce a garantire un forte effetto polarizzante soprattutto a causa della dimensione assai ristretta dei collegi, per l'altro nella capacità del sistema politico di pilotare i processi di riforma, che vengono anticipati, come si è detto, da accordi interpartitici sostanzialmente vincolanti.

Dalle formulazioni che ho usato, si capisce che il mio giudizio su questi aspetti non coincide con quello di Presno. In parte è l'invidia che da un Paese da troppo tempo alle prese con una incerta «transizione» si può nutrire per il sistema spagnolo, che è riuscito subito e continua a combinare democrazia e funzionalità delle istituzioni politiche. Ma al di là di questo, a voler annoverare fra le «distorsioni giuridiche» i correttivi al sistema proporzionale previsti in Spagna, non si finisce forse col considerare fuori dai princìpi democratici tutti i sistemi maggioritari? Gli stessi accordi interpartitici che scandalizzano Presno potranno presentare risvolti discutibili, ma costituiscono pur sempre il prezzo da pagare per ottenere decisioni politico-costituzionali in tempi e con modalità ragionevoli.

Per il resto, il quadro delle «distorsioni giuridiche» riflette ordini di problemi largamente comuni al diritto dei partiti vigente negli altri Paesi europei, dove ricorre costantemente un contrasto fra i principi che ispirano riconoscimento e disciplina costituzionale dei partiti e le regole subcostituzionali.

Il fatto che i partiti stessi siano spesso padroni assoluti delle regole che ne disciplinano l'organizzazione e le reciproche relazioni è stato posto in luce in una pronuncia del Tribunale Costituzionale tedesco del 1992, che ha rilevato come, in tali casi, il Parlamento delibera *in causa propria,* senza dover compiere mediazioni politiche fra interessi contrastanti. Probabilmente, il Tribunale Costituzionale ha così voluto sottolineare la peculiare funzione dei suoi scrutini di costituzionalità su tali questioni. E non vi è dubbio che l'assenza di una sufficiente distanza dagli interessi regolati nei processi di deliberazione politica che investono il diritto dei partiti esalti la funzione dei controlli di costituzionalità, e investa anche la scienza costituzionalistica di una speciale responsabilità.

Si può auspicare che il riconoscimento dei partiti operato dai Trattati europei, e confermato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, costituisca un'occasione per comuni riflessioni dei costituzionalisti sui problemi accennati. Il saggio di Presno è uno dei migliori passi compiuti di recente in tale direzione.

## Replica*

di *M.A. Presno Linera*

Quando venne pubblicato il primo numero della *Rivista di diritto costituzionale* mi sorpresero positivamente tanto l'orientamento quanto la struttura ideata dal «Gruppo di Pisa». In un ambito nel quale tutto pareva già inventato, i promotori hanno saputo dotare di agilità e dinamismo le differenti sezioni della pubblicazione, e specialmente, il capitolo delle recensioni, che si articola nella forma di un dialogo «platonico» tra l'autore dell'opera commentata e il responsabile della recensione, il che permette al lettore di poter beneficiare di una visione più ampia del libro recensito. Per questi motivi, è per me un grande onore il fatto che questo libro sia stato considerato degno di essere recensito e che il compito sia stato assunto da un prestigioso costituzionalista e profondo conoscitore del fenomeno partitico quale è il professor Cesare Pinelli. Per tutto ciò, voglio esprimere il mio sincero ringraziamento alla *Rivista di diritto costituzionale* e, in particolare, al professor Roberto Romboli.

Lo scopo di questo libro è lo studio del processo di «giuridicizzazione» del protagonismo dei partiti, sia riguardo alla configurazione normativa del principio democratico, sia, all'inverso, relativamente a ciò che comporta il consolidamento giuridico della sua distorsione.

Le conclusioni critiche si focalizzano, quindi, non intorno al sistema della «democrazia di partiti» bensì rispetto alla distorsione che rappresenta la versione dominicale della stessa che è «la democrazia *dei* partiti», fenomeno che, come indica il prof. Pinelli, è generalizzabile alle democrazie europee per due motivi: in primo luogo, perché nella maggioranza dei paesi si ripetono, in maggior o minor misura, molte delle distorsioni qui commentate (l'assenza di democrazia all'interno dei partiti, i problemi relativi al finanziamento, le «quote di partito» nelle istituzioni non politiche dello Stato …); in secondo luogo, perché nel processo di integrazione europea i partiti possono svolgere un ruolo molto importante, dunque non invano nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea si dice che «i partiti politici a livello dell'Unione contribuiscono ad esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione» (art. 12).

Questa funzione «europeista» alla quale sono chiamati i partiti rende necessario un ripensamento dottrinale circa la forma attraverso la quale dovranno organizzarsi e funzionare queste formazioni politiche al fine di poter assolvere questo compito. In questa maniera, appare manifesto che l'ingente bibliografia esistente sui partiti non impedisce che si possano porre nuovi interrogativi e che si cerchi di offrire risposte moderne per farvi fronte.

Nella sua recensione, il professor Pinelli analizza i differenti problemi trattati e evidenzia due punti principali di discrepanza con le affermazioni contenute nel libro. In primo luogo, l'inclusione dentro le «distorsioni della democrazia» degli elementi che correggono la proporzionalità del sistema elettorale spagnolo permette al prof. Pinelli di chiedersi se ciò non significhi considerare come antidemocratici i sistemi elettorali maggioritari.

La risposta è, come prevedibile, negativa; quello che avviene è che la democrazia non è un attributo assoluto, piuttosto un principio strutturale che si può graduare e misurare, e l'alternativa in uno Stato moderno non è tra democrazia e totalitarismo, ma tra maggiore e minore democrazia e, dalla nostra prospettiva, i sistemi elettorali proporzionali favoriscono una maggiore dose di democrazia perché permettono di trasferire maggior pluralismo politico agli

* Traduzione di Filippo Caporilli.

organi rappresentativi, visto che la presenza parlamentare di ogni opzione politica deve corrispondere al rispettivo radicamento sociale. In tal modo si tenta di dar forma giuridica al pluralismo esistente nella società facendo sì che la legge sia espressione della volontà generale. I sistemi maggioritari, invece, intendono le elezioni come una decisione politica unitaria del corpo elettorale, non come una rappresentazione semplificata del pluralismo politico; cercano più la decisione che la rappresentazione, dimenticando che il parlamento è, prima di tutto, un organo rappresentativo e che molte delle sue attività non debbono esaurirsi nella formazione di una decisione, quanto piuttosto nell'espressione del pluralismo delle Camere su determinate questioni.

Se accettiamo che il sistema proporzionale è preferibile, in quanto più democratico del maggioritario, sarà necessario dotarlo della maggiore proporzionalità possibile affinché, come ha detto il *Tribunal Constitucional* spagnolo, ogni partito o gruppo di opinione abbia una rappresentanza, se non matematica, quantomeno adeguata alla sua importanza reale (STC n. 40/1981). Nel libro si tenta di dimostrare che distorcono questa proporzionalità gli elementi del sistema elettorale che tendono a diminuirla (soglie di sbarramento, numero limitato di seggi da eleggere e dimensione ridotta delle Camere) e per questo motivo si auspica la loro soppressione, anche se è indubbio che l'ostacolo che pone la soglia di sbarramento è più teorico che reale, ossia combinandosi con gli altri elementi si converte in qualcosa di inoperante.

In secondo luogo, il professor Pinelli mostra il suo disaccordo rispetto alla valutazione critica che si fa nel libro degli accordi tra le principali formazioni politiche spagnole, che sono stati una costante della storia recente della Spagna e che hanno avuto un speciale incidenza nel processo di decentramento politico che ha dato luogo alle Comunità Autonome. Mediante questi accordi (degli anni 1981, 1991 e 1992), i partiti maggioritari a livello nazionale (l'Unione del Centro Democratico e il Partito Socialista prima, e, il Partito Socialista e quello Popolare dopo) intrapresero e posero in pratica, mediante il disciplinato adempimento delle istruzioni emanate dagli organi centrali dei partiti, una serie di riforme legislative che si irradiarono ai Parlamenti delle Comunità Autonome, i quali si limitarono ad agire come casse di risonanza nelle quali si conferiva formalità giuridica ai patti firmati dai *leaders* nazionali dei partiti.

La considerazione critica che appare nel libro non si dirige in realtà contro gli accordi tra i principali attori della scena politica, poiché questi patti, come indica anche il professor Pinelli, sono elementi necessari per intraprendere cambiamenti strutturali nello Stato (come è accaduto in Spagna con i partiti nazionalisti della Catalogna, dei Paesi Baschi e delle isole Canarie) e, senza dubbio, alcuni patti politici non possono sovvertire il contenuto di un principio strutturale dello Stato come è quello di decentramento politico, il cui contenuto essenziale è costituito dal fatto che siano le stesse Comunità autonome a decidere e attuare le modifiche legislative riguardanti le loro competenze e i loro poteri.

Detto questo, non mi resta che ringraziare il professor Pinelli per la generosità del suo giudizio e ricordare che, come affermò Kelsen in *Vom Wesen und Wert der Democratie,* «solo per abbaglio o dolo può sostenersi la possibilità della democrazia senza partiti politici. La democrazia, necessariamente e inevitabilmente, richiede uno Stato di partiti» (però non uno Stato *dei* partiti, aggiungerei io).

**Recensione a Giuseppe VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza Editori, Roma-Bari, 2000**

di *Antonino Spadaro*

Se in genere recensire un'opera giuridica è già operazione notoriamente difficile e molto delicata, come sa bene chi ne ha fatto esperienza (sia nella veste di recensore che di recensito: e chi scrive ha provato un paio di volte entrambe le emozioni), in particolare recensire un libro come questo di Giuseppe Volpe si è rivelato, almeno per me, un'impresa veramente ardua anche perché – non ho difficoltà a confessarlo subito – ho letto solo una piccola parte delle opere prese in esame dall'Autore nella stesura del volume.

Del resto, il titolo del libro non rende assolutamente merito al suo contenuto, che va ben oltre la semplice disamina del *costituzionalismo del Novecento*, occupandosi pure di autori dei secoli precedenti e, soprattutto, in quanto tenta addirittura una riflessione «a tappeto» più in generale sul *pensiero* del Novecento. È pur vero che gli studi costituzionalistici appartengono alla più ampia cultura giuridica e che quest'ultima è profondamente permeata dai movimenti di pensiero che si succedono nel tempo, al punto che appare pressocché impossibile ignorare questi ultimi. Si pone dunque, fin dall'inizio, un problema di definizione della natura dell'opera qui considerata che non è secondario: ricerca di diritto costituzionale? di teoria generale della Costituzione? di dottrina dello Stato? di filosofia del diritto? di filosofia *tout court*? L'ampiezza e la ricchezza di indicazioni, riferimenti e spunti (giuridici, politologici, sociologici, psicologici, economici, teologici, artistici, letterari e soprattutto filosofici) forniti da Volpe è tale che le domande formulate non sono per nulla retoriche. A me sembra che si tratti di un volume che tenta di compendiare in sé tutti questi aspetti e che dunque si potrebbe forse più correttamente – se si vuole, meno umilmente – definire come uno studio *sul diritto e la Costituzione (non «del», ma) «nel» pensiero del Novecento* (con alcune, non trascurabili, «puntate» in altri secoli).

Quest'obiettivo, ambizioso ma non dichiarato (almeno esplicitamente), che sarebbe fin troppo facile indicare come il limite del libro di Volpe (per l'evidente possibilità che ogni specialista di settore ravvisi lacune o imprecisioni e per l'erronea sensazione, da parte di un lettore superficiale, che l'Autore abbia prodotto i classici «brevi cenni sull'universo» di gramsciana memoria), ne costituisce invece – a parer mio – il pregio e la peculiarità principale. Si può, infatti, condividere o meno l'esito di ricerche di questo tipo, ma non si può negare il disperato bisogno che di esse ha la scienza giuridica, e segnatamente la scienza costituzionalistica italiana, troppo impegnata, salvo alcune eccezioni, in studi monografici ultraspecialistici e autoreferenziali che fanno delle discipline dei giuristi un mondo a sé, piuttosto angusto, noioso e provinciale. Simili considerazioni sul metodo seguito dall'Autore sono forse prevedibili da parte mia, e come tali parranno scontate provenendo da chi a tale interdisciplinarietà ha largamente ispirato la propria produzione, ma non è una mera difesa d'ufficio quella fatta: la verità è che, per dirla con Volpe, sono «rari» i «costituzionalisti italiani» che si sono occupati di «teoria generale della costituzione» (p. 281, nota 6), con tutta la complessità (e dunque i problemi metodologici) che essa comporta. Bisogna dunque essere particolarmente grati a uno studioso di valore, qual è l'Autore, per aver tentato, ci sembra in modo largamente positivo, un operazione del genere, insieme non comune e necessaria.

Quanto detto in parte spiega perché un simile libro – molto colto, per certi versi raffinato – potrebbe essere anche di difficile lettura un po' per tutti: per il giurista tradizionale, che probabilmente si trova in affanno di fronte ai molti riferimenti culturali presenti (mentre conosce bene il pensiero giuridico richiamato, che paradossal-

mente dal suo punto di vista forse può risultare – al di là di sempre possibili tesi diverse – almeno in qualche passo, scontato); ma anche per il non specialista, cui probabilmente sfuggiranno fin troppe interessanti problematiche giuridiche prospettate nel testo (col vantaggio però, se intellettualmente attrezzato, quanto meno di poterle collocare nell'ambito delle diverse scuole di pensiero più generali). In breve, non è facile trovare il lettore «adeguato» al libro di Volpe, se si vuole «ottimale»: non solo giurista, non solo colto, ma giurista colto, un intellettuale prestato al diritto. Oggi, a dir poco: una vera e propria *rara avis*.

Le considerazioni da ultimo svolte mi consentono di muovere due piccole critiche di ordine *formale*: una all'Autore, marginale, e l'altra all'Editore, più severa.

La prima, all'Autore: proprio l'incertezza sul lettore-destinatario ci sembra che talvolta dia luogo a qualche «precisazione» biografica che, se non è di troppo per il *quisque e populo*, lo è per il giurista di professione [per es.: «J. Freund, filosofo, politologo (e polemologo) francese, legato a Schmitt …» (p. 105); «Hans Kelsen (1881-1973), conseguì il Doktortitel (1906) ecc.» (p. 288); «Rudolf Smend (1882-1975), fu professore nelle università di …» (p. 293); ma quanto detto vale per: Gustav Radbruch (p. 295); J. Rawls (p. 296); Robert Nozick (p. 296); Ronald M. Dworkin (p. 296); Leon Fuller (p. 296); John M. Finnis (p. 297); Friedrich August von Hayek (p. 301; in questa stessa pagina, per altro, si fa un utile cenno alla teoria costituzionale del principe Rodolfo d'Asburgo, del quale però l'A. non resiste alla tentazione di riportare un dato biografico singolare ma probabilmente superfluo: «il principe si suicidò il 30 gennaio 1889 nel capanno di caccia di Mayerling insieme con la giovane baronessa Maria Vetsera»); ecc.]. Qualche volta la «precisazione» biografica può essere di troppo anche per il semplice lettore di media cultura generale [per es.: «Georg Simmel, filosofo e sociologo tedesco …» (p. 56); «Ferdinand Tönnies, sociologo e filosofo tedesco …» (p. 57); «Hannah Arendt, filosofa tedesca allieva di Heidegger, ecc.» (p. 59); «Albert Einstein (1879-1955), fisico tedesco …» (p. 284); ma quanto detto vale per Ludwig Wittgenstein (p. 285); J. Maritain (p. 295); Karl Popper (p. 301); Martin Heidegger; ecc.]. Naturalmente ogni dato ricordato serve e comunque può esser utile, ma il problema resta sempre: a chi? Lo specialista, e in genere il lettore colto, dispongono già di gran parte delle informazioni fornite (o sono in grado di procurarsele facilmente). Quanto agli altri, sinceramente non so chi possano essere: in realtà dubito fortemente che una persona qualunque – ovvero che non sia uno storico, un filosofo, un politologo, un sociologo, un giurista o comunque un uomo di buone letture (dunque «colto») – sia disponibile a «sorbirsi» 312 pagine così dense e difficili sul pensiero «giuridico» di questo secolo. Ad ogni modo, è probabile che il carattere divulgativo (nel senso di non accademico) della veste editoriale scelta abbia comportato anche la necessità di riportare questo tipo di informazioni, apparentemente superflue. Quando sono svolte in nota non appesantiscono troppo, sicché ovviamente non sembra grave difetto: si tratta quindi di una quisquilia.

La seconda critica *formale*, rivolta all'Editore, è invece vera e senza appello: non si riesce a comprendere per quale misteriosa, oscura ragione le innumerevoli e ricchissime note che costellano questo libro (e in genere i libri di questa collana) non siano, come accade in quasi tutte le pubblicazioni dei Paesi occidentali, *a piè pagina*, ma – sofferenza inaudita del lettore, costretto a continui, snervanti rinvii, rischiando di perdere il filo o i segnalibri (a questo punto, almeno due) – *alla fine del testo*. Francamente non si vedono ragioni tecnico-tipografiche (nell'era dei *computers*) che giustifichino una simile, incredibile scomodità. Se l'obiettivo fosse quello di snellire il testo per renderne più agevole la lettura, esso è stato radicalmente mancato poiché le note costituiscono – in lavori *scientifici* del genere, pur editorialmente «vulgarizzati» – parte essenziale e imprescindibile della ricerca, altrimenti non pienamente comprensibile.

Non resta che pensare che una poco oculata indagine di mercato abbia individuato un lettore-tipo medio di questi lavori profondamente, irrimediabilmente *masochista* (gruppo psicologico al quale malauguratamente lo scrivente non appartiene), e solo esso, reputo, ringrazierà l'Editore per la veste grafica scelta (che certo contribuisce a spiegare, insieme ad altri fattori, i bassissimi indici di «lettura» – a favore del primato delle immagini – presenti nel nostro Paese).

È pur vero che non mancano note lunghissime, che potrebbero essere considerate dei veri e propri piccoli saggi bibliografici a sé e che indicano, mi sembra, gli enormi sforzi di *sintesi* (e forse di «taglio») compiuti da Volpe, il quale probabilmente avrebbe potuto scrivere più tomi (diversi per ogni profilo preso in esame) del volume qui recensito: si pensi alle note 30 e 31 di p. 286 ss. e 5 di p. 301 ss. Si tratta di considerazioni fittissime, eruditissime, multi-inter-pluridisciplinari, ricchissime di citazioni bibliografiche con l'indicazioni di decine e decine di studiosi, che lasciano intendere gli ampi spazi lasciati per ulteriori approfondimenti e ricerche.

Ma veniamo ora a qualche considerazione non formale, e dunque *di merito*.

Innanzitutto è quasi inutile dire che appare impossibile sintetizzare il contenuto del libro, del quale si consiglia la lettura integrale, onde non incappare nell'erronea sensazione di lacunosità che ogni lavoro sul «costituzionalismo del Novecento» inevitabilmente comporterebbe. Purtroppo, però, questa sensazione diventa più palpabile di fronte a tanta ricchezza di citazioni. Tanto per limitarmi agli italiani, ed escludendo per evidenti motivi autori viventi, per esempio parrebbe inesistente il contributo di un V. E. Orlando, di un M.S. Giannini o di un T. Martines (di quest'ultimo *incidenter* si segnala ora la pubblicazione dell'*opera omnia*, Giuffrè, Milano, 2000), il pensiero dei quali non viene preso in alcuna considerazione da Volpe. Così pure, senza ovviamente tener conto solo del «numero» delle citazioni, non può ignorarsi l'incidentalità quasi occasionale del richiamo a studiosi come V. Crisafulli, L. Paladin e P. Barile, il contributo dei quali parrebbe del tutto marginale (benché, insieme agli altri ricordati, certo non poco essi abbiano dato alla crescita quanto meno della scienza costituzionale italiana). Ma è evidente che i criteri di scelta, e dunque di selezione, dei pensatori sono (se non del tutto, in gran parte) opinabili e legati alle opzioni soggettive di ogni studioso. A Volpe, anzi, va dato atto di aver largamente preso in esame, e con dovizia (*soprattutto*, come forse era giusto) la dottrina straniera. Ma naturalmente anche in questo caso, sarebbero possibili alcune utili integrazioni. Per esempio, non riesco a immaginare il costituzionalismo statunitense senza il contributo (che invero a me pare addirittura di rilievo mondiale) di uno studioso come E.S. Corwin, per il quale confesso di avere una speciale venerazione (e che certo non escluderei da un'ipotetica graduatoria dei primi costituzionalisti del Novecento). Naturalmente mi rendo conto, del resto, che il testo è sul «costituzionalismo» – non sui «costituzionalisti» – del Novecento, ma certo è difficile scindere i due aspetti … Mi rendo anche conto che è fin troppo facile scorgere la pagliuzza nell'occhio altrui senza vedere la trave nel proprio. Tuttavia, visto che sto scrivendo nella – ammetto comoda – veste di «recensore» (sia chiaro: non «censore»), mi sono permesso di segnalare alcune preferenze, in qualche caso, mi sembra, di interesse non solo personale. Per questo, le osservazioni or ora formulate naturalmente non sono, né vogliono, né possono essere, «critiche».

Ho detto che sarebbe presuntuoso fare una sintesi del volume, ma può essere interessante ricordare l'originale articolazione del lavoro di Volpe: dopo un'ampia introduzione sulla crisi del positivismo, si prende in esame la comunità (la costituzione organica), il capo (la costituzione cesaristica), il partito (la costituzione materiale), il linguaggio (la costituzione logica), la democrazia (la costituzione ideale), il mercato (la costituzione spontanea) ed infine la tecnica (la costituzione postmoderna). È evidente che le intitolazioni sono solo di comodo e

che in realtà la classificazione è solo tendenziale rispetto a una «complessità» dei fenomeni che trascende ogni categorizzazione e che emerge quale costante di un'analisi che non risparmia mai, pur negli spazi contenuti disponibili, l'esposizione problematica.

Ma al solito, piuttosto che segnalare i pregi del volume, che ho già ricordato e che sono fuori discussione, non mi sottraggo all'ingrato compito di scegliere – nel *mare magnum* di questioni e argomenti toccati nel testo – solo alcuni temi, tentando qualche puntualizzazione su aspetti particolari che, nello spirito di queste recensioni, miri a stimolare il dibattito e dunque la replica dell'Autore.

Un profilo che emerge subito, e che mi sembra assolutamente centrale non solo nell'«economia» del libro ma per ogni costituzionalista e giurista in genere, è quello della natura del diritto; in breve, se esso sia effettivamente una scienza: «Anche per il diritto sorge il problema della sopravvivenza come scienza: come esorcizzare l'illogico che in esso si annida?» (p. 27). Strettamente legato a questo tema è quello del «governo dei giudici» e della natura «arbitraria della giurisprudenza» (p. 26, ma spec. p. 29 ss.). Nel prosieguo del lavoro Volpe, se ho ben compreso, mi sembra abbastanza rassegnato a convivere con il primo interrogativo e insieme consapevole dell'inevitabile fine del mito della certezza dogmatica del diritto di fronte alla realtà del giurista/giudice/uomo che affronta concreti casi di vita, con tutti i gravi rischi di arbitrio che ciò comporta (specialmente di fronte a una esasperata interpretazione del *Freirecht*).

Personalmente sarei portato a rammentare con semplicità (forse piattamente) la classica distinzione fra scienze esatte (matematica), naturali (fisica, chimica, biologia …) e sociali (economia, sociologia, scienze politiche e, appunto, diritto), queste ultime – operando con «valori» – inevitabilmente caratterizzate da un tasso di minore oggettività. È noto, del resto, che si parla di scienze filosofiche e persino teologiche (e ciò suscita, almeno in chi scrive, qualche perplessità). Dunque, senza arrivare alle posizioni estreme e pessimistiche (ma utilmente provocatorie) di un P.K. Feyerabend sul metodo scientifico, ci sembra che sia ragionevole per i giuristi accettare una qualche auto-limitazione nelle loro pretese di certezze, dovuta alla natura stessa dell'oggetto del loro lavoro: si tratta, a conti fatti (e probabilmente Volpe converrà con me), non solo di un atto di onestà intellettuale, ma soprattutto di un esercizio di umiltà straordinariamente vantaggioso per tutti (giuristi in testa).

Quanto al «governo dei giudici», da tempo e in numerosi lavori ho sostenuto – in conformità a una certa predilezione per la tradizione culturale del costituzionalismo americano (non casualmente da Volpe qualificato in modo generico, non senza un'implicita accusa di ingenuità, «neogiusnaturalismo statunitense»: p. 183 ss.) – che esso mi sembra sia lo sbocco pressocché naturale, e dunque inevitabile, dello *Stato costituzionale* contemporaneo per così dire «maturo» (caratterizzato da quattro pilastri: diritti fondamentali, democrazia, separazione dei poteri, controllo di costituzionalità). Confermo qui che soltanto la più varia e articolata attività giurisdizionale (non ultima delle Corti costituzionali) – trasformando l'astratta norma in concreto imperativo giuridico da applicare al reale fatto di vita – può avvicinare davvero lo Stato al cittadino, proteggendone la libertà e la dignità. Senza dunque negare gli ipotetici rischi di «arbitrarietà» della giurisprudenza (rispetto ai quali, però, è ancora possibile introdurre adeguati sistemi di «pesi e contrappesi»), invece piace qui accentuare i concreti vantaggi legati alla «ragionevolezza» delle decisioni prese in tale contesto giuridico-costituzionale (dove a una minore, ma presuntuosa, certezza del diritto fortunatamente corrisponde una maggiore, e profonda, umanità del diritto stesso).

Volpe dedica molte pagine (pp. 62-78, ma i richiami sono diffusi un po' in tutto il volume) al sistema giuridico-costituzionale nazionalsocialista, e dunque al *Fürherprinzip*, proponendo un'attenta disamina della dottrina dell'epoca favorevole a quel modello di regime, che viene descritto con

grande efficacia e puntualità, in tutti i suoi presupposti storico-culturali e in tutte le sue aberrazioni giuridico-politiche.

Di fronte a un testo così complesso e a un apparato di note così ricco (ancorché «lontano» …), può darsi che mi sia sfuggito qualcosa: se è così, chiedo preventivamente scusa. Tuttavia, mi sembra che proprio non vi siano tracce (non potendosi considerare tali le note 35 e 36 a p. 270), di una pur minima descrizione del modello giuridico-costituzionale sovietico, caratterizzato da un periodo di vita di gran lunga più lungo di quello nazista, da una tipologia di istituti giuspubblicistici non meno ricca e originale e da una riflessione dottrinale offerta da una nota e influente dottrina giuridica sovietica che ha preteso di influenzare intere generazioni di studiosi di diversi Paesi (dando vita a non minori e singolari aberrazioni giuridico-politiche). Se Volpe usasse il termine «costituzionalismo» in senso storico, e dunque nell'accezione politicamente pregnante gradita a chi scrive, e che mi ha indotto a sostenere che non ogni ordine giuridico «costituito», ma solo quelli liberaldemocratici, danno vita a sistemi giuridico-politici di tipo «costituzionale», una tale omissione forse si potrebbe comprendere (sul punto sia consentito rinviare al mio *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994, per esempio p. 69 ss. e specialmente, ora, al mio *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, nel volume da me curato su *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 17 ss. Cenni sul «costituzionalismo» illuministico con funzioni garantistiche nel volume qui recensito a p. 52). Se – in altri termini – l'Autore avesse attribuito al termine «costituzionalismo» e all'aggettivo «costituzionale» una qualificazione politica liberaldemocratica, considerandoli indicativi di «tecniche della libertà», come notoriamente piaceva dire a B. Mirkine Guétzévich (a proposito: ecco un altro autore di cui si sente la mancanza, al pari di G. Burdeau), allora certo si sarebbe potuto ignorare – se si preferisce «depennare» – dal *costituzionalismo del Novecento* il modello sovietico. Ma, a ben vedere, con esso avrebbe dovuto essere ignorato anche quello nazionalsocialista, parimenti del tutto estraneo alla tradizione culturale liberaldemocratica. Invece l'opzione «aperta» sul *costituzionalismo del Novecento* (e sui movimenti di pensiero retrostanti), la lettura, per così dire, a 360 gradi, delle principali correnti di pensiero giuridico-costituzionale del secolo, non consente, almeno a me, di spiegare questo «silenzio».

Ad ogni modo, soprattutto se tale silenzio è consapevole, e dunque se si tratta di una precisa scelta dell'autore, ovviamente essa merita ogni rispetto, ma certo non riesco a considerare marginale l'influenza di una scuola di pensiero giuridica come quella sovietica, né soprattutto trascurabili i colossali danni (culturali e semplicemente umani) che essa ha prodotto nel secolo ormai trascorso. Tra i «mostri» partoriti dalla cultura del Novecento, accanto a quello – se proprio lo vogliamo chiamare così – del *costituzionalismo* «autoritario» (dei regimi nazi-fascisti) v'è anche quello del *costituzionalismo* «totalitario» (dei regimi sovietico-stalinisti), ferma restando, come acutamente ricorda F. Neumann, la compresenza in entrambi di forti componenti rispettivamente totalitarie e autoritarie.

Di fronte a questa omissione, certo ha modestissimo rilievo la mancanza – per alcuni versi inevitabile in un testo necessariamente contenuto, ancorché ricco di così interessanti riferimenti culturali – di cenni al costituzionalismo sudamericano (non solo autoritario), orientale (cinese, indiano …), ecc. Ma bisogna riconoscere che, come è vero che si tratta di un volume sul «costituzionalismo» e non sui «costituzionalisti», così è vero che esso si occupa del «pensiero» costituzionale e non della «comparazione» costituzionale.

Per dirla tutta, più in generale ho avuto l'impressione, ma naturalmente posso sbagliarmi, che Volpe – seguendo una più che legittima attitudine e una più che legittima visione personale – (non abbia più dimesti-

chezza, bensì) tenda a dare più rilievo al pensiero costituzionale di lingua tedesca rispetto a quello nordamericano e francese (e ovviamente italiano). Sempre che non sia errata la mia impressione, mi sembra che quest'impostazione non sia casuale e in qualche modo incida sulle pessimistiche conclusioni generali cui perviene l'Autore.

Quasi inutile sottolineare la presenza nel testo di alcune «datazioni» (e concettualizzazioni), che in astratto esprimono «tesi» rispettabilissime, ma che potrebbero comunque essere oggetto di contestazioni, dando vita a vespai di polemiche dottrinali: si pensi, per tutte, all'affermazione – che è condivisibile, ma certo non da tutti – secondo cui: «Negli anni Venti nello straordinario «laboratorio» culturale della Repubblica di Weimar inizia una riflessione sulla democrazia da cui emergerà una nuova concezione sia di essa che della costituzione, destinata a dominare il costituzionalismo contemporaneo, anche per le notevoli applicazioni pratiche ricevute: la democrazia costituzionale» (p. 174). Senza contestare l'importanza di quel momento e di quel contesto culturale, qualcuno potrebbe dubitare che la data e il luogo di nascita del costituzionalismo contemporaneo (*id est*: della democrazia costituzionale) siano proprio quelli e che invece la data non sia precedente (di parecchio) e il luogo altrove (un altro continente), o addirittura che il costituzionalismo contemporaneo abbia veramente un'*origine puntuale* (nello spazio e nel tempo) e non si mostri piuttosto come un *processo storico* che ha coinvolto nel tempo *più* realtà istituzionali. Del resto, per esempio (come riconosce lo stesso Volpe: p. 275, nota 91), l'esperienza weimariana è importante ma non conosce un vero e proprio controllo di costituzionalità, il quale invece è – non solo a parere di chi scrive – caratteristico e decisivo per l'affermazione dello Stato costituzionale contemporaneo (e dunque del «costituzionalismo attuale»).

Mi siano consentite, poi, alcune – sette – precisazioni che in qualche modo mi possono riguardare perché toccano temi di cui mi sono occupato più direttamente (e sui cui il richiamo a miei lavori precedenti consente dei rapidi rinvii per approfondimenti altrimenti qui impossibili).

1) Nonostante le precisazioni e le indicazioni bibliografiche, permane nel testo, a parer mio, una certa (forse inevitabile) equivocità concettuale sul concetto di Costituzione *materiale* che, almeno in due punti, «sembra» – sottolineo: sembra – quasi coincidere con quella *reale-vivente*, piuttosto che con lo spirito (o ideologia essenziale) che caratterizza una Carta (siccome concepita dalle forze politiche dominanti-costituenti): mi riferisco ai passi in cui si richiama una «Costituzione formale …ben confezionato involucro» che serve «a tenere nascosta agli uomini la loro effettiva costituzione materiale» (p. 99, ma v. pure p. 127). Per quel che invece a me pare la nozione più corretta di Costituzione materiale, anche nella prospettiva mortatiana, mi permetto di rinviare ancora a *Contributo*, cit., spec. p. 23 ss.

2) Volpe, onorandomi di una citazione, mi attribuisce un'«assunzione giusnaturalistica della costituzione» (p. 282, nota 14). La cosa non mi scandalizza affatto e non è troppo lontana dal vero (se non fosse comprensibilmente ultragenerica), ma – a voler esser precisi – il punto di vista del recensore dichiaratamente si colloca, in modo più moderato e realistico, nel filone del c.d. *positivismo illuminato* [per un approfondimento di questo concetto v. il mio: Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris *(Notarella sul metodo «relazionista» nel diritto costituzionale)*, in *Pol. del dir.*, n. 3/1996, p. 399 ss.].

3) Talvolta le distanze concettuali sono, soltanto o in gran parte, frutto di equivoci terminologici o di diversità di convenzioni linguistiche. Prova ne è, mi sembra, il paragrafo su *le teorie della relatività* secondo cui il mondo «è una costruzione concettuale che dipende dai mezzi di osservazione di cui l'uomo si serve e dai sistemi di riferimento che adotta» (p. 133 s.), che apparentemente richiamerebbe un'impostazione rigidamente «relativista» e che, a ben vedere, mi pare invece del tutto compatibile con

quanto sostenuto da chi scrive appunto circa la necessità di adottare piuttosto un metodo «relazionista» nel diritto costituzionale. Tale metodo, rigettando un'impostazione *non cognitivista* (che porta, a parer mio, a un pericoloso relativismo assiologico), accoglie invece un'epistemologia *cognitivista*, ma non assolutista, secondo cui si deve guardare all'oggetto dello studio appunto «dal punto di vista» dell'osservatore e dunque «in relazione» alla prospettiva di volta in volta adottata, con la conseguente necessità non di un *eclettismo* ma di un *pluralismo* metodologico (v. il lavoro da ultimo citato).

4) Forse troppo generosa – e comunque *in bonam partem* – è la lettura che Volpe fa del concetto di democrazia in H. Kelsen, del cui autentico e sicuro spirito liberaldemocratico sarebbe sciocco dubitare, ma che certo non ha descritto in modo felice – come pure lascerebbe intendere la nota 4 a p. 293 – la distinzione, invece fondamentale per l'idea di Costituzione, fra democrazia e demagogia/oclocrazia. Devo comunque dar atto con gratitudine all'Autore di aver richiamato il mio diverso punto di vista critico (v. sempre nota 4 a p. 293). Tuttavia, al di là delle più astratte dichiarazioni di principio kelseniane, è possibile recuperare il punto di vista del maestro praghese riconoscendone l'evidente contraddittorietà allorché questi, alla fine, incongruamente ma fortunatamente, richiama il principio *assoluto* della tolleranza, dando così vita a una sorta di un «relativismo relativo» che, se esposto chiaramente e senza le ambiguità di non pochi passi kelseniani, mi sembra risulti perfettamente compatibile con quel che, sulla scia di K. Mannheim, ho definito piuttosto «relazionismo».

5) In tema di diritti umani, non mi sento di condividere del tutto il punto di vista di Volpe, invero piuttosto tradizionale e largamente accettato (almeno in Italia), secondo cui, un po' sbrigativamente «da tempo è stata ormai fugata l'illusione di un fondamento assoluto, universale, metastorico dei diritti naturali, ed è stata chiarita, invece, la loro essenziale storicità» (p. 191). In realtà, a differenza del loro «fondamento» (su cui, *infra*, fra poco), che i c.d. diritti umani, fondamentali, inviolabili, inalienabili, ecc. siano «storicamente posti» non ha *dubbio* alcuno (e *dubito* invece fortemente che qualcuno sostenga, o abbia sostenuto in termini così semplicistici, il contrario, ammesso che sia possibile enumerare/storicizzare i bisogni dell'uomo, che non casualmente sono perenni perché richiamano esigenze … infinite, assolute). La questione mi sembra, però, un'altra: posto che essi interessano il giurista in quanto sono *positivi*, in modo esplicito («giuridicizzati») o – si badi, il punto è di assoluto rilievo – in modo implicito («giuridicizzabili»), la loro «relatività» non mi sembra però «del tutto soggettiva e ideologica», come afferma Volpe. Dal mio punto di vista, invece, esiste un loro nucleo duro sufficientemente stabile e *transepocale* (es.: libertà di comunicare), soggetto nel tempo ad inevitabile «aggiornamento» (es.: con la voce, poi con la scrittura, poi con il telegrafo, poi con il telefono, poi con il videotelefono, domani … si vedrà), in ciò largamente risolvendosi il concetto di storicizzazione, senza che però venga meno, nel corso del tempo, l'essenza profonda del diritto stesso.

Ma di ideologico, in effetti, v'è, qualcosa: il fatto che – se non vogliamo svuotare di senso logico il concetto assiologicamente pregnante di diritti umani, ricomprendendovi tutto ciò che la volontà storica della maggioranza *di volta in volta* vorrà (confondendo la libertà con il libertarismo) – bisognerà ancorarli, piaccia o no (e senza voler far torto alle altre tradizioni), alla cultura dell'Occidente, la quale è il frutto di un crogiuolo di valori plurisecolari stratificati di matrice giudaico-greco-romana-illuministica. Ben diverso dalla loro giuridica «storicità», nel senso accennato non controversa, è poi il problema – già ricordato – del loro «fondamento» che, a parer mio, *deve* essere pre-giuridico (consenso sociale) e *può* essere meta-giuridico (assoluto, almeno per alcune delle radici culturali ricordate). Ma per indicazioni meno superficiali sul tema mi permetto di rinviare al mio *Il problema*

*del «fondamento» dei diritti «fondamentali»*, in *Dir. e società*, n. 3/1991, p. 453 ss.

Tutto ciò non inficia, mi sembra, la sostanziale acutezza della teoria di Volpe circa l'esistenza di un ideale «Paradiso perduto» che si celerebbe dietro ogni approccio «neogiusnaturalista» (p. 190 ss.). Sfoltita dal suo contenuto vagamente ironico e dalla sua qualificazione spregiativamente mitologica, chiaramente riduttivistica (Volpe parla di «far apparire inesistenti verità»: p. 197: credo invece che potremmo convenire insieme nel riconoscere che non sappiamo sicuramente cosa è vero e che cosa no), tale teoria individua, o meglio, lascia intuire, le ricordate radici «culturali» profonde dei diritti umani e la problematica della loro violazione: proprio l'iniziale violazione dell'ordine cosmico-divino (l'uomo decide «da sé» cosa è bene e cosa è male) determina la nudità/solitudine/infelicità dell'uomo stesso (relatività di ogni valore, in mancanza di Dio). Mi sembra però che bisogna riconoscere, laicamente, che questo non è, né può essere, il problema *giuridico* dei diritti umani (essendo solo una possibile e utile chiave di lettura del loro «fondamento» *metagiuridico* naturale). Almeno sotto quest'aspetto, è difficile non concordare con F. D'AGOSTINO (*Diritto naturale*, in *Dizionario delle idee politiche*, diretto da E. Berti e G. Campanili, Roma, 1993, p. 225) quando afferma che «Se il prezzo che la dottrina del diritto naturale deve pagare ai gusti lessicali del presente, per mantenere la propria identità al di là del variare delle etichette, è quello di rigenerarsi come dottrina dei diritti dell'uomo, non si tratta certamente di un prezzo troppo alto, come dimostra il fatto che è stato praticamente già pagato, e nella sua interezza, dai migliori giuristi del nostro tempo».

6) Desidero infine sottolineare, fra le altre, le lucidissime considerazioni di Volpe sulla distinzione fra normalità e normatività in H. Heller, che condivido pienamente (e su cui, per integrazioni, credo possa utilmente vedersi ora *La transizione costituzionale*, cit., spec. p. 31 ss.).

7) Affascinanti e coinvolgenti sono le pagine dedicate al mercato (la costituzione spontanea) (p. 214 ss.), agli anarco-capitalisti (p. 233 ss.), a *internet* e alla globalizzazione (p. 219), caratterizzate da una buona dose di realismo e/o pessimismo, talvolta attenuate, fortunatamente, da una chiave di lettura meno angosciosa: «Per la verità, a queste visioni «apocalittiche» … si possono contrapporre … valutazioni in termini positivi dell'avvento dell'era telematica e del suo illimitato ciberspazio, riconoscendo ad esse inusitate capacità comunicative e creative» (p. 251). Per analoghe considerazioni «miste», a metà strada fra un moderato pessimismo o moderato ottimismo, fra gli altri, v. il mio *Gli effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione». Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionali*, in *Pol. del dir.*, n. 3/1998, p. 463 ss.

Come inizialmente ricordavo, è praticamente impossibile richiamare la miriade di spunti interessanti, spesso acuti e profondi, di un libro come questo, che merita di essere letto (e «riletto» per gli stimoli intellettuali che fornisce).

La sola disamina della riflessione critica sul ruolo della *tecnica* (e sulla assorbente pervasività nichilistica delle attuali strutture economico-politiche) introdotto da M. Horkheimer e T.W. Adorno nella Scuola di Francoforte (la costituzione postmoderna) (p. 238 ss.), meriterebbe un lungo approfondimento e un'ampia riflessione da parte dei giuristi-costituzionalisti. Lo stesso può dirsi per le lucide considerazioni sulla teoria dell'«agire comunicativo» di J. Habermas come strumento di liberazione oltre che di manipolazione del consenso sociale (anche alla luce delle considerazioni critiche di K.C. Apel) (p. 241 ss.). Ma si tratta solo di alcuni dei temi, complessi, fondamentali e praticamente ineludibili toccati in una indagine – ricordiamo – «a tutto campo», non sempre consueta per un costituzionalista italiano.

In breve: bisogna dare atto a Volpe di avere concentrato nelle ultime 60 pagine

una tale quantità e qualità di questioni e problemi, tutti di prim'ordine (e non solo strettamente costituzionali), che esigerebbero – da soli – una recensione a sé, ovviamente qui improponibile.

Mi limito solo a rammentare l'idea conclusiva del «declino della costituzione come fondamento della convivenza sociale», in quanto le Carte sono considerabili e considerate «con il metro della scienza» alla stregua di semplici «miti», «metanarrazioni», «favole»; tutt'al più esse «scadono» al modesto ruolo «di protocolli, cioè di generali regole procedurali e organizzative, *essenzialmente funzionali al dispiegarsi della tecnica e delle sue necessità*» (p. 256 ss., mio il corsivo). Per Volpe «non esistono fondamenti (certezze, valori assoluti, fini essenziali) nella vita degli uomini: ogni presunto «immutabile» si rivela contingente, ogni progettualità illusoria. Ogni costituzione, intesa come fondamento legittimante la convivenza sociale, si sfalda e deperisce (anche laddove è mantenuta artificialmente in vita)». Ma questa pessimistica conclusione non vuole essere, come pure parrebbe, tradizionalmente nichilista: secondo l'Autore, persino il nichilismo «è vinto … se si riesce a coabitare con l'assurdo … accettando e vivendo fino in fondo il proprio destino» (p. 259).

Sembra difficile negare che esistono molti argomenti a sostegno di una simile impostazione filosofica del problema della Costituzione. Ma è pur vero che esistono, e non sono meno accettabili, argomenti *diversi* a sostegno di *altre* impostazioni, non meno degne di considerazione (si pensi, per esempio, al volume, curato da A. BARBERA, su *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997).

In particolare, la posizione assunta da Volpe è, a ben vedere, assai più estrema e radicale di quella sostenuta da chi – già avanzandosi su un cammino aspro e difficile, ma pur sempre «costruttivo» (e dunque, almeno per me, condivisibile) – ha teorizzato che sia «venuta meno la costituzione materiale» sicché «il processo politico-costituzionale non incontra più ostacoli «ambientali» per svilupparsi pienamente in senso reticolare», ciò che darebbe vita a una «costituzione complessa, che si compone di molti elementi irriducibili ad unità, ma integrabili» (così P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 166 e 157).

Chi scrive, notoriamente, è ben lontano dall'approccio filosofico seguito da Volpe che, confesso, mi sembra troppo pessimistico, anzi catastrofico, se non apocalittico (ancorché certo venga prospettato solo come realistico, e si ammanti in conclusione di suggestioni ispirate ad un virile stoicismo). Ma è proprio vero che «non esistono fondamenti nella vita degli uomini»? che «ogni progettualità è illusoria»? che non è possibile porre limiti politico-giuridici alle esigenze apparentemente incontestabili e automatiche della «tecnica» cui la Costituzione è ormai sempre servente e «funzionale»? Se così fosse, dovremmo smettere di lottare per il consolidamento dei valori liberaldemocratici; dovremmo restare indifferenti di fronte al rischio dell'intolleranza interreligiosa e transculturale; dovremmo rassegnarci ad esser manipolati dal «sistema» e, visto che tutto è inutile (e relativo), converrebbe «buttare la spugna». In verità non è questo l'esito della ricerca di Volpe, che anzi pervicacemente invita a «rivivere ogni istante il mito di Sisifo», pur inutilmente, pur sapendo che non cambierà nulla (sulla scia dell'influenza nietzschiana dell'«eterno ritorno»).

Questa prospettiva – degnissima e meritevole del più assoluto rispetto – è forse lo sbocco naturale e inevitabile di una coerente «etica laica» della vita, che però probabilmente solo pochi sarebbero capaci di seguire «fino in fondo», senza lasciarsi andare invece alle pulsioni più soggettive ed egoistiche, visto che – per dirla con F. Dostoevskij – «Se Dio non c'è, tutto è permesso». Altrimenti detto: può piacere o meno, ma se nella Costituzione pensiamo di vedere la razionalizzazione giuridica di insostituibili istanze *eterocentriche* ed *altruistiche* – senza le quali difficilmente una convivenza sociale sarà possibile e duratura (e soprattutto

meritevole d'essere vissuta) – allora certo non è sul «nulla» che sarà possibile ricercarne il fondamento. Proprio quelle istanze inducevano L. Fuller, attraverso la teoria del diritto naturale sostanziale, a sostenere – in uno slancio *altruistico* verso le generazioni future – che «è attraverso la comunicazione che ereditiamo gli sforzi umani del passato. La possibilità di comunicazione ci può riconciliare con il pensiero della morte, assicurandoci che ciò che otteniamo arricchirà le vite di coloro che verranno». Dunque, è a dir poco ingeneroso qualificare – come pure fa l'Autore – quest'approccio «suggestioni da *Sepolcri* foscoliani!» (p. 189. Ma per un'interessante riflessione sulla prospettiva socialista della lotta per la felicità delle generazioni future, senza tuttavia che ne possano godere proprio i combattenti attuali, v. D. FARIAS, *Kautsky e Lukás sull'altruismo del proletariato*, in ID., *Idealità e indeterminatezza dei princìpi costituzionali*, Milano, 1981, p. 415 ss.).

S'intende che la Costituzione è quel che è: solo il parto di umane fatiche, sempre imperfetto, sempre migliorabile. Ma le domande di Volpe «trascendono» la mera questione (giuridica) della *crisi* dell'idea di Costituzione: esse, in effetti, celano il problema (filosofico) della *crisi* dei fondamenti stessi dell'umana convivenza, di cui la Costituzione in senso giuridico-politico è parte non trascurabile.

Qui giunti, allora, si può invece dire quel che una Costituzione non può riportare (e non sarebbe giusto che enunciasse): *senza la carità, tutto è vano. Persino la fede* – e dunque (per dirla con Volpe) il mito, la meta-narrazione – *non serve*, dice S. Paolo, I Corinzi 13: «Se anche parlassi le lingue degli uomini e degli angeli, ma non avessi la carità, sono come un bronzo che risuona o un cembalo che tintinna. E se avessi il dono della profezia e conoscessi tutti i misteri e tutta la scienza, e possedessi la pienezza della fede così da trasportare le montagne, ma non avessi la carità, non sono nulla. E se anche distribuissi tutte le mie sostanze e dessi il mio corpo per essere bruciato, ma non avessi la carità, niente mi giova. La carità è paziente, è benigna la carità; non è invidiosa la carità, non si vanta, non si gonfia, non manca di rispetto, non cerca il suo interesse, non si adira, non tiene conto del male ricevuto, non gode dell'ingiustizia, ma si compiace della verità. Tutto copre, tutto crede, tutto spera, tutto sopporta. La carità non avrà mai fine. Le profezie scompariranno; il dono delle lingue cesserà e la scienza svanirà. La nostra conoscenza è imperfetta e imperfetta la nostra profezia. Ma quando verrà ciò che è perfetto, quello che è imperfetto scomparirà … Queste dunque le tre cose che rimangono: la fede, la speranza e la carità; ma di tutte più grande è la carità».

Questo celebre e sublime inno paolino non casualmente chiude, accompagnato dalle note struggenti di Z. Preisner, il bellissimo *Film Blu* di K. Kieslowski: il regista lo offre con raffinata sensibilità come risposta possibile (in qualche modo … *al di là della fede*, al di là quindi – per dirla ancora con Volpe – di ogni meta-narrazione, di ogni mitologia) all'insensatezza della vita, all'annichilente dolore dell'esistenza.

Dunque: senza l'amore gratuito, senza la carità, senza la gioia pura del *dono* (cfr. ora S. LABATE, *La sapienza dell'amore. In dialogo con Emmanuel Levinas*, Cittadella, Assisi, 2000), tutto sarebbe vano, inutile affanno e angosciosa disperazione. E questa non è una «favola», ma una via – diversa da quella stoica, ma parimenti rispettabile – per «capire» l'idea di Costituzione e, con essa, le possibili funzioni del diritto e dello Stato (o dell'organizzazione politica che lo sostituirà) (sul punto v. L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Giuffrè, Milano, 1969).

Si tratta, almeno per grandi linee, di intuire le radici nascoste di quel «diritto alla felicità», così caro agli americani, che – nonostante la crudele selettività di un certo capitalismo d'oltreoceano – non può mai essere fatto coincidere con un individualismo selvaggio. Quel diritto alla felicità non sarebbe mai veramente possibile senza un

diverso atteggiamento interiore profondo, che deve caratterizzare le «società aperte» e che, come ricordavo, non è soltanto passivamente *tollerante*, ma fortunatamente qualcosa di più: *eterocentrico* e *altruistico*.

Ma, lasciando ora le alte vette per scendere nelle basse pianure, in modo forse più modesto e concreto, a me pare che, se di crisi (o declino) del concetto di costituzione può parlarsi, esso valga soprattutto per la Costituzione quale mito di fondazione dello Stato nazionale sovrano, che – com'è ben noto – è invece soggetto ad un'irreversibile erosione dal basso (autonomie locali) e dall'alto (entità sovranazionali).

Per converso, molte più *chances* ha un'idea di costituzione continentale (per esempio europea, con ampi spazi federali di tutela delle autonomie) e mondiale (legata alle basi minime della convivenza politica globale, che ormai induce molti autorevoli giuristi a parlare di una sorta di *diritto costituzionale comune*). Può sembrare un'ingenuità. Forse lo è. Ma (non solo a me) pare qualcosa di più di una semplice suggestione: è un'idea che si fa strada nella storia, pur con non poche contraddizioni.

Infatti, come ho avuto modo altrove di rilevare, è proprio questo tempo storico – di profonda *transizione* epocale e internazionale (non solo italiana) – che contribuisce al disorientamento attuale, così estremo e (apparentemente) sterile. Ognuno di noi è pienamente immerso in una fase di *transizione* politica, giuridica, istituzionale, economica, culturale di cui vede l'inizio ma non ancora la fine.

Ma di fronte a tanta complessità, a ben vedere (almeno così sembra a chi scrive), in «declino» non è tanto l'*idea* di costituzione, quanto l'*attuale modello* di costituzione statale.

Naturalmente non pretendo di spargere semi di comodo ottimismo e non voglio indulgere in facili irenismi. Piuttosto prendo atto con realismo che le categorie giuridiche (e, in parte, intellettuali) tradizionali (a cominciare da quella di sovranità: e dunque di un tradizionale «centro», anche in senso assiologico) sono «saltate». Ma esiste anche un movimento opposto – o, se si vuole, un'altra chiave di lettura del medesimo fenomeno della globalizzazione – che può essere definito di *coagulazione* attorno a un *minimum comun denominatore* assiologico «pluralista» costituito essenzialmente, per così dire, proprio dall'*etica* del costituzionalismo contemporaneo (globalizzazione come occidentalizzazione).

Tutto ciò probabilmente è un bene piuttosto che un male.

Proprio in tale incerto contesto, infatti, l'idea di Costituzione – di fronte al rinnovato, perenne e diffuso ritorno sul piano internazionale del «neogiusnaturalismo» (così negletto da Volpe) – non è affatto destinata a *morire*, essendo invece chiamata a *trasformarsi* in un quadro universalistico che ancora è tutto *in fieri* e nella cui evoluzione in molti riponiamo non poche speranze.

## Replica

di *Giuseppe Volpe*

Condivido quasi integralmente ciò che scrive Spadaro del mio libro; di conseguenza, non ho sostanziali rilievi da fare.

Tale condivisione riguarda, per l'esattezza, più il metodo che il merito delle riflessioni; ma il merito – trattandosi pur sempre di opinioni soggettive, per quanto acute e profonde – richiederebbe un dialogo lungo ed intenso, in sedi e forme più idonee, non certo qualche replica scritta, con il rischio di alimentare sterili equivoci.

Mi limito, pertanto, ad alcune brevi precisazioni, strettamente necessarie.

Spadaro, «Ecoriecheggiando» (U. ECO, Harvard University, Norton Lectures, 1992-1993, trad. it. *Sei passeggiate nei boschi narrativi*, Bompiani, Milano, 1994) si chiede quale possa essere il «Lettore Modello» per il mio libro.

Lo sconforta lo stato attuale della costituzionalistica italiana (ed anche della scienza giuridica in generale): «un mondo a sé, piuttosto angusto, noioso e provinciale».

Il medesimo sconforto manifesta un altro recensore, DOGLIANI (*Dir. pubbl. comparato ed europeo*, n. 3/2000, p. 847 ss.), il quale critica l'«involuzione esegetica del costituzionalismo italiano» e, in particolare, l'«atteggiamento entomologico soprattutto nello studio della giurisprudenza costituzionale».

Questa triste situazione culturale non mi sorprende, né, in fondo, mi interessa più di tanto.

Vale la pena di precisare che, scrivendo, mi sono posto come modello ideale di lettore non certamente i miei colleghi, ma gli studenti del corso di Diritto Costituzionale.

Ebbene, questi ripagano ampiamente la mia aspettativa con una lettura attenta ed appassionata, quanto la recensione a cui sto «replicando».

Con soddisfazione vedo finalmente un lavoro costituzionalistico sottoposto al *jeu de massacre* dell'inclusione-esclusione di Autori, come accade normalmente in altri ambiti scientifici, filosofici, letterari, artistici.

In proposito, se non risultasse già chiaro, ribadisco che il criterio di inclusione-esclusione adoperato è stato unicamente la valutazione (ovviamente soggettiva, fallibile e criticabile) dell'apporto di ogni singolo Autore alla teoria della Costituzione, alla *Verfassungslehre*, per citare uno dei «classici» del Novecento.

Per quanto riguarda, infine, la rilevata assenza di riferimenti al modello giuridico-costituzionale sovietico (e ad altri costituzionalismi, orientali, sudamericani), essa è giustificata dalla preliminare scelta di delimitare il mio studio all'area della c.d. civiltà giuridica occidentale, comprensiva dei Paesi dell'Europa dell'Ovest e degli Stati Uniti d'America.

**Recensione a Elisabetta CATELANI, *Contributo allo studio delle direttive interorganiche*, Giappichelli, Torino, 1999**

di *Fabio Merusi*

Ancora un libro sulle direttive? Sulle direttive c'è ormai una letteratura vastissima nella quale è stato detto di tutto un po' o, attraverso l'*ars combinatoria* di mettere insieme quel che hanno detto gli altri prima, un po' di tutto. Ma la direttiva sembra avere le caratteristiche del mitico Proteo, appena lo afferri ti sfugge. Appena si tenta di generalizzare un modello di direttiva partendo da una esperienza concreta di diritto positivo ci si accorge che la direttiva accanto è del tutto diversa. E sì che agli inizi degli anni settanta qualche incauto osservatore dei fenomeni istituzionali aveva pronosticato la morte della direttiva o, comunque, un suo diverso e più modesto inquadramento teorico: l'estendersi delle pianificazioni a tutti i settori gestiti da pubbliche amministrazioni avrebbe privato la direttiva del suo ruolo di strumento di indirizzo e l'avrebbe tutt'al più ridotta, come era accaduto alle autorizzazioni, private dalle pianificazioni di pressoché ogni discrezionalità, a strumento di attuazione dei piani nell'esecuzione di previsioni specifiche. Dove la cogenza della direttiva era una cogenza derivata dal piano e la discrezionalità lasciata al destinatario della direttiva derivava da qualche incompletezza nell'oggetto della direttiva.

Come è noto la storia è andata in tutt'altra direzione. L'avventura pianificatoria italiana si è infranta, oltre che su scogli politico-costituzionali come l'incompatibilità con il progressivo allargamento delle funzioni della Comunità Europea fondata sull'opposto principio della libertà di mercato e della concorrenza, anche nei pubblici servizi, sulla constatazione che ciò che è razionale non si traduce in fenomeni reali e che, al contrario, la realtà annulla la razionalità rendendola irreale. I piani diventano libri dei sogni e la realtà, quando non trova istituti giuridici idonei ai suoi bisogni, ne crea di nuovi, togliendo al legislatore statale il monopolio della creazione del diritto.

Scomparsi i piani sono scomparse anche le direttive attuative di piani. C'è, invero, ancora in qualche sperduta regione sarmatica, abitata da amazzoni e non ancora toccata da direttive comunitarie, qualche piano che confonde la razionalità con la realtà (la legge Bindi e soprattutto, di recente, la legge Turco), ma si tratta di fenomeni recessivi sui quali non si possono costruire teorie generali. Se anche lì ci sono ancora delle direttive, quelle direttive non hanno certamente le caratteristiche delle direttive che si trovano da altre parti. E oggi di direttive se ne trovano infatti un po' da tutte le parti. Scartata la rigidità del piano, si è riscoperta la direttiva come strumento duttile capace di adeguare l'esercizio del potere alle mutevoli esigenze poste dai fenomeni reali.

Di qui le ragioni del rinnovato interesse per le direttive e la monografia di E. CATELANI, *Contributo allo studio delle direttive interorganiche*, Giappichelli, Torino, 1999, si inserisce in questo rinnovato interesse.

Oggetto dello studio sono le direttive di recente formalizzate all'interno dell'organizzazione dello Stato: le direttive politiche ed amministrative del Presidente del Consiglio dei Ministri previste dall'art. 5, secondo comma, lett. *a*), della legge n. 400 del 1998 e le direttive dei Ministri al proprio Dicastero conseguente alla dissociazione fra indirizzo politico dei Ministri e gestione amministrativa dei dirigenti ministeriali introdotta dal D.Lgs. n. 29 del 1993. Avendo a disposizione un materiale ormai consistente di direttive formalizzate secondo i canoni stabiliti dalla nuova normativa legislativa è possibile ricostruire induttivamente, quanto meno, le direttive interorganiche statali e ragionare sui problemi che tale ricostruzione sembra porre.

Prima di porre in essere questa operazione di indubbio interesse, se non altro per la novità del materiale esaminato, l'A. ripercorre le vicende dottrinali italiane sulla tematica delle direttive, dell'indirizzo politico e, in genere, dell'indirizzo amministrati-

vo non gerarchico, con chiarezza espositiva e aderenza agli scopi che le singole teorie intendevano perseguire. Il riassunto delle teorie in tema di direttive non è limitato alle direttive interorganiche oggetto dello studio, ma è esteso a tutta la possibile gamma applicativa delle direttive. Ma per restringere il campo bisognava bene dare un'idea di che cosa si voleva restringere. Non ci sono incursioni in altre scienze, come l'aziendalistica che pure fa uso di concetti analoghi, o nel diritto comparato. Ma non se ne sente la mancanza. L'aziendalistica descrive solo con terminologia diversa gli stessi fatti e nel diritto comparato si trovano sostanzialmente le stesse problematiche affrontate dalla dottrina italiana (la distinzione fra direttive politiche e direttive amministrative; il rapporto fra norma e direttiva; la discrezionalità di chi riceve direttive e così via, secondo quanto opportunamente già messo in luce da G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo - profili generali*, Giuffrè, Milano, 1993). Forse l'unica esperienza straniera degna di nota, anche, per quel che mi risulta, mai studiata in Italia, era quella delle direttive delle Supreme Corti agli organi giudiziari di merito previste in quasi tutti gli ordinamenti comunisti per mantenere l'uniformità dell'indirizzo giurisprudenziale in alternativa alle vincolatività del precedente giudiziario, su cui esiste, per l'ex DDR, un magistrale saggio di quella sorta di von Paulus della pubblicistica tedesca che fu Jacobi (cfr. E. JACOBI, *Die Richtlinien des Obersten Gerichts der Deutschen Demokratischen Republik*, in *Festschrift für W. Apelt*, München und Berlin, 1958, 203 ss.). Come la norma interpretata si traduca in principi di interpretazione attraverso l'emanazione di direttive è un bel tema da studiare anche con riferimento ad altri settori, meno suscettibili di implicazioni ideologiche, ma non certamente con riferimento alle direttive interorganiche oggetto dello studio dell'A. nelle quali le direttive sull'interpretazione di norme già interpretate dell'organo superiore hanno un ruolo marginale.

Per imporre l'interpretazione dell'organo superiore si usano atti amministrativi diversi dalla direttiva, peraltro anch'essi poco studiati, come la risoluzione ministeriale o, di recente, la c.d. determinazione.

Ma veniamo alla parte innovativa dell'opera in esame che occupa la seconda parte del saggio.

Come si fa ad utilizzare induttivamente del materiale giuridico, nel caso specifico le direttive del Presidente del Consiglio ai Ministri e le direttive dei Ministri ai Direttori generali dei Ministeri? Per farlo ci sono due metodi possibili, uno quantitativo e uno qualitativo. Il metodo quantitativo è usato di solito dai politologi, quello qualitativo dai giuristi.

Col metodo quantitativo si classifica tutto il materiale esistente – utilizzando quando la quantità è notevole anche le moderne tecniche di elaborazione elettronica dei dati – secondo le «ricorrenze» di determinati fenomeni e dalla quantità delle «ricorrenze» si ricavano conseguenze logiche sul piano istituzionale.

Col metodo qualitativo si tende a ricavare delle tipologie giuridiche utilizzabili come «invarianti» istituzionali utilizzabili per inquadrare il fenomeno istituzionale indipendentemente dalle sue «ricorrenze».

L'A. segue il secondo metodo e procede a ricostruire una fenomenologia delle forme, delle procedure e dei contenuti delle direttive del Presidente del Consiglio e dei Ministri emanate in base alla normativa in precedenza richiamata, dalla quale risulta la tendenza a riempire le direttive formali di contenuti non direttivi, ma precettivi. Come in passato con le circolari, si tende a sconfinare nel precettivo o, quanto meno, nella norma generale, mantenendo della direttiva soltanto la duttilità formale. È evidente, proprio dal materiale attentamente elaborato dall'A. che, mentre il metodo quantitativo politologico ci avrebbe spiegato soltanto quello che è accaduto in questa fase di applicazione di direttive formalizzate dal legislatore, il metodo giuridico qualitativo utilizzato dall'A. permette, non soltanto di identificare tipologicamente queste direttive interorganiche, ma anche di mette-

re in rilievo le discordanze rispetto al tipo di atto che il legislatore ha voluto imporre.

A questo punto l'A., riprendendo sollecitazioni dottrinali già emerse nei primi commentatori delle formalizzazioni legislative dei poteri di indirizzo mediante direttive del Presidente del Consiglio e dei Ministri si pone il problema delle conseguenze giuridiche della possibile (in qualche caso dimostratasi reale) inerzia dei titolari del potere di direttiva.

Il problema non si pone tanto nei confronti del Presidente del Consiglio (il Presidente del Consiglio ha un proprio apparato amministrativo e, se fosse così debole da non essere in grado di emanare direttive nei confronti dei Ministri, probabilmente non reggerebbe a lungo) quanto dei Ministri nei confronti dei direttori generali.

In mancanza di direttive da parte dei Ministri nei confronti dei direttori generali dei ministeri la dissociazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa non servirebbe più a garantire l'imparzialità della Pubblica Amministrazione, ma sanzionerebbe soltanto la weberiana presa di potere da parte della burocrazia.

L'A., seguendo le indicazioni della dottrina che finora si è occupata della questione, affronta il problema in termini di «responsabilità», sia del titolare del potere di direttiva, sia del destinatario, in caso di inerzia.

Ma non si può risolvere il problema, e men che meno in termini di responsabilità comunque qualificata, se prima non si risponde ad un altro quesito: chi fa le direttive ministeriali?

Oltre all'ipotesi dell'inerzia che sanziona la dissociazione fra politica e amministrazione, le soluzioni possibili sono tre:

1. il Ministro si serve degli stessi destinatari per conoscere i presupposti del fenomeno da regolare o, al limite, per concordare con loro le soluzioini da formalizzare con una direttiva. È il modello collaborativo c.d. circolare che caratterizzava il rapporto fra Ministero per le partecipazioni statali e enti di gestione prima della sua crisi e della privatizzazione degli enti di gestione;

2. il Ministro impone direttive elaborate da una propria struttura burocratica diversa dall'Amministrazione alla quale è affidata la gestione del Ministero;

3. il Ministro impone le direttive elaborate da collaboratori, scelti con criteri politici, costituenti una struttura contrapposta a quella Ministeriale.

La mancata scelta di un modello, la scelta alternativa fra più modelli o, peggio, la commistione fra modelli è, in realtà, la causa delle incertezze e delle contraddizioni finora manifestatesi in materia di rapporti fra indirizzo politico ministeriale e gestione amministrativa.

E il lavoro della Catelani è anche una sollecitazione ad affrontare l'ulteriore problema del procedimento idoneo per produrre l'atto direttiva ministeriale. E, come si sa, variando i procedimenti variano anche il contenuto, le caratteristiche, e talvolta anche gli effetti, dei provvedimenti finali.

Forse oggi il problema dei problemi non è che cosa sono le direttive ministeriali, ma chi le fa.

## Replica

di *Elisabetta Catelani*

Il processo di riorganizzazione di tutto il governo, delineato in particolare nella seconda parte della XIII legislatura, ha accentuato ancor più il ruolo della direttiva nel sistema e tanti sono i profili di interesse che sono emersi in questi ultimi mesi.

L'uso frequente ed articolato che il Presidente del consiglio sta facendo delle direttive pone in evidenza sempre di più la posizione differenziata di stimolo e di indirizzo che tale organo può esercitare sul Governo, così come i rinvii che la più recente normativa fa alle direttive ministeriali, permettono di sottolineare il rilievo che stanno assumendo le scelte politiche sugli organi di gestione.

Proprio su questo profilo Fabio Merusi ha formulato le sue osservazioni, chiedendosi (e chiedendomi) giustamente chi in concreto faccia le direttive ministeriali, in quanto i problemi che si pongono in ordine al ruolo di tali atti dipende dal fatto che non sia stata realizzata una scelta fra i tre modelli che ipotizza nel suo scritto.

Forse tale scelta non poteva essere fatta in modo esplicito in via legislativa, dato che il potere di direttiva è la più diretta espressione del potere di indirizzo politico ed al suo titolare – che in questo caso è il Ministro – compete individuare le modalità attraverso le quali realizzarlo all'interno del proprio ministero.

Mi pare tuttavia che fra le tre ipotesi individuate da Merusi sia da escludere sicuramente la prima, ossia la possibilità di servirsi «degli stessi destinatari per conoscere i presupposti del fenomeno da regolare», realizzando il «modello collaborativo c.d. circolare». Tale esclusione trova la sua *ratio* innanzitutto in quell'insieme di atti normativi che sono stati adottati dal 1998 ad oggi in tema di riorganizzazione dei ministeri: si pensi in particolare al D.Lgs. n. 80 del 1998 che ha modificato in via sostanziale la disciplina del pubblico impiego e si pensi, più di recente, alla normativa sui controlli interni alle pubbliche amministrazioni introdotta con il D.Lgs. n. 286 del 1999.

La distinzione che con tali atti è stata realizzata fra potere di indirizzo politico e di gestione, la creazione di uffici di diretta collaborazione del ministro, nonché la previsione di meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, impongono l'esclusione di un'immedesimazione fra il soggetto che formula il contenuto di indirizzo ed il destinatario dell'atto.

Se quindi non si vuole attribuire a tutta la normativa sulla riorganizzazione dei ministeri il ruolo di una semplice scatola vuota, se cioè si concorda sull'effettiva (e non semplicemente nominale) distinzione fra ruolo politico e ruolo amministrativo-gestionale, è necessario non solo che il Ministro eserciti di fatto il suo potere di indirizzo, ma anche che sia messo in grado di formulare sostanzialmente le direttive in modo autonomo rispetto a coloro che svolgono funzioni di gestione e saranno peraltro oggetto di controllo da parte dello stesso Ministro. Ciò tuttavia non può avvenire in modo indipendente dalla conoscenza effettiva delle esigenze organizzative, perché il punto di sutura fra indirizzo politico e gestione amministrativa si ha proprio attraverso la formulazione delle direttive. Colui che le elabora deve quindi avere innanzitutto le competenze tecniche per prevedere tutte le possibili conseguenze che possono concretamente derivare dai comportamenti degli organi amministrativi, ma anche gli effetti politici che tali scelte possono determinare.

La scelta del soggetto legittimato a collaborare con il Ministro nella formulazione delle direttive deve convergere verso un organo che conosca il modo di funzionamento dell'amministrazione (essendo in essa, almeno in parte, inserito) e possa rea-

lizzare la sintesi fra la stessa struttura burocratica ed il suo adeguarsi all'indirizzo politico. Tale ufficio non può che essere quello di diretta collaborazione del ministro. Questo infatti, sia in base a quanto prescritto dall'art. 14 del D.Lgs. n. 29 del 1993 per la sua composizione (dipendenti pubblici o esperti e consulenti con particolari professionalità e specializzazioni), sia in virtù del ruolo che viene ad esso attribuito dall'art. 7 del D.Lgs. n. 300 del 1999, sia infine perché tale ufficio svolge anche la funzione di valutazione e di controllo strategico degli organi di gestione (artt. 6 e 8 D.Lgs. n. 286 del 1999), può coniugare insieme il doppio ruolo tecnico/amministrativo e politico necessario per avere le capacità di formulare direttive efficaci. È quindi essenziale che il ministro, nella formazione di tale ufficio, scelga soggetti dotati della necessaria lungimiranza e conoscenza dei meccanismi amministrativi, che consentano alle direttive di non rimanere una vuota formula, ma uno strumento di modernizzazione dell'amministrazione nell'interesse generale della collettività. L'assetto completo della riforma attribuisce pertanto all'ufficio di diretta collaborazione del ministro un ruolo preminente nella formulazione e nel controllo del contenuto delle direttive, sulle quali il ministro potrà svolgere un'influenza marginale e comunque limitata agli atti di indirizzo più importanti.

I destinatari delle direttive, ossia tutti i dirigenti, mantengono tuttavia un potere di proposta sul loro contenuto (artt. 16 e 17 del D.Lgs. n. 29 e art. 8, D.Lgs. n. 286), determinando così il rischio di far venir meno quella scissione fra scelte politiche e gestionali tanto declamata, ma forse ancora poco ricercata.

E forse proprio in questo potere residuo di «fornire elementi», «pareri» o «proposte» si pone in evidenza forse la carenza di una scelta univoca del modello di indirizzo che si vuole realizzare. Il potere di proposta può in altri termini determinare il rischio di un appiattimento del ministro sulle scelte degli organi di gestione, che altererebbe tutto il contenuto della riforma.

Il problema che appare tuttavia ancora non risolto in vari ministeri è la carenza di un effettivo uso di tali poteri di indirizzo. Talune direttive settoriali vengono adottate dai ministri, mentre risultano carenti quelle direttive annuali previste nell'art. 14 del D.Lgs. n. 29 del 1993 e richiamate nel D.Lgs. n. 286 del 1999 come documenti «base» per la programmazione e definizione degli obiettivi degli uffici dirigenziali. Si tratterà probabilmente di una carenza temporanea a causa dei problemi organizzativi dei nuovi uffici di diretta collaborazione del Ministro, ma ciò pone comunque in evidenza, sia le difficoltà oggettive di una loro corretta formulazione, sia il ritardo forse culturale del nostro ordinamento alla distinzione fra politica ed amministrazione, già presente invece in altri Stati.

Per cercare di sollecitare il recepimento di questo nuovo assetto di poteri e comunque per evitare il rischio di un uso non corretto di tali atti di indirizzo, è intervenuto da ultimo il Presidente del consiglio con una direttiva (12 dicembre 2000, in *G.U.* 26 gennaio 2001 n. 21) che contiene gli «indirizzi per la formulazione delle direttive generali sull'attività amministrativa», predeterminando in modo preciso e dettagliato il quadro entro il quale le direttive devono essere formulate. Il ministro non appare tuttavia (dal contenuto di questa direttiva) libero di scegliere la strada più idonea a raggiungere le finalità che si è proposto per il proprio dicastero, ma è vincolato dal punto di vista organizzativo a seguire determinati criteri predeterminati. Non soltanto infatti si dice che la direttiva annuale dovrebbe essere «un documento di natura prescrittiva», alterando così le caratteristiche naturali di questo atto (che dovrebbero consentire un margine di elasticità di decisione nel destinatario), ma si individua, se non dei principi e criteri direttivi da rispettare, quantomeno una descrizione analitica del loro contenuto.

Sarà quindi interessante verificare nei prossimi anni come questo potere verrà in concreto esercitato, se cioè la direttiva acquisterà definitivamente il ruolo di norma di quarto livello nell'organizzazione amministrativa (dopo la legge, il regolamento governativo ed il decreto regolamentare/non regolamentare del ministro) o se invece manterrà l'attuale collocazione ibrida.