



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2017 FASC. III

(ESTRATTO)

**ANTONIO RUGGERI**

**L'INDIRIZZO POLITICO TRA DIRITTO LEGISLATIVO**

**E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE**

4 DICEMBRE 2017

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Antonio Ruggeri**  
**L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale\***

SOMMARIO: 1. *Crisi della sovranità, crisi dell'indirizzo politico, crisi della legge: tre profili diversi di un fenomeno unitario.* – 2. *La doppia torsione del modello costituzionale, per effetto del ribaltamento dei ruoli degli organi della direzione politica (specie al piano della normazione) e della confusione con quelli degli organi di garanzia (e, segnatamente, dei giudici), col conseguente squilibrio dei rapporti tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale.* – 3. *Gli "indirizzi" di revisione costituzionale e la loro squilibrata spartizione tra legislatore e giudici.* – 4. *Le distorsioni che traggono spinta ed alimento dal contesto (in ispecie, dagli stati di emergenza, nelle loro molteplici forme espressive) e, dunque, dai "fatti" che in esso si affermano, mettendo non di rado in crisi i diritti fondamentali e, di riflesso, la Costituzione che nel riconoscimento e nella tutela di questi rinviene la sua specifica ragion d'essere.*

1. *Crisi della sovranità, crisi dell'indirizzo politico, crisi della legge: tre profili diversi di un fenomeno unitario*

L'indirizzo politico ha avuto una singolare vicenda, solo in parte ad oggi esplorata, specie nei suoi ultimi e più salienti sviluppi. La nozione ha avuto – come si sa – le sue più raffinate teorizzazioni tanto in regime fascista, con gli illuminanti studi di C. Mortati<sup>1</sup> e V. Crisafulli<sup>2</sup>, quanto nei primi decenni dell'esperienza repubblicana, specie grazie alla poderosa riflessione di T. Martines, avviata già a metà degli anni cinquanta del secolo scorso e quindi culminata con la ormai classica voce dell'*Enciclopedia del diritto*<sup>3</sup>. Era, quest'ultima, una stagione segnata dal tentativo, purtroppo poi fallito, di far luogo ad una organica progettazione dello sviluppo socio-economico della società italiana; ed era una stagione in cui si dava una spinta vigorosa in avanti al processo d'integrazione europea, che nondimeno doveva ancora attendere alcuni anni prima di poter giungere ad un grado apprezzabile di maturazione, nel mentre si poneva mano all'affermazione a tappeto dell'istituto regionale: due tendenze, queste, l'una che portava al trasferimento di quote crescenti di sovranità verso l'alto, fuori delle mura domestiche, e l'altra che le distribuiva verso il basso, a livelli territoriali diversi da quello centrale<sup>4</sup>, che richiedono di essere tenute presenti nel quadro di una riconsiderazione della vicenda oggetto di questo studio.

È singolare, nondimeno, il fatto che proprio nel momento in cui l'indirizzo politico riceveva la sua più raffinata rappresentazione teorica, con la voce sopra richiamata di Martines, veniva a consumarsi il suo canto del cigno: di lì in avanti, infatti, l'indirizzo entrerà in crisi, una crisi forse irreversibile,

---

\* Relazione al Seminario di studio su *Trasformazioni dell'indirizzo politico e ruolo del Governo*, Messina 1 dicembre 2017, alla cui data lo scritto è aggiornato. Farà parte degli *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*.

<sup>1</sup> *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), rist., Giuffrè, Milano 2000, e *La Costituzione in senso materiale* (1940), rist., Giuffrè, Milano 1998.

<sup>2</sup> Il saggio *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, apparso negli *Studi urb.*, 1938-1939, può vedersi riprodotto in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 3 ss. Su di esso, di recente, Y.M. CITINO, *Considerazioni sull'indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli*, in *Nomos*, 2/2016, 1 ss.

<sup>3</sup> Del 1957 è l'ormai classico *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, apparso per i tipi della Giuffrè, di poco preceduto dal corposo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss., mentre la voce *Indirizzo politico* è del 1971, vol. XXI, 134 ss. (tutti quindi riprodotti in T. MARTINES, *Opere*, Giuffrè, Milano 2000, il primo e il terzo nel tomo I, 3 ss., e 403 ss.; il secondo, nel tomo III, 293 ss.).

<sup>4</sup> Non riprendo in questa sede la intricata questione teorica se (e fino a che punto) abbia ancora senso contrapporre sovranità ad autonomia, specie ove si consideri che la medesima attività, dapprima svolta da un ente, può in seguito essere svolta da un altro, o se si preferisce dire altrimenti che del medesimo interesse si fa cura prima l'uno e poi l'altro ente, alle volte senza sostanziali differenze per ciò che concerne i limiti cui la sua gestione va incontro, in particolare laddove gli stessi vengano *ab extra*, dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea: limiti alle volte talmente intensi da far dubitare che chi vi soggiace disponga di margini di una certa consistenza di autodeterminazione, si descriva poi quest'ultima avvalendosi dello schema teorico dell'autonomia o della stessa sovranità.

comunque tangibile. Ne è un indice esteriore eloquente la circostanza per cui ancora per qualche anno la dottrina vi si è dedicata, anche con contributi di respiro monografico<sup>5</sup>, ma poi l'attenzione si è nettamente spostata su altri ambiti materiali di ricerca e temi ad essi afferenti (con particolare riguardo, allo studio della giustizia costituzionale, dei diritti fondamentali, delle Regioni<sup>6</sup>).

Gli interessi di ricerca non nascono come funghi in un bosco dopo una notte di pioggia; piuttosto, si fanno attrarre da nuove esperienze di rilievo costituzionale, alle quali docilmente si accodano, seguendone i più salienti sviluppi, nell'intento di darne la opportuna chiarificazione.

Tra queste esperienze un posto di primo piano – come si diceva – è da assegnare all'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale, cui peraltro si accompagna l'infittirsi dei vincoli discendenti a carico dello Stato (e delle sue articolazioni interne) dalla Comunità internazionale (non a caso, d'altronde, si è avvertito il bisogno di darne testimonianza nel primo comma dell'art. 117, rifatto dalla legge di riforma del 2001).

Questa vicenda, tuttora in corso e dagli esiti imprevedibili (nessuno può, infatti, dire come sarà l'Unione del prossimo futuro<sup>7</sup>), esibisce plurimi e marcati connotati, tra i quali quello che forse spicca sopra ogni altro è il riparto o – come a me pare più giusto dire<sup>8</sup> – la vera e propria condivisione della sovranità tra l'Unione e gli Stati che la compongono<sup>9</sup>, con una tendenziale avocazione a beneficio della prima di quote sempre più consistenti.

Possiamo, poi, discettare quanto vogliamo circa la qualificazione da dare al fenomeno, se seguitare a discorrere, con la Carta costituzionale e numerosa dottrina<sup>10</sup>, in termini di “limitazioni” ovvero di vere e proprie “cessioni”, seppur ancora parziali, della sovranità<sup>11</sup>. Una questione, questa, non

---

<sup>5</sup> ... tra i quali, richiamo qui solo quelli di A. MANNINO, M. DOGLIANI e P. CIARLO: v., del primo, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti fra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milano 1973; del secondo, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli 1985 (e, dello stesso, anche la voce *Indirizzo politico*, in *Dig./Disc. pubbl.*, VIII, 1993, 244 ss.); del terzo, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli 1988. Più di recente (e proprio al fine di riflettere sull'apporto offerto da Martines allo studio dell'indirizzo politico e sugli sviluppi successivamente avutisi), si segnalano i contributi di AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Ainis - A. Ruggeri - G. Silvestri - L. Ventura, Giuffrè, Milano 1998.

<sup>6</sup> In realtà, l'esame di alcune questioni di diritto regionale, particolarmente vessate, quale quella relativa alla natura dei rapporti tra legge statale e legge regionale e ai limiti su quest'ultima gravanti, ha riportato l'attenzione sull'indirizzo politico (e proprio Martines, specie nello *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, sopra richiamato, è stato tra gli autori che maggiormente hanno concorso a quest'esito); ciò nondimeno, è innegabile come la più consistente produzione dottrinale, specie a partire dall'avvio delle esperienze di giustizia costituzionale, si sia orientata verso altri lidi, secondo quanto si segnala nel testo.

<sup>7</sup> Anzi, a dirla tutta, è non poco complicato decifrare il suo stesso travagliato presente (si è fatto il punto su ciò che è e che potrebbe essere l'Unione di qui a breve in occasione del Convegno su *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Giappichelli, Torino 2017, ma alcuni contributi sono stati anticipati in [Federalismi.it](http://Federalismi.it); inoltre, P. DE PASQUALE, *L'Unione europea e le nuove forme d'integrazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2017, 671 ss.).

<sup>8</sup> La correzione non è meramente nominalistica: il termine “riparto” può infatti evocare l'idea di una rigida separazione di competenze tra Unione e Stati, mentre quello di “condivisione”, pur nella sua consustanziale indeterminatezza o, se si vuole, ambiguità, lascia impregiudicata la questione se di vera separazione si tratta o non piuttosto d'integrazione delle competenze: la fluidità delle relazioni tra gli enti, che asseconda il mobile flusso degli interessi sotto la spinta di congiunture alle volte imprevedibili e comunque non di rado pressanti, consiglia di preferire la seconda qualificazione rispetto alla prima.

<sup>9</sup> Di una “sovranità condivisa” tra Unione e Stati ho più volte discusso (ad es., in *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero sia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 11/2016, 1 giugno 2016, spec. 7, e *ivi*, in nt. 13, altri riferimenti); critici sul punto, ora, A. GUAZZAROTTI, *Sovranità e integrazione europea*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 3/2017, 2 agosto 2017, 11 s., e S. SASSI, *Crisi della sovranità e diritto transnazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 247 ss.

<sup>10</sup> In argomento, i contributi al XXXI Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, che possono ora vedersi in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 3/2017, 2 agosto 2017.

<sup>11</sup> La cessione parrebbe, poi, evocare l'idea della irreversibilità, che urta con la mobilità dei flussi di competenze nell'uno e nell'altro verso (ma – come si diceva – con un tendenziale spostamento verso l'alto), nonché con l'ammissibilità

meramente teorica ma dalle immediate e gravi pratiche implicazioni, il cui esame ci porterebbe tuttavia troppo oltre l'*hortus conclusus* in cui questa succinta riflessione è tenuta a stare. Al di là del nome, resta, ad ogni buon conto, la cosa, in tutta la sua crescente evidenza.

Ora, dire *sovranità condivisa* e dire *indirizzo politico condiviso* è praticamente lo stesso: si tratta di due modi diversi per designare un solo concetto e, perciò, il fenomeno cui esso si riferisce.

È vero che gli organi della direzione politica (e, segnatamente, il Governo<sup>12</sup>), attraverso le loro proiezioni in seno all'apparato governante dell'Unione, recuperano almeno una parte del ruolo politico-istituzionale un tempo detenuto in seno allo Stato; com'è però chiaro, altro è il potere decisionale di cui ciascun organo disponeva in ambito nazionale, prima che si perfezionasse la tras migrazione di parte della sovranità al piano sovranazionale, ed altra cosa il possesso solo di una quota della stessa da far valere al confronto con gli esponenti degli altri Stati membri in seno agli organi dell'Unione. Quand'anche dunque sia riconosciuto agli organi nazionali un ruolo invero non secondario, specie nella fase ascendente del processo decisionale eurounitario, resta il fatto che una massa imponente di interessi bisognosi di appagamento rimane ormai sottratta all'autodeterminazione ed alla regolazione degli organi suddetti e rimessa ad attori istituzionali operanti fuori delle mura domestiche.

Riprendendo una nota tripartizione in fasi dell'indirizzo politico, proprio la prima e più qualificante fase, quella teleologica, si situa ormai, in larga misura, in ambito non nazionale, talvolta accompagnata anche dalla seconda fase (la strumentale) e persino dalla terza (la effettuale). Il compito affidato agli organi nazionali resta comunque prevalentemente circoscritto alle fasi serventi nei riguardi di quella iniziale. Ed è un compito fattosi col tempo viepiù gravoso, talvolta persino insopportabile, rendendosi in tal modo particolarmente vistoso il fenomeno, dalle risalenti e ramificate radici, della crisi della legge, quale atto per antonomasia espressivo della direzione politica. Notazioni, queste ultime, che – dico qui di passaggio – a maggior titolo valgono in ambito regionale e locale in genere, rendendo alquanto problematica la riproposizione della tesi, patrocinata da una generosa dottrina<sup>13</sup>, del carattere propriamente “politico” dell'autonomia regionale e, più ancora, degli altri enti a base territoriale, sol che si pensi che l'indirizzo di cui tutti tali enti si fanno portatori si trova soggetto, in una parte non poco consistente, all'osservanza tanto dell'indirizzo dello Stato quanto (e, forse, più ancora) di quello dell'Unione<sup>14</sup>.

La crisi della legge – come si sa – ha molte cause, alcune delle quali da tempo e con dovizia di argomenti rappresentate: a queste sono appunto da aggiungere, per un verso, il sostanziale impoverimento subito dalla legge quale strumento privilegiato di posizione dei fini della direzione politica e, per un altro verso, la inadeguatezza molte volte dimostrata dalla legge stessa anche in fase strumentale nei riguardi di norme aventi origine esterna, nel far fronte cioè agli impegni crescenti assunti in seno all'Unione ed alla Comunità internazionale.

*Crisi della sovranità*<sup>15</sup>, *crisi dell'indirizzo politico*, *crisi della legge* sono, dunque, i tre punti di un ideale triangolo entro il quale si consuma la complessiva vicenda di un ordinamento costituzionale

---

del recesso dall'Unione, già peraltro perfezionatosi (o, meglio, in via di perfezionamento) con la *Brexit*. Che qualcosa di analogo possa però aversi anche da noi è assai improbabile.

<sup>12</sup> Meno consistente, invece, come si sa, il ruolo del Parlamento o delle Regioni alla formazione degli atti eurounitari, laddove quello di esponenti del Governo in seno al Consiglio e, soprattutto, al Consiglio europeo è di diretta compartecipazione alla loro elaborazione.

<sup>13</sup> Ancora T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, cit.

<sup>14</sup> Sono tornato, ancora di recente, a riflettere sulla ricostruzione teorica dell'autonomia affermatasi a partire dalla metà degli anni cinquanta del secolo scorso nel mio *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, 15 ss.; qui, ne dico nuovamente con specifico riguardo ad alcune delle più marcate esperienze, specie nella prospettiva delle relazioni interordinamentali.

<sup>15</sup> In realtà, di una sovranità in crisi è appropriato discorrere limitatamente all'accezione tradizionale della stessa, che la vuole riferita alla potestà d'imperio riconosciuta ad un ente (e, specificamente, allo Stato) e fatta valere a mezzo dell'apparato governante in esso istituito nei riguardi dei soggetti (individui, gruppi sociali, altri enti) tenuti a prestare osservanza agli atti per il cui tramite essa si manifesta.

che sempre più fatica a riconoscere se stesso, la propria identità, quale descritta nella Carta costituzionale, per come riflessa in un'esperienza dai tratti peraltro confusi ed appannati, gravati da molte contraddizioni e complessive, non colmate carenze.

La crisi della legge, in un certo senso, appariva prefigurata dalla stessa Costituzione, perlomeno rispetto al modo con cui l'atto era inteso durante la stagione liberale, in cui ebbe la sua massima, osannata espressione. Il policentrismo delle fonti, che pervade l'intero tessuto della Costituzione, ne dà la più tangibile conferma, unitamente al carattere rigido di quest'ultima, che ha portato a sfatare il mito ottocentesco della legge quale *fons fontium*.

In realtà, la crisi della legge non è tanto crisi di *quantità* o, diciamo pure, di *estensione*; basti solo considerare quale capacità l'atto abbia dimostrato (e dimostri) nel distendersi praticamente sopra ogni ambito materiale, seppur entro gli spazi consentiti dal diritto di origine esterna, senza trovare efficace ostacolo alla sua avanzata nel riparto costituzionale di materie e competenze tra Stato e Regioni (ed altri enti) delineato, con somma vaghezza, nella Carta<sup>16</sup>. La crisi è, piuttosto, di *qualità*, per l'uso concretamente fattosi dello strumento, vagheggiato da una raffinata dottrina quale forma *ordinaria* e *necessaria* di realizzazione del "programma" costituzionale<sup>17</sup> e rivelatosi, di contro, palesemente inadeguato allo scopo.

Si dirà che lo scarto tra il modello e l'esperienza è reso vistoso dal carattere fin troppo ambizioso ed impegnativo dell'uno e dalla scarsa consistenza delle forze ed esiguità delle risorse concretamente disponibili nell'altra. Questo dato, che ai miei occhi appare inconfutabile, non può tuttavia suonare quale un comodo alibi per mettere da canto o fingere di ignorare strutturali carenze ed incapacità di chi ha governato e governa lo strumento legislativo. È chiaro che talune procedure, rivelatesi non poche volte delle autentiche pastoie o delle vere e proprie sabbie mobili che hanno inghiottito progetti

---

Ora, l'idea della crisi della sovranità non soltanto non è da tener ferma ma, all'inverso, va ribaltata su se stessa, ove si accolga il punto di vista patrocinato da un'accreditata dottrina, secondo cui la sovranità richiede di essere desoggettivizzata, appuntandosi sui (ed interamente risolvendosi nei) valori fondamentali dell'ordinamento (così, part., G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., ora anche in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, sul cui pensiero, tra gli altri, L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLISI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss.; pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.; A. MORRONE, *Sovranità*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 2 agosto 2017, 92 s., e, pure *ivi*, C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, 8, e A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, 2 s.). E, poiché l'essenza della Costituzione, nella evoluzione maturata negli ordinamenti di tradizioni liberali, sta nel riconoscimento dei diritti fondamentali, ebbene da quest'angolo visuale è da concludere nel senso che la sovranità non è affatto in crisi, a motivo della integrazione sovranazionale in corso e della proliferazione delle Carte internazionali che, al pari della Costituzione, danno il riconoscimento in parola. Tutt'all'inverso, proprio le formulazioni presenti in alcune Carte, tra le quali principalmente la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo, nel loro farsi diritto vivente grazie alla giurisprudenza delle Corti che ne sono garanti, hanno portato (e portano) a crescenti acquisizioni alla causa dei diritti, concorrendo perciò all'affermazione e al radicamento della sovranità assiologicamente intesa.

Ciò posto, per le peculiari esigenze di questo studio, conviene fermare specificamente l'attenzione sul modo tradizionale di vedere la sovranità, rimandando ad altri luoghi di riflessione scientifica per le implicazioni di ordine istituzionale discendenti dal (o variamente connesse al) c.d. "dialogo" tra le Corti.

<sup>16</sup> Troppe note, per dover essere qui nuovamente spiegate, le vicende che hanno visto irragionevolmente dilatati gli ambiti materiali di competenza dello Stato, tanto secondo l'originario dettato quanto in base alla novella del 2001, e resi fin troppo penetranti i limiti riportabili a leggi statali (e fonti a queste equiparate) poste in essere a presidio dell'unità-indivisibilità della Repubblica, anche per effetto della generosa "copertura" datavi da una indulgente giurisprudenza costituzionale.

<sup>17</sup> Il riferimento è, naturalmente, a F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970. In altri luoghi, mi sono dichiarato contrario a siffatta ricostruzione del rapporto Costituzione-legge, a mia opinione frutto di una radicalizzazione teorica della funzione servente esercitata dalla seconda nei riguardi della prima. È nondimeno innegabile che lo strumento normativo più direttamente e linearmente conducente al fine di dare specificazione-attuazione alle indicazioni costituzionali sia appunto la legge.

di leggi in cantiere, possono (e devono) essere fatte oggetto di un profondo e disincantato ripensamento<sup>18</sup>. Più volte mi è capitato di dire che il procedimento legislativo, così com'è, somiglia ad un ferro vecchio ed arrugginito<sup>19</sup>; la qual cosa, nondimeno, non deve indurre all'insensato proposito di buttarlo via bensì a studiare tutti gli accorgimenti utili ed a battere tutte le vie che possano condurre alla sua palingenesi.

Sta di fatto che il dato appena rilevato con riguardo alle carenze di procedura non alleggerisce neppure in minima parte le responsabilità di chi ha dimostrato tanto di non sapere porre mano ad un mirato rifacimento delle regole relative alla procedura stessa, quanto (e in ogni caso) di non possedere capacità di progettazione politico-normativa e volontà orientata verso il pubblico interesse, così come illuminato e qualificato alla luce dell'etica pubblica repubblicana risultante dalla Carta.

La crisi della legge – è stato detto in molte occasioni – è, dunque, *in nuce*, crisi (e, anzi, degrado) della rappresentanza politica: una crisi che coinvolge, a un tempo e in uno stesso destino, i rappresentanti e i rappresentati<sup>20</sup> e che è resa ancora più evidente dall'aumento vertiginoso delle domande sociali, dalla loro endemica conflittualità, dal proliferare (francamente eccessivo) di nuovi o nuovissimi diritti fondamentali (tali, con fin troppa larghezza e generosità, qualificati dagli stessi soggetti, individuali e collettivi, che se ne fanno portatori), diritti per il cui riconoscimento ed apprezzabile appagamento, il legislatore manifesta evidenti ritardi ed acclerate carenze.

*2. La doppia torsione del modello costituzionale, per effetto del ribaltamento dei ruoli degli organi della direzione politica (specie al piano della normazione) e della confusione con quelli degli organi di garanzia (e, segnatamente, dei giudici), col conseguente squilibrio dei rapporti tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*

Di qui, una doppia torsione del modello costituzionale, per un verso assistendosi ad un vistoso squilibrio nei rapporti tra gli organi della direzione politica e, per un altro verso, ad una parimenti vistosa confusione dei ruoli di questi ultimi e degli organi di garanzia<sup>21</sup>, con specifico riguardo – per ciò che in questa sede specificamente importa – alle relazioni tra giudici e legislatore<sup>22</sup>.

Lo squilibrio, anche – per ciò che ora maggiormente importa – in merito all'utilizzo degli strumenti di normazione, al piano dei rapporti tra i due organi della direzione politica è da tempo rilevato in numerose analisi, sì da non rendersi utile l'ennesimo racconto di una vicenda assai nota.

---

<sup>18</sup> Ha tentato di porre rimedio a questo stato di cose – come si sa – la sfortunata riforma “Renzi-Boschi”; temo però che, se essa fosse andata in porto, le cose, anziché semplificarsi, avrebbero potuto ulteriormente aggravarsi, secondo quanto è stato messo in chiaro dai numerosi commenti ad essa dedicati nei quali – a tacer d'altro – è stata preconizzata la *escalation* dei ricorsi alla Consulta per vizi di procedimento.

<sup>19</sup> In questi termini se ne discorre nel mio *Dal caos delle fonti*, secondo forma, *all'ordine delle norme*, secondo valore: *note dolenti su un'annosa e spinosa questione*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella, Giappichelli, Torino 2011, 474.

<sup>20</sup> Lucida la diagnosi sul punto di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, 113 ss., spec. 128; v., inoltre, G. BRUNELLI, *Partiti politici e dimensione costituzionale della libertà associativa*, in F. BIONDI - G. BRUNELLI - M. REVELLI, *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 21 ss., e, ora, i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, Catania 3-4 aprile 2017, di prossima pubblicazione in *Osservatorio sulle fonti*, nonché, se si vuole, i miei [Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/III](#), 10 dicembre 2016, 444 ss., e *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in [Federalismi.it](#), 22/2017, 22 novembre 2017.

<sup>21</sup> Rilievo largamente diffuso: da ultimo, A. MORELLI, *La democrazia come sistema aperto: il caso italiano*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 80 ss.

<sup>22</sup> Tralascio, in questa sede, di dire del Presidente della Repubblica e di altri organi *lato sensu* di garanzia, quali le autorità indipendenti, ciascuno dei quali richiederebbe lunghi ed articolati discorsi, bisognosi di essere fatti in luoghi a ciò specificamente dedicati.

Ormai con decreti-legge, decreti legislativi (e, prima ancora, leggi di delega), regolamenti si fa praticamente di tutto; e così, si è assistito (e si assiste) a decreti-legge modificativi di leggi di delega, a deleghe largamente e vistosamente carenti dei contenuti loro propri, fino al caso-limite della loro stessa assenza, ecc.<sup>23</sup>. Gli argini costituzionali sono, dunque, pressoché quotidianamente scavalcati, senza che il più delle volte a carico degli atti che se ne rendano responsabili si applichi alcuna sanzione né giuridica (da parte di chi – Presidente della Repubblica prima e Corte costituzionale poi – dovrebbe vigilare ed operare perché deviazioni siffatte non abbiano luogo) né politica (nel quadro, peraltro, di un generale *trend* che vede ormai praticamente smarrito siffatto tipo di responsabilità, in ciascuna delle sue forme espressive, e segnatamente quale responsabilità istituzionale ovvero diffusa).

Cose note, sulle quali – come dicevo – non giova ora ulteriormente indugiare. M'intrattengo, invece, sia pure di passaggio, solo su un punto, su cui da tempo sollecito a fermare l'attenzione e che ora mi preme nuovamente richiamare, vale a dire sulla inadeguatezza per l'aspetto qualitativo o, se si preferisce dire altrimenti, assiologico-sostanziale anche di questa copiosa produzione normativa per mano del Governo: segno tangibile di quella carenza di rappresentatività dei rappresentanti (seppur indiretti), di cui un momento fa si diceva<sup>24</sup>. Il getto costante di atti normativi da parte del Governo, infatti, non è valso ad oggi (e dopo ormai tanti anni dall'avvento della Repubblica è da dubitare che le cose possano andare diversamente in futuro) a tradursi, in una parte complessivamente apprezzabile, nell'attuazione del grandioso, forse fin troppo ambizioso (al punto da essere da molti considerato utopico), progetto di trasformazione sociale coltivato dal Costituente in una stagione invero molto sofferta (ancora aperte e profonde le ferite lasciate dalla guerra e dal regime che l'aveva causata) ma anche esaltante, vissuta nell'attesa di una palingenesi ordinamentale e sociale avviata e testimoniata dal passaggio dalla monarchia alla Repubblica.

Col tempo, poi, le domande venute dal corpo sociale si sono fatte viepiù insistenti e pretenziose: gli organi della direzione politica ne sono stati sommersi, rimasti attoniti e muti (con riguardo ai casi di totale assenza di disciplina legislativa in senso lato idonea a farsene carico); quando, invece, vi hanno dato risposta, l'hanno fatto in modo complessivamente inappagante o, diciamo pure (perlomeno con riferimento a molti casi), sbagliato, tant'è che non si contano più le occasioni in cui il giudice delle leggi si è trovato costretto ad una certolina, non poco sofferta e molte volte francamente ardita, opera di ricucitura di un tessuto normativo a brandelli. Di tutto ciò le tracce più numerose e marcate si sono avute sul terreno su cui vengono a maturazione i nuovi diritti, specie quelli che più da presso sono riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico, secondo quanto ad es. avvalorano le esperienze maturate in fatto di procreazione medicalmente assistita: fatta a pezzi – come si sa – la legge 40 dalla giurisprudenza costituzionale<sup>25</sup>, si attende ad oggi un adeguato

---

<sup>23</sup> In argomento, tra gli altri e di recente, G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano 2016; A. ALBERTI, *Il mono-fondamento della decretazione legislativa delegata e le sue ricadute pratiche*, in *Quad. cost.*, 4/2016, 721 ss. e, della stessa, *amplius*, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Giappichelli, Torino 2015; L. DI STEFANO, *La decretazione d'urgenza: profili delle prassi parlamentari ed aspetti problematici della XVII legislatura*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 26 gennaio 2017, e S. ROSSI - N. SCARPELLINI, *La tartaruga a vela. Funzioni ed evoluzione del decreto-legge nell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 giugno 2017. Si fa poi il punto sull'esercizio del potere regolamentare nel *Focus su Dimensioni ed effettività del potere regolamentare. A trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, in *Federalismi.it*, numero speciale 2/2017, 27 novembre 2017.

<sup>24</sup> Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui una parte non irrilevante della produzione legislativa rimane sostanzialmente improduttiva di effetti, traducendosi in atti-manifesto ai quali non è poi dato il seguito opportuno, anche al piano della normazione, secondo quanto ad es. attestano i numerosi casi di deleghe legislative rimaste inattuato (su ciò, ora, D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuato*, ESI, Napoli 2017).

<sup>25</sup> Efficacissimo il titolo dato da A. D'ALOIA ad una sua succinta ma densa riflessione: *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 1000. In tema, la letteratura è ormai assai copiosa: di recente e per tutti, v. i contributi che sono in *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e il corposo studio monografico di B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017.

rifacimento complessivo della materia, mentre per ciò che attiene alle esperienze alle prime *quodammodo* speculari<sup>26</sup>, relative al fine-vita, manca del tutto – come pure è noto – anche solo un inizio di regolazione.

Le esperienze appena richiamate, unitamente a molte altre, costituiscono una eloquente testimonianza del fatto che, mostratosi ostruito ovvero fortemente ristretto e comunque non gratificante un canale di sbocco delle domande sociali, queste ultime se ne sono costruite a forza (nel senso proprio del termine, vale a dire forzando il dettato costituzionale) un altro, anzi altri, indirizzandosi dunque naturalmente verso le sedi in cui si amministra giustizia, quale che ne sia la natura (comune ovvero costituzionale) e il livello istituzionale (nazionale e sovranazionale).

Il dato che prepotentemente emerge e si rende immediatamente visibile è, dunque, quello della confusione dei ruoli, con grave sofferenza del principio della separazione dei poteri, al punto che una sensibile dottrina si è spinta fino a teorizzare questo stato di cose, offrendovi un generoso (ma, a mia opinione immeritato) avallo teorico, sì da ragionare di una sostanziale indistinzione delle pubbliche funzioni già secondo modello costituzionale<sup>27</sup>. Con il che – come si è tentato di argomentare in altri luoghi<sup>28</sup> – si finisce col confondere una cruda e disincantata, seppur in qualche punto teoricamente esasperata, rappresentazione della realtà, con la sua supposta (ma, perlomeno in una certa misura, insussistente) descrizione nella Carta. E, invero, la commistione dei ruoli, quale si registra nell'esperienza, supera di molto il livello di guardia segnato nella legge fondamentale della Repubblica e induce, pertanto, ad una approfondita riflessione in merito ai modi con cui si possa, almeno in parte, porvi rimedio.

Al di sotto di questo livello, pur approssimativamente fissato, la fluidità dei ruoli è invero connaturata al modo di essere del sistema, alla sua incessante mobilità, che è il riflesso del moto stesso della Costituzione, che nella sua essenza – è stato detto da una sensibile dottrina<sup>29</sup> – è un *processo*, più e prima ancora che un *atto*.

Uno dei segni maggiormente marcati ed inquietanti della complessiva torsione del figurino costituzionale si coglie al piano dei rapporti tra il diritto legislativo e quello giurisprudenziale, ormai fortemente squilibrati a svantaggio del primo ed a beneficio del secondo<sup>30</sup>.

Ci s'intenda. Il diritto giurisprudenziale non è, in sé e per sé, *contra Constitutionem*: da tempo infatti giustamente screditata è l'antica credenza del giudice *bouche de la loi*; il punto è, però, quello di stabilire fino dove il diritto giurisprudenziale possa spingersi senza snaturarsi, convertendosi in un autentico ossimoro costituzionale.

Un banco di prova al riguardo altamente attendibile è quello in cui maturano le esperienze relative ai diritti fondamentali, ai modi del loro riconoscimento e della tutela; e lo è, per la elementare ragione che è in essi che si rinviene – come sappiamo dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789 – l'essenza stessa della Costituzione, nella sua accezione appunto di liberale fattura. Su questo terreno, dunque,

---

<sup>26</sup> V., infatti, l'impianto metodico-teorico dato da S. AGOSTA alle sue indagini su *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>27</sup> O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010.

<sup>28</sup> ... tra i quali, il mio *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 11/2016, 1 giugno 2016, 16 in nt. 38.

<sup>29</sup> Part., 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.*, 3/1998, 343 ss.; sul moto della Costituzione, v., inoltre, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 1/2013, 1 marzo 2013.

<sup>30</sup> ... beneficio in senso oggettivo, quale sinonimo cioè di uno spostamento dei poteri di normazione da un luogo istituzionale all'altro; che, poi, i giudici si trovino non di rado investiti di un compito (e delle connesse responsabilità) di cui avrebbero volentieri fatto a meno è un altro discorso, già altre volte fatto ed al quale qui pure, per taluni aspetti, si farà a momenti richiamo. Ampie indicazioni di lett. a riguardo dei modi con cui i rapporti in parola sono visti in dottrina sono in T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la crisi del diritto penale tra le Corti*, in [Diritto Penale Contemporaneo](http://DirittoPenaleContemporaneo.it), 28 settembre 2017, spec. 6 in nt. 26.

si verifica ed apprezza la capacità di tenuta della Costituzione, con la tipizzazione dei ruoli che in essa, seppur con una certa approssimazione, trova riscontro.

Ebbene, come si avvertiva poc'anzi, proprio le domande più diffusamente ed intensamente avvertite nel corpo sociale, quelle cioè volte all'appagamento dei diritti in parola, sempre più di frequente e con insistenza si indirizzano verso i giudici, una volta constatato che ad esse resta sordo il legislatore (termine che d'ora innanzi adopero nella sua più larga, impersonale, accezione, riferendolo ad ogni sede istituzionalmente preposta alla produzione del diritto politico)<sup>31</sup>.

Non dovrebbe essere così secondo modello, perlomeno per come esso ai miei occhi appare. Quest'ultimo, infatti, in vista dell'ottimale appagamento dei diritti, alle condizioni oggettive di contesto, sollecita una costante e feconda cooperazione di legislatore e giudici, nella tipicità delle forme e degli effetti delle rispettive attività istituzionali.

Come si è tentato di mostrare altrove, gli organi della direzione politica dovrebbero far luogo ad atti "leggeri" o "miti", essenzialmente *per principia*<sup>32</sup>, ai quali quindi si raccordino le pronunzie dei giudici, chiamati a darvi la congrua *specificazione e attuazione* (ancor più che la mera *applicazione*) in relazione alle complessive esigenze dei casi<sup>33</sup>. Ostinandosi invece il legislatore a dar vita ad atti minuti e dettagliati di normazione, specie laddove – come, nel caso sopra richiamato della legge in tema di procreazione assistita – dovessero risultare infarciti di divieti, i giudici sarebbero costretti ad impegnarsi in una defatigante opera di flessibilizzazione di ciò che è irragionevolmente rigido. La qual cosa, peraltro, come si dirà a momenti, alle volte si ha attraverso forzate interpretazioni ovvero manipolazioni dei testi da parte del giudice delle leggi.

Questo schema, a mia opinione, si riproduce a cascata al piano dei rapporti tra giudici costituzionali e giudici comuni, specificamente con riguardo ai casi in cui i primi riformulino i testi di legge connotati da strutturali carenze ovvero da eccessiva rigidità di disposti, rendendoli dunque flessibili a mezzo di statuizioni di principio in essi aggiunte, le quali poi si consegnano per la loro opportuna specificazione-attuazione, a un tempo, ai giudici comuni e al legislatore. Venendo, poi, meno – come si diceva – quest'ultimo al compito suo proprio, le aspettative di una congrua disciplina a

---

<sup>31</sup> Le più eloquenti testimonianze di questo *trend* che parrebbe inarrestabile si hanno sul terreno su cui matura il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali, che sempre più di frequente si presentano provvisti esclusivamente del sostegno che può esser loro offerto dai giudici ovvero sia sono – come suol dirsi – “senza legge” (non dico – come pure, a mia opinione, sarebbe necessario – che dovrebbero essere fatti oggetto di esplicite, seppur essenziali, indicazioni con atti di forma costituzionale ma quanto meno che risultino dotati di discipline offerte da leggi comuni) [su ciò, con varietà di orientamenti, tra gli altri, A. MORELLI, *I diritti senza legge*, e G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, entrambi in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, risp., 1452 ss. e 1486 ss.; i contributi ospitati nel fasc. 2/2016 di *Dir. pubbl.*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in [Federalismi.it](#), 14/2017, 5 luglio 2017, e, ora, con ampia argomentazione, G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Brescia 24 novembre 2017, sulla [rivista telematica](#) del Gruppo di Pisa; se si vuole, può anche vedersi il mio [Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali](#), in questa [Rivista, Studi, 2015/III](#), 13 novembre 2015, 769 ss.].

<sup>32</sup> Quest'idea va facendosi sempre più largo in dottrina: *ex plurimis*, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, cit., spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [Rivista AIC](#), 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [www.confrontocostituzionali.eu](#), 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in [Biolaw Journal](#), 3/2015, 168. Infine, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita*, cit., nonché in [Federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

<sup>33</sup> Ragiona, invece, di un'attività dei giudici di “applicazione” del diritto oggettivo M. LUCIANI, in più scritti, tra i quali *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in [Rivista AIC](#), 4/2014, 10 ottobre 2014.

completamento dei principi di giurisprudenziale fattura finiscono naturalmente col confluire presso le stesse sedi giurisprudenziali.

Si chiude così il circolo e l'intera produzione normativa è, in casi non sporadici, rimessa al diritto giurisprudenziale, con tutti gli inconvenienti che a ciò si accompagnano, specie per ciò che concerne il difetto di effetti generali delle pronunzie dei giudici comuni, ma anche coi vantaggi che pure possono aversene, ciascun giudice potendo confezionare a misura – esattamente così come fanno i sarti coi vestiti lavorati in modo artigianale – le norme buone per il singolo caso.

Lo schema possiede, a mio modo di vedere, generale valenza: in particolare, vale altresì per i rapporti tra Corti europee e giudici nazionali, ove si consideri che le prime manifestano una crescente tendenza alla loro “costituzionalizzazione”, senza nondimeno smarrire i tratti peculiari loro propri<sup>34</sup>, e che esse pure talvolta fanno luogo ad affermazioni di principio bisognose quindi di ricevere adeguato svolgimento in ambito interno (ciò che – come si sa – ha la sua emblematica rappresentazione nelle decisioni-pilota della Corte EDU).

Va al riguardo osservato che il c.d. “dialogo” tra le Corti – espressione invero impropria ed ambigua, seppur efficace –, pur laddove evidenzi divergenze e veri e propri conflitti tra le stesse, concorre con la sua crescente affermazione, a rafforzare sempre di più il ruolo dei giudici, rimarcando ulteriormente, per la sua parte, la sostanziale emarginazione del legislatore dal circuito politico-normativo.

Qui, si tocca con mano la distanza esistente tra le più salienti esperienze del tempo presente e alcune raffinate teorizzazioni del modello di giustizia costituzionale affermatosi nei Paesi dell'Europa continentale.

Ricordiamo tutti la lezione kelseniana del giudice delle leggi quale legislatore negativo o – secondo la raffigurazione datane da Martines – quale organo che, annullando la legge, allo stesso tempo sanziona l'indirizzo politico di cui la legge stessa è espressione<sup>35</sup>: un giudice che, comunque, per questa ricostruzione teorica, interviene secondo occasione per riportare l'indirizzo nell'alveo costituzionale laddove dovesse aver da esso deviato<sup>36</sup>. Nell'esperienza ormai invalsa, invece, il giudice costituzionale non fa più questo o, forse, solo questo: dà anche indicazioni per il futuro, formula cioè *indirizzi all'... indirizzo politico*. E lo si fa a prescindere dalle forme al riguardo utilizzate, dai tipi di decisione, dagli effetti comunemente considerati loro propri: basti solo tenere a

<sup>34</sup> Questo trend è, con varietà di toni ed argomenti, messo in rilievo da una crescente dottrina: tra gli altri, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss. Critico nei riguardi dell'assimilazione della Corte dell'Unione ad un tribunale costituzionale, invece, M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in AA.VV., *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in *Rivista AIC*, 4/2016, 11 novembre 2016, 72 ss., e *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio Costituzionale* 1/2017, 21 aprile 2017.

<sup>35</sup> Mi sono già intrattenuto su questo passaggio argomentativo della riflessione di Martines nel mio *Indirizzo politico e giustizia costituzionale nel pensiero di T. Martines*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, cit., 259 ss.

<sup>36</sup> Si dirà a momenti che, quand'anche dovesse considerarsi ogni legge in tesi portatrice di istanze politiche, già per il mero fatto di essere stata adottata (anche al posto di altri atti, quali quelli di forma amministrativa), non per ciò essa è sempre riportabile ad un “indirizzo” in senso proprio, cui dà quindi voce e svolgimento (lo stesso T. MARTINES, *Diritto costituzionale*<sup>14</sup>, agg. a cura di G. Silvestri, Giuffrè, Milano 2017, 316, riconosceva che “buona parte delle leggi” fossero da considerare d'indirizzo politico ma riservava tale qualifica in senso ristretto e proprio unicamente a quelle con cui il Parlamento “partecipa, in via diretta ed immediata, alla determinazione dei fini od alla predisposizione dei mezzi”). Si vedrà, infatti, come non di rado alcune leggi si presentino dall'indirizzo stesso devianti.

mente i moniti talvolta presenti nelle pronunzie di rigetto, spesso non diversi nella loro strutturale conformazione dalle indicazioni somministrate con le additive di principio.

È interessante notare, a conferma della fluidità del quadro e della commistione dei ruoli, che un'attività *lato sensu* "direttiva", che anticipa ed orienta a un tempo la definizione dell'indirizzo politico, si riscontra in non infrequenti circostanze presso le stesse sedi in cui si amministra la giustizia comune.

Si pensi solo ai casi in cui i giudici fanno applicazione diretta della Costituzione, ponendo regole bisognose quindi di razionalizzazione legislativa e di ulteriore svolgimento da parte degli organi della direzione politica o anche di rifacimento, ma pur sempre in modo congruo rispetto agli interessi bisognosi di regolazione e rispettoso dei principi della Carta (il caso Englaro *docet* ma molti altri, specie in relazione a questioni di biodiritto, potrebbero richiamarsi in tal senso).

Alle volte si assiste ad una singolare fungibilità delle tecniche decisorie, casi analoghi ricevendo diverso trattamento: talora è, infatti, lo stesso giudice comune a far luogo – come un momento fa si diceva – ad ardite o, diciamo pure, temerarie reinterpretaioni (*rectius*, manipolazioni mascherate da interpretazioni) del dato normativo e ad estrarre così la regola buona per il caso, mentre in altre circostanze si rivolge a tal fine al giudice delle leggi. Da un costante monitoraggio che vado facendo da anni al riguardo, mi sono fatto convinto che non v'è un canone d'azione sistematicamente osservato, sempre uguale a se stesso e che piuttosto i giudici si determinano secondo occasione. Alle volte, temendo il *non liquet* del giudice costituzionale, in nome dell'incerto e volatile principio della salvaguardia della discrezionalità del legislatore, il giudice comune fa tutto da solo, riscrivendo e variamente aggiustando per via d'interpretazione un testo di legge carente, sì da renderlo fin dove possibile compatibile col dettato costituzionale; altre volte, invece, come si è venuti dicendo, sollecita a tal fine la collaborazione del giudice costituzionale.

Anche per l'aspetto ora considerato, si rende manifesta la difficoltà di tenere fino in fondo distinta l'attività posta in essere dalla Corte costituzionale rispetto a quella dei giudici comuni, una difficoltà che ha poi la sua conferma in fase discendente del sindacato di costituzionalità, se si conviene – come, a mia opinione, si deve – che l'operazione di bonifica costituzionale dell'ordinamento cui la Consulta pone mano, specie a mezzo delle pronunzie additive di principio, richiede quindi di potersi perfezionare e di essere portata ad effetto da parte dei giudici comuni, a mezzo di un'attività – come si è veduto – *attuativa* (e non meramente *applicativa*).

### 3. Gli "indirizzi" di revisione costituzionale e la loro squilibrata spartizione tra legislatore e giudici

Si dà, poi, un banco di prova altamente attendibile delle torsioni istituzionali in parola che, allo stesso tempo, rende conferma della esigua capacità prescrittiva posseduta nel diritto vivente dalla Costituzione quale fonte fondativa dell'ordinamento.

Mi riferisco al modo con cui si è fin qui fatto luogo al rifacimento del dettato costituzionale, vuoi allo scopo di colmare originarie lacune dallo stesso esibite<sup>37</sup> e vuoi pure in vista della modifica del costituzionalmente normato. Ebbene, revisioni per via legislativa e discipline di forma costituzionale

---

<sup>37</sup> Rammento qui di sfuggita che, secondo un'accreditata opinione, le lacune non sarebbero teoricamente configurabili, la Costituzione esaurendo in tesi la "materia" costituzionale, la cui struttura risulterebbe per intero preconstituita dalla volontà sovrana ed insindacabile del potere costituente. Quand'anche, tuttavia, questa tesi fosse da condividere (e, a mia opinione, non lo è), ciò non toglie che la disciplina costituzionale, pur distendendosi sul campo suo proprio, esibisca ugualmente carenze di costruzione, colmabili sia a mezzo di regole che di regolarità di rilievo costituzionale [maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dai miei *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 18 aprile 2016, e *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, relaz. al Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto (SISD) su *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, Catania 9-11 novembre 2017, *paper*].

in genere se ne sono avute – come si sa – a più riprese, alcune delle quali connotate da ampia estensione (e, segnatamente, quella che ha portato alla riscrittura del Titolo V nel 2001)<sup>38</sup>. Incomparabilmente più numerose ed incisive sono tuttavia state le innovazioni *in via di fatto*, per il tramite di “regolarità” della politica condizionanti tanto gli equilibri della forma di governo quanto l’assetto complessivo della forma di Stato, e – per ciò che qui specificamente importa – le altre per mano della giurisprudenza: queste ultime praticamente estese a tutto campo, sovrapponendosi alle stesse innovazioni in parola e ad esse apportando considerevoli aggiustamenti; hanno, cioè, pervaso anche la prima parte della Carta e persino i principi fondamentali, dalla comune opinione sottratti – come si sa – a modifiche da parte di qualsivoglia atto espressivo di potere costituito.

Per mano della Consulta<sup>39</sup> si è, in buona sostanza, riscritta la Carta costituzionale, nessun angolo della “materia” costituzionale, neppure il più recondito, essendo rimasto indenne davanti a siffatta opera riconformativa. La qual cosa in modo imperioso ripropone l’inquietante quesito circa la forza effettiva posseduta dalla legge fondamentale della Repubblica, una forza in grado di darle modo di farsi in apprezzabile misura valere nei riguardi degli operatori istituzionali: non soltanto – si badi – di quelli preposti alla direzione politica ma persino dei massimi garanti (Corte costituzionale in testa)<sup>40</sup>. Le maggiori pronunzie “normative” della Corte costituzionale – come sono state, con crudo ma efficace linguaggio, chiamate da un’accreditata dottrina<sup>41</sup> – sono state (e sono) dunque quelle che, con tecnica raffinata, portano al sostanziale (seppur abilmente mascherato) rifacimento del parametro costituzionale, più (e prima ancora) che dell’oggetto dei giudizi di costituzionalità. E ci si deve allora chiedere se e di quali risorse si disponga al fine di porre un argine a questo fenomeno che appare essere ormai imponente e inarrestabile<sup>42</sup>.

A mia opinione, prezioso si rivela al riguardo lo strumento del confronto (del “dialogo”, com’è d’uso chiamarlo) con le Corti europee: un’arma ambiversa, allo stesso tempo idonea alla stabilizzazione ed al rinnovamento della giurisprudenza, tanto più rilevante l’una e l’altra opera (e l’uno e l’altro effetto), sol che si consideri che il confronto in parola prende forma e svolgimento – come si è dietro accennato – sul terreno su cui maturano le più salienti esperienze di rilievo costituzionale, siccome relative all’essenza della Costituzione: i diritti fondamentali. Un decisore (sia pure in forme giurisdizionali) che sa di poter enunciare in sovrana solitudine, facendosi scudo del disposto di cui all’art. 137, ult. c., cost.<sup>43</sup>, verità irrefutabili di diritto costituzionale (e di diritti costituzionali) può sentirsi non di rado incoraggiato ad abbandonarsi alla tentazione di imporre il

---

<sup>38</sup> Non indugio, poi, qui sulla vessata (ma, a mio modo di vedere, sterile) questione concernente l’ammissibilità delle sole revisioni costituzionali ad oggetto circoscritto e la conseguente inammissibilità di quelle “lunghe” od organiche. A tacer d’altro, mi sembra assai arduo immaginare che, in presenza di modifiche della seconda specie, la Consulta possa spingersi fino a caducarle esclusivamente a motivo appunto della loro eccessiva ampiezza, per la cui misurazione peraltro non si dispone di un metro sicuro.

<sup>39</sup> ... ma non solo di questa, non dovendosi trascurare gli stessi copiosi e corposi interventi chirurgici sul testo costituzionale operati dai giudici comuni, ancorché spesso poco visibili e, comunque, con effetti circoscritti al caso.

<sup>40</sup> Mi sono più volte posto l’interrogativo del testo (ancora da ultimo, nella mia *op. ult. cit.*, spec. al § 5).

<sup>41</sup> G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; più di recente, v. C. PANZERA, *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, 497 ss. e, dello stesso, *amplius*, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

<sup>42</sup> Un indice altamente eloquente di questo stato di cose si ha al ricorrere dei casi (tra i quali, emblematicamente, quello definito dalla discussa e discutibile [sent. n. 10 del 2015](#)) in cui il giudice costituzionale si mostra insofferente nei riguardi dei canoni che presiedono all’esercizio delle sue funzioni, discostandosi sensibilmente da essi e, però, così facendo, dismettendo le sue vesti di “giudice”, sia pure del tutto peculiare, e indossando quelle di decisore politico, anzi del massimo decisore, un autentico – si è detto in altri luoghi – *potere costituente permanente*.

<sup>43</sup> Una norma, questa, di “chiusura”, ad opinione di molti (fra i quali, io stesso ancora fino a pochi anni addietro), che nondimeno, seppur considerata espressiva di un principio fondamentale dell’ordinamento o comunque da questo “coperta”, non si sottrae a parer mio ad operazioni di bilanciamento secondo valore con altri principi fondamentali, tra i quali quello dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11, nel loro fare “sistema” coi principi restanti, specie quelli di cui agli artt. 2 e 3.

proprio punto di vista a tutti i costi, quand'anche dovesse tradursi in più o meno scoperte ed incisive manipolazioni della Carta costituzionale. Di contro, un decisore che sa di dover comunque tenere conto altresì del punto di vista di altri decisori provvisti della sua stessa *auctoritas*<sup>44</sup> trova proprio in ciò un argine di una certa consistenza al suo quotidiano agire.

Il giudice costituzionale, al pari di ogni altro giudice, non può – come si è venuti dicendo – per suo strutturale e invalicabile limite, farsi portatore di un “indirizzo” politico in senso proprio, neppure dunque di uno in “materia” costituzionale (o costituzionale *tout court*<sup>45</sup>). Può, però, decidendo secondo occasione, incidere anche a fondo sui singoli enunciati, fino appunto a pervenire all'esito della loro sostanziale riconformazione.

È interessante notare come, incontenibile essendo la varietà dei casi, plurimi possono essere (ed effettivamente sono) i significati assegnati ad uno stesso enunciato costituzionale assunto a parametro di giudizio. Non dico, ovviamente, che di volta in volta ciascuno di essi muta pelle, caricandosi di sempre nuove valenze: si assiste, tuttavia, a frequenti slittamenti semantici, aggiustamenti di senso, adattamenti ai casi e alle loro complessive esigenze.

È poi di tutta evidenza la ricaduta di questo stato di cose sull'indirizzo politico *tout court*, di cui le leggi sottoposte a sindacato di costituzionalità, per un verso, risultano portatrici (secondo la tesi di Martines e di altri, sopra richiamata) ovvero (e per un altro verso) al quale apportano deroghe ora di maggiore ed ora di minore spessore, specie laddove – come si dirà a momenti – si trovino a ciò sollecitate da situazioni di emergenza<sup>46</sup>. Le manipolazioni del parametro ridondano, infatti, in manipolazioni dell'oggetto, così come queste possono, per la loro parte, riflettersi in quelle, a conferma del carattere circolare dell'interpretazione giuridica e del congiunto, fattivo concorso che al suo svolgimento e ai suoi esiti offrono tutti i materiali normativi in campo, seppur alle volte in non paritaria misura, unitamente – lo si vedrà a momenti – a materiali fattuali, essi pure variamente idonei ad immettersi negli enunciati costituzionali, concorrendo al rifacimento della loro struttura.

*4. Le distorsioni che traggono spinta ed alimento dal contesto (in ispecie, dagli stati di emergenza, nelle loro molteplici forme espressive) e, dunque, dai “fatti” che in esso si affermano, mettendo non di rado in crisi i diritti fondamentali e, di riflesso, la Costituzione che nel riconoscimento e nella tutela di questi rinviene la sua specifica ragion d'essere*

Le torsioni istituzionali, cui si è fatto cenno, traggono infatti spinta ed alimento da un contesto comunque non benigno per l'affermazione, in ambito internazionale e sovranazionale come pure in ambito interno, dell'indirizzo politico, nella sua ristretta e propria accezione, che rimanda alla definizione di un quadro organico d'interventi per la cura del pubblico interesse. L'indirizzo – come si è veduto facendo richiamo alla magistrale indicazione teorica di Martines – è, *in nuce*, elaborazione di un progetto organico ed internamente coerente di fini da raggiungere, ordinati secondo una scala

---

<sup>44</sup> Il vero è che, pur senza confessarlo espressamente, la Corte costituzionale non riconosce alle Corti europee la medesima dignità di rango che assegna a se stessa. Si riflette, infatti, al piano delle relazioni istituzionali l'ombra di una ricostruzione a mia opinione metodicamente e teoricamente assai fragile fatta al piano della teoria delle fonti, secondo cui, *dal nostro punto di vista*, alla Costituzione spetterebbe pur sempre il primato sopra ogni altra Carta, ora per intero (ad es., nei rapporti con la CEDU, cui è riconosciuto un rango ambiguamente qualificato come “subcostituzionale”) ed ora limitatamente ai principi fondamentali (alla Carta di Nizza-Strasburgo e al diritto eurounitario in genere potendosi pur sempre opporre in ambito interno i “controlimiti”). In più luoghi e con varietà di argomenti mi sono dichiarato nettamente contrario ad un siffatto modo di vedere le cose, afflitto da un inguaribile e ingiustificato nazionalismo costituzionale ad oltranza.

<sup>45</sup> È evidente il diverso significato che qui assegno al sintagma “indirizzo politico costituzionale” rispetto a quello ad esso datovi da P. Barile (e dai suoi seguaci), avendo qui rilievo ragionare della progettazione e realizzazione delle revisioni della Carta.

<sup>46</sup> Riprendo a quest'ultimo riguardo una notazione che è nel mio *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, cit.

di priorità messa a punto a seguito di una complessa operazione di ponderazione dei fini stessi conforme a ragionevolezza.

Ora, il clima di perenne, soffocante emergenza che si riscontra praticamente a tutti i livelli istituzionali, un'emergenza che pervade ogni ambito materiale di esperienza, in ciascuna delle sue plurime forme espressive (ma, in special modo, quale emergenza terroristica ed emergenza economica), obbliga all'adozione di misure, sì, politiche ma spesso contrastanti coi fini previamente definiti: misure-tampone, reciprocamente sconnesse, non di rado improvvisate e largamente approssimative, inadeguate a farsi carico del peso opprimente dell'emergenza.

Si pensi solo ai ritardi ed alle complessive carenze degli interventi posti in essere per far fronte alla crisi economica, per un verso, e, per un altro verso, all'imponente fenomeno migratorio: l'una e l'altro bisognosi di una poderosa opera preceduta e passo passo accompagnata da una regia internazionale e sovranazionale, ancora più e prima che di una conseguente ed adeguata gestione in ambito interno. I difetti palesatisi ad entrambi i piani istituzionali hanno quindi obbligato alla messa in atto di misure solo in una parte assai contenuta efficaci.

Si faccia caso a come vanno le cose in congiunture siffatte. Le situazioni di fatto non nascono e si affermano mai a caso o a capriccio; sono piuttosto l'effetto di strutturali carenze della normazione e della direzione politica in genere<sup>47</sup>. Una volta, poi, che le situazioni in parola si siano radicate nell'esperienza, spingono naturalmente per frequenti e corpose deviazioni dall'indirizzo astrattamente definito, fino a pervenire al suo stesso sostanziale abbandono.

Ci si avvede così che i vizi congeniti della direzione politica si alimentano e ricaricano da se medesimi avvalendosi della mediazione di congiunture sfavorevoli dagli stessi provocate.

Gli organi della direzione politica esperiscono il disperato tentativo di scaricarsi delle responsabilità loro proprie facendole ricadere sulla situazione straordinaria, di emergenza appunto, venutasi a creare, dimentichi del fatto che il suo avvento e radicamento non è casuale ma conseguente a scelte sbagliate o non fatte o, ancora, fatte e non tradotte in pratica<sup>48</sup>.

Stando così le cose, si capisce che proprio i bisogni maggiormente diffusi ed avvertiti in seno al corpo sociale, i diritti fondamentali, specie quelli più direttamente esposti al vento impetuoso dell'emergenza e da questa gravemente incisi, si rivolgano a sedi diverse da quelle istituzionalmente preposte alla direzione politica al fine del loro pur parziale appagamento.

Di qui, appunto, l'appello ai giudici, a *tutti* i giudici (nazionali e non, comuni e costituzionali), che nondimeno, pur dando fondo al ricco armamentario di cui dispongono e che gli stessi hanno in larga parte forgiato, nonché alle formidabili risorse argomentative di cui sono capaci, possono venire incontro solo fino ad un certo punto alle aspettative nutrite da chi ad essi si rivolge.

La crisi comporta pur sempre sacrifici e rinunzie, costi alle volte insopportabili dai singoli e dall'intera collettività. È, poi, vero che la giurisprudenza ha tentato, ancora di recente, di arginarne i deleteri effetti<sup>49</sup>. Sta di fatto, tuttavia, che i margini d'intervento per la salvaguardia dei diritti maggiormente toccati dalla crisi restano ristretti, anche a motivo delle strettoie dei processi e, di conseguenza, dei limiti cui vanno per loro natura soggetti i poteri dei giudici.

---

<sup>47</sup> Ho già avuto modo di intrattenermi sul punto ora toccato nel mio [Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista, Studi, 2014](#) (6 novembre 2014).

<sup>48</sup> È pur vero che molte situazioni di emergenza, quale quella economica, rimandano a responsabilità che non allignano solo in ambito nazionale ma che vanno ben oltre le forze politiche operanti in quest'ultimo e gli attori istituzionali in cui esse si incarnano. La qual cosa, nondimeno, per un verso, induce a riproporre su scala più ampia il discorso che si va ora facendo in merito alla crisi dell'indirizzo politico ed alle carenze di chi ne è artefice, mentre, per un altro verso, attenua ma, di certo, non azzerà le responsabilità specificamente gravanti su quanti operano in ambito statale (e, *mutatis mutandis*, ai livelli infrastatali).

<sup>49</sup> Coraggiosa e rilevante è l'indicazione al riguardo data da [Corte cost. n. 275 del 2016](#), secondo cui "è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione", che nondimeno richiede ulteriori conferme da parte della stessa giurisprudenza e – ciò che più importa – di essere avvalorata dall'operato degli organi d'indirizzo.

È appena il caso qui di notare che, quando sono in crisi i diritti fondamentali, è in crisi la Costituzione, per la elementare ragione che quelli sono il cuore pulsante di questa, la sua essenza.

Il recupero della Costituzione fa, dunque, tutt'uno col recupero della direzione politica, nelle sedi sue proprie, senza indebite e pur sempre scomode scorciatoie, quali sono quelle che portano alle sedi in cui si amministra giustizia. Un recupero, invero, assai problematico nel presente contesto, solo parzialmente realizzabile, comunque in forme inusuali rispetto ad una tradizione non più riproponibile, tra le quali una speciale considerazione merita l'apertura – ad oggi riscontrabile ma in misura non apprezzabile – delle sedi di apparato preposte alla produzione giuridica nei riguardi della comunità organizzata<sup>50</sup>.

Il vero è che – come si diceva – proprio nel tempo presente, gravato da molte e fitte nubi e segnato da non rimosse tensioni e contraddizioni, occorrerebbe avere, a un tempo, un ruolo forte degli organi della direzione politica ed uno parimenti forte degli organi della giurisdizione.

È fuori posto ragionare – come molti fanno – di un'alternativa “secca”, esclusivizzante, tra diritto politico e diritto giurisprudenziale (o – se si preferisce dire altrimenti – tra uno “Stato legislativo” e uno “Stato giurisdizionale”), visti quali due eserciti in campo che si fanno una guerra senza risparmio di colpi, destinata a concludersi con la totale sopraffazione dell'uno sull'altro. Di contro, lo Stato costituzionale ha bisogno, al fine di potersi trasmettere integro nel tempo, dell'apporto solidale di entrambe le forme di produzione normativa, la politica e la giurisdizionale. È solo dal loro mutuo sostegno e dalla loro stessa integrazione che dipende il fisiologico svolgimento della vita istituzionale e dunque – per ciò che maggiormente importa – la salvaguardia dei diritti.

---

<sup>50</sup> Su ciò, se si vuole, possono da ultimo vedersi i miei *Crisi della rappresentanza politica e poteri di normazione del Governo*, Intervento al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, cit., e *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, cit.