



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. III

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**LA COSTITUZIONE SOTTO *STRESSE* E LA *PIRAMIDE ROVESCIATA*,
OVVEROSIA LE PIÙ VISTOSE TORSIONI A CARICO DELLA SEPARAZIONE DEI
POTERI E DEL SISTEMA DEGLI ATTI ESPRESSIVI DI PUBBLICHE FUNZIONI
(NOTE MINIME SU UNA SPINOSA QUESTIONE)**

2 OTTOBRE 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

La Costituzione sotto *stress* e la *piramide rovesciata*, ovvero le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)*

ABSTRACT: *The paper underscores the significant distortions in the institutional model that have given rise to a potentially irreversible crisis in the principle of separation of powers. Specifically, we examine whether structural shortcomings in political representation can be addressed through expanded uses of jurisdiction. Contrary to popular belief, it's emphasized that the real normative strength of acts seems to increase as one descends the hierarchical ladder that defines the system. This is evidenced by the prominence of the role played by circulars in administrative practice. Lastly, we explore potential remedies for this situation, at least in part.*

SOMMARIO: 1. Lo scarto tra modello costituzionale ed esperienza e i modi per tentarne il ravvicinamento, operando ora sul versante delle regole ed ora su quello delle regolarità, e la problematica ricucitura tra di esse a motivo della crisi profonda, forse per vero irreversibile, in cui versa il principio della separazione dei poteri. – 2. Le più vistose torsioni del figurino costituzionale, specie con riguardo alla tipizzazione dei ruoli degli operatori istituzionali. – 3. Luci ed ombre della giurisdizione e lo spinoso interrogativo se possa porsi rimedio a strutturali carenze della rappresentanza politica (e, perciò, della legislazione) a mezzo di utilizzi forzati del *munus* riservato ai giudici (esemplificazioni tratte dall'esperienza, con specifico riguardo alla manipolazione dei testi per via d'interpretazione). – 4. La *piramide rovesciata*: le testimonianze che se ne hanno al piano della legislazione e delle pratiche di amministrazione, da cui si ha conferma che la forza normativa, sostanzialmente intesa, innaturalmente cresce man mano che si scende lungo la scala gerarchica in cui si articola il sistema (l'esempio, particolarmente vistoso, del ruolo giocato dalle circolari, per ciò che attiene allo svolgimento delle pratiche suddette ed ai rapporti tra amministrazione e cittadini).

1. Lo scarto tra modello costituzionale ed esperienza e i modi per tentarne il ravvicinamento, operando ora sul versante delle regole ed ora su quello delle regolarità, e la problematica ricucitura tra di esse a motivo della crisi profonda, forse per vero irreversibile, in cui versa il principio della separazione dei poteri

Ciò che ha rappresentato (e rappresenta) il principio della separazione dei poteri per l'intera vicenda dello Stato costituzionale è risaputo da tutti e non richiede, pertanto, di essere qui ulteriormente rimarcato¹. Non a caso, d'altronde, ancora oggi è fatto di frequente richiamo alla lapidaria definizione di Costituzione che si trova mirabilmente scolpita nel famosissimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789: a conferma, appunto, del fatto che senza il principio in parola non può esservi né Costituzione né salvaguardia dei diritti fondamentali, l'altro elemento componente la coppia che dà l'essenza di un ordinamento di stampo liberale.

Eppure, in disparte la circostanza per cui il principio in parola è stato (ed è) adottato, da noi come altrove, con temperamenti ora più ed ora meno rilevanti, senza riuscire dunque ad affermarsi compiutamente nella sua originaria e densa accezione, è un dato di comune evidenza quello per cui il principio stesso versa ormai da tempo (ma soprattutto in quello a noi più vicino) in una

* 

¹ Riferimenti ed indicazioni negli studi di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano I (1979) e II (1984); *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 670 sss., e, ora, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, ivi, *I tematici*, V (2023), 1122 ss.; v., inoltre e di recente, M. BARBERIS, *Tre separazioni dei poteri: vecchia, nuova e nuovissima*, in *Lo Stato*, 19/2022, 11 ss.; C. PINELLI, *Separation of powers. Past, present and future*, in *Diritti Comparati*, 1/2023, 310 ss.; G. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea Costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 89 ss. Infine, R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in questa *Rivista*, 2023/III, 812 ss.

condizione di grave sofferenza, al punto che – per seguire nella metafora che evoca la condizione dei malati – non è certo che possa riprendersi e, anzi, più segni parrebbero piuttosto far pensare che la sua fine sia ormai imminente. Per il caso, poi, che questa sciagurata previsione dovesse avverarsi, sarebbe giocoforza chiedersi se ugualmente lo Stato costituzionale possa sopravvivere – ciò che parrebbe in tesi confutato dalla formula suddetta – e, se sì, quali ne possano essere i nuovi tratti identificanti.

A riguardo di quest'ultimo, inquietante quesito nulla ora dirò, non disponendo della classica palla di vetro né riconoscendo a me stesso la dote della preveggenza. Mi limito, dunque, solo a fermare l'attenzione, con la rapidità imposta a questa succinta riflessione, unicamente sugli elementi che avvalorano la previsione in parola, mettendo preliminarmente subito in chiaro quello che, a mia opinione, è il *punctum dolens* della questione ora discussa, vale a dire che, giusta in premessa la tesi secondo cui anche il nostro è (e vuole restare) uno Stato costituzionale, i fattori di torsione dei tratti maggiormente salienti della organizzazione che si richiamano al principio in parola colpiscono, per ciò stesso, al cuore la Costituzione e ne testimoniano perciò l'incapacità di farsi effettivamente valere, di dare cioè tangibile riprova della forza normativa che le è astrattamente riconosciuta.

Lo scarto tra Costituzione vivente e Costituzione formale è – come si sa – un fatto fisiologico in ogni ordinamento; e si tratta quindi di stabilire quali siano i “luoghi” della geografia costituzionale che ne sono maggiormente interessati, quali le cause, quali ancora gli effetti. Tuttavia, laddove lo scostamento delle più salienti tendenze registratesi nell'esperienza dovesse riguardare le stesse basi portanti dell'impianto costituzionale, fondato sarebbe il timore che si sia ormai consumato o che vada consumandosi un “salto” ordinamentale, nel segno dunque della discontinuità costituzionale². Si dà, d'altronde, a mia opinione un indice eloquente di quanto si viene ora dicendo, utile al fine di stabilire se la distanza tra l'una e l'altra Costituzione sia, o no, colmabile o, quanto meno, significativamente riducibile, operando ora sull'una ed ora sull'altra. Nell'un caso, si tratta dunque

² Un'avvertita dottrina ha da tempo rilevato essersi ormai “esaurita” la nozione di potere costituente (indicazioni in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?* a cura di E. Rippepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss. e, più di recente, in prospettiva comparata, M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss., spec. 109 ss.). Ho, però, al riguardo segnalato altrove il rischio che in tal modo si corre di confondere pur apprezzabili desideri con la cruda oggettività di una realtà che avvalora la sussistenza dei fatti costituenti, pur laddove parrebbe esserne assai improbabile l'accadimento. Si impone, dunque, di non abbassare mai la guardia e preservare la necessaria, attenta vigilanza affinché non si affermino anche da noi fattori di involuzione autoritaria dell'ordinamento, assistendosi pertanto – come ora da molti si dice – alla innaturale conversione della democrazia in una “democrazia”, come si ha in alcuni Paesi appartenenti all'Unione europea [su ciò, *ex plurimis*, AA.VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; G. D'IGNAZIO, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in [DPCE Online](#), 3/2020, 3563 ss.; nella stessa [Rivista](#), A. SPADARO, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla... “democrazia”*, 3875 ss. V., inoltre, G. GUERRA, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2021, 521 ss.; R. CALVANO, *Legalità UE e Stato di diritto, una questione per tempi difficili*, in [Rivista AIC](#), 4/2022, 7 dicembre 2022, 166 ss.; A. DI GREGORIO, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, in *Scritti in onore di F. Lanchester*, I, a cura di G. Caravale - S. Ceccanti - L. Frosina - P. Piciacchia - A. Zei, Jovene, Napoli 2022, 489 ss., e, della stessa, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?* in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2022, 121 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione “costituzionalizzante”*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2022, 4 agosto 2022, 1 ss.; T. GROPPI, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in [Osservatorio costituzionale](#), 4/2022, 7 novembre 2022, 65 ss.; AA.VV., *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?* a cura di G. Azzariti, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; L. FERRAJOLI, *Il futuro del costituzionalismo*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2022, 23 settembre 2022, 182 ss.].

di adeguare pratiche politico-istituzionali e sociali in genere al modello disegnato nella Carta, dare cioè loro modo di tornare ad ispirarsi a quest'ultimo e, nei limiti consentiti dalle condizioni complessive di contesto, offrirgli l'opportunità di recuperare almeno in parte il senso e la forza originariamente posseduti. Nell'altro caso, si tratta di mettere in moto le procedure prescritte per le modifiche della Carta, adeguandone pertanto i contenuti alle indicazioni venute dall'esperienza.

È poi risaputo che una nutrita schiera di studiosi da tempo caldeggia sia l'una che l'altra cosa; e – per ciò che vale – anch'io mi sono ripetutamente dichiarato in tal senso, nella convinzione che regole e regolarità della politica abbiano da darsi mutuo sostegno ed alimento e che solo operando su entrambi i fronti si possa a buon titolo coltivare il sano proposito di rimediare, almeno in parte, ai maggiori guasti del sistema politico-istituzionale.

È importante, ad ogni buon conto, avere ben chiaro che il ravvicinamento tra modello ed esperienza può aversi alla sola condizione che non ne siano appunto riguardati i connotati di fondo dell'ordinamento. Il punto è, però, che la separazione dei poteri – come si è rammentato – è uno di questi. Non si fa, dunque, questione di aggiustamenti di corto respiro, circoscritti unicamente ad alcune delle maglie ormai sfilacciate del tessuto costituzionale, così come opportunamente segnalato dalla più avveduta dottrina in relazione agli oggetti delle future innovazioni costituzionali il cui raggio non dovrebbe pertanto abbracciare l'intera parte relativa alla organizzazione. Tesi, questa, ispirata a giusta cautela, anche alla luce degli sfortunati esiti avuti dai tentativi a più ondate messi in atto di riscrivere nella sua interezza la parte in parola. Giova, poi, rammentare che, secondo un'altra opinione più volte manifestata, la stessa parte sostantiva non dovrebbe restare immune da modifiche, pur sempre circoscritte e tuttavia non prive di sostanziale rilievo (ad es., per ciò che attiene all'aggiornamento del catalogo dei diritti fondamentali, dando in particolare voce a quelli maggiormente riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico³). D'altronde, come si sa, alcune novità si sono già registrate (segnatamente, agli artt. 26, 27, 41, 48 e 51), senza che gli atti che vi hanno fatto luogo siano stati oggetto di contestazione davanti alla Consulta. Alcuni mirati interventi possono persino indirizzarsi verso i principi fondamentali dell'ordinamento, così come peraltro si è già fatto per quello di cui all'art. 9⁴, ancora una volta senza che il giudice delle leggi ne abbia – perlomeno ad oggi – rilevato la invalidità. Senza entrare ora nel merito di quest'ultima innovazione, attorno alla quale si è avuto un animato confronto tra gli studiosi, in via generale è da ritenere che anche i principi in parola possano andare, come vanno, incontro a modifiche, sempre che – come si è tentato di mostrare altrove⁵ – a finalità espansiva, sì da dotare gli enunciati che li esprimono di ancora maggiore ampiezza di raggio e, soprattutto, capacità di incisione sull'esperienza, orientandone le più salienti espressioni verso i valori fondamentali nel loro fare “sistema”.

Il punto è, però, verificare se si diano le condizioni oggettive perché gli aggiornamenti della Carta possano farsi a modo, portando ad un arricchimento del patrimonio assiologico di cui la stessa è dotata. E, invero, il timore è che, laddove dovesse prendersi atto della crisi irreversibile da cui è afflitta la separazione dei poteri, specie in alcune tra le sue più qualificanti espressioni, nessuna novità, a partire proprio da quelle ritenute di maggior pregio, potrebbe sortire lo scopo che ne giustifica l'esistenza, dal momento che, distendendosi il principio in parola sull'intero impianto costituzionale, il processo riformatore dovrebbe riguardare quest'ultimo *ab ovo* e, praticamente, in ogni sua parte. Ed è chiaro che allora si proporrebbe in modo impellente il quesito, cui si è sopra fatto cenno, se il presente sia ancora nel segno della continuità costituzionale ovvero s'inscriva

³ Di questa idea mi sono dichiarato più volte (ad es., in *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rendiconti degli anni 2007-2008* dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Bononia University Press, Bologna 2009, 215 ss.).

⁴ Altri enunciati ancora (ad es., quelli di cui agli artt. 26 e 27, sopra cit.) potrebbero, però, essere allo scopo richiamati qualora si adottasse un criterio non formale-documentale ma assiologico-sostanziale al fine del riconoscimento dei principi fondamentali.

⁵ ... nel mio [I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.

all'interno di un quadro, seppur ad oggi incompiutamente delineato, che si apre a scenari radicalmente nuovi, imprevedibili e – per ciò che se ne può qui dire a prima impressione – inquietanti.

2. Le più vistose torsioni del figurino costituzionale, specie con riguardo alla tipizzazione dei ruoli degli operatori istituzionali

Piaccia o no, occorre prendere atto che il principio della separazione dei poteri, con la conformazione complessiva delle pubbliche funzioni che ad esso indissolubilmente si lega e ne dà la organica rappresentazione, si connota per una strutturale debolezza che lo rende particolarmente vulnerabile ed esposto a torsioni ora più ed ora meno rilevanti e vistose. Queste ultime, ad ogni buon conto, risultano di una tale consistenza da essersi ormai portate ben oltre la fisiologica capacità di resistenza alle novità di cui il dettato costituzionale appare essere dotato, una capacità per vero assai blanda a motivo della elasticità che gli è propria e di cui dà inequivoca testimonianza l'aggiornamento semantico ininterrotto cui lo stesso va soggetto sotto la spinta delle più pressanti e vigorose esigenze⁶. È poi pur vero che la “misura” – se così può dirsi – di siffatta proprietà varia da un enunciato all'altro, pur all'interno della medesima parte della Carta in cui essi s'inscrivono, come pure in ragione delle congiunture, degli interessi in gioco e di altro ancora. Di tutto ciò non può ora dirsi oltre il cenno appena fattovi e deve, pertanto, rimandarsi a luoghi di riflessione scientifica ad esso specificamente dedicati. Occorre, nondimeno, averne piena avvertenza e non trascurarne le pratiche conseguenze prima di passare a descrivere le più salienti torsioni alle quali la separazione dei poteri è andata soggetta. Della debolezza in parola si dà, ad ogni buon conto, un indice sicuro che la avvalora e descrive, e che si coglie con esemplare evidenza nella più raffinata rappresentazione teorica data del modo di essere e d'inverarsi nell'esperienza delle pubbliche funzioni per effetto del loro esercizio. Si pensi, in particolare, alla magistrale ricostruzione teorica di H. Kelsen che – come si sa – qualificava ogni atto idoneo a specificare-attuare altri atti dotati di maggiore ampiezza di dettato e, allo stesso tempo, ad essere ulteriormente svolto da atti inferiori, fino a pervenire a quelli di mera esecuzione di un precetto dato.

In questo scenario teorico cui è estranea la qualificazione di alcuni atti come propriamente ed esclusivamente normativi, tutti in realtà essendo provvisti di siffatto attributo qualificante, ogni atto

⁶ Si spiegano in questa luce le c.d. modifiche tacite della Costituzione, *ab antiquo* – come si sa – fatte oggetto di analisi da parte della più raffinata dottrina e tornate, ancora di recente, a costituire oggetto, specie nelle loro più salienti espressioni, di monitoraggio da parte degli studiosi più attenti [indicazioni in A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Ann.*, VIII (2016), 263 ss.; S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; pure ivi, se si vuole, può vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss.; ulteriori indicazioni possono poi aversi dal mio *Rapporti interordinamentali e modifiche tacite apportate dalla Corte costituzionale italiana ai disposti che li riguardano e, a un tempo, al quadro delle sue competenze*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 5/2020, 15 dicembre 2020, 1031 ss.; AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss. Con specifico riguardo al procedimento legislativo, v. M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 531 ss., e M. MICHETTI, *Procedimento legislativo e decisione politica. Itinerari Regole Prassi*, Giappichelli, Torino 2023. Infine, A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, 61 ss.; V. BALDINI, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Cacucci, Bari 2023, e, per ciò che attiene alla dimensione sovranazionale, F. SAVASTANO, *Trasformazioni costituzionali nell'allargamento dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino 2023].

della scala gerarchica in cui tutti si dispongono è, ora più ed ora meno, “creativo”; e questa loro comune natura oppone un ostacolo, a conti fatti, insormontabile alla piena tipizzazione delle pubbliche funzioni, vale a dire alla loro netta separazione per natura ed effetti. È, poi, pur vero che le strutturali aperture di disposto insite in ogni atto della serie, seppur graduate per intensità, obiettivamente incoraggiano, specie in taluni casi, le manipolazioni semantiche ad opera degli atti che dovrebbero darne il *primo, diretto ed immediato* svolgimento normativo. Ciò che, come si dirà a momenti, è di particolare rilievo nel quadro della ricostruzione che si va ora facendo.

Dove, insomma, vi è, come vi è, spazio per originali interpretazioni, lì è pur sempre da mettere in conto la eventualità della infedele assegnazione di senso ad un enunciato, tanto più – merita qui sottolineare – con riguardo a quelli costituzionali, specie ad alcuni, che disponendosi al vertice della scala gerarchica, risultano essere quelli al riguardo maggiormente esposti.

Ora, una delle cause di maggior rilievo delle torsioni semantiche, di cui si viene ora dicendo, si rinviene di certo nella conformazione strutturale degli enunciati; non è, però, di certo la sola né – ciò che più importa – la più rilevante. Al fine di essere inquadrata a modo, la questione richiede infatti di essere spostata dal piano degli atti a quello delle istituzioni da cui gli stessi sono prodotti, verificando quali siano le principali ragioni che hanno portato ad un marcato e vistoso squilibrio del loro modo di essere che, quindi, si riflette sui loro rapporti, alterandone lo svolgimento e facendolo deviare dal solco per esso tracciato nella Carta.

Non ne farò qui nuovamente oggetto di una specifica analisi, già in altri luoghi svolta ed i cui esiti possono dunque, volendo, vedersi in alcuni miei scritti venuti di recente alla luce⁷. Mi limito ora solo a rammentare quali ai miei occhi appaiono essere le maggiori torsioni del figurino costituzionale e che sono date, per un verso, dal superamento della tipizzazione dei ruoli rispettivamente giocati dagli organi di garanzia e da quelli della direzione politica e, per un altro verso, dal vero e proprio ribaltamento dei ruoli registratosi in seno a questi ultimi, con specifico riguardo all’esercizio della funzione normativa per antonomasia, che – non si dimentichi – è pur sempre, secondo modello, la prima delle pubbliche funzioni. Un ribaltamento di cui rende testimonianza la sostanziale marginalizzazione del Parlamento in seno al circuito politico decisionale, a fronte della centralità per esso voluta dal Costituente, nel mentre un posto di particolare rilievo è ormai stabilmente detenuto in seno alla trama istituzionale dal Governo. La qual cosa, poi, ha la sua immediata proiezione al piano degli atti, riflettendosi quindi nella collocazione, parimenti centrale, in seno al sistema delle fonti degli atti di produzione governativa, non soltanto – si badi – di quelli aventi forza di legge (e, segnatamente, dei decreti-legge) ma di altri ancora, in ispecie dei decreti del Presidente del Consiglio il cui rilievo, specie per effetto della pandemia da covid-19 (e di altre emergenze ancora) non ha di certo bisogno di essere qui evidenziato⁸. Accenno solo, al riguardo, al fatto che l’esperienza in parola dà mostra dell’ulteriore, vistoso squilibrio che si registra nelle dinamiche interne al Governo stesso nelle quali si riflette la crescita – temo, incontrollata – del ruolo del Presidente del Consiglio⁹, a fronte dell’immagine opaca che di sé danno i Ministri¹⁰, sia *uti singuli* che nell’insieme dagli stessi composto.

⁷ V., part., *Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali*, in Dirittifondamentali.it, 2/2023, 14 luglio 2023, 631 ss., e Ha una forma la forma di governo? in questa [Rivista](http://Rivista, 2023/III), 2023/III, 771 ss.

⁸ Sui decreti in parola, nella ormai copiosa lett., v., almeno, M.A. GLIATTA, *L’uso dei dPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in Osservatorio sulle fonti, 3/2021, 1191 ss.; M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del Governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino 2022 [sul quale le recensioni di U. RONGA, *Sulle prerogative del Presidente del Consiglio: questioni risalenti e analisi attuali*, in Osservatorio sulle fonti, 2/2023, 1 ss., e G. RENZI, *Recensione a M. Rubechi, ecc.*, in Nomos, 1/2023]; L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, e, ora, A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023, 193 ss.

⁹ Alla illustrazione della figura e dei suoi tratti maggiormente marcati si è, non molto tempo addietro, dedicata I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene,

La confusione dei ruoli è, insomma, ormai un connotato endemico caratterizzante l'intero impianto istituzionale, nessun angolo seppur remoto della organizzazione potendosi dire del tutto immune.

3. *Luci ed ombre della giurisdizione e lo spinoso interrogativo se possa porsi rimedio a strutturali carenze della rappresentanza politica (e, perciò, della legislazione) a mezzo di utilizzi forzati del munus riservato ai giudici (esemplificazioni tratte dall'esperienza, con specifico riguardo alla manipolazione dei testi per via d'interpretazione)*

Ora, venendo meno la separazione dei poteri, ne soffre anche la salvaguardia dei diritti fondamentali, se è vero – com'è vero – che il corpo costituzionale ha bisogno di entrambe le gambe di cui è dotato per potersi portare avanti nel suo pur non sempre lineare, comunque sofferto, cammino.

Ogni altra torsione di ordine istituzionale si alimenta, dunque, pur sempre da quelle di fondo cui si è appena accennato.

Così, è chiaro che se la giurisdizione esibisce al proprio interno talune strutturali carenze, ciò si deve anche (e in primo luogo) ai guasti che si registrano nella legislazione, ora lacunosa, frammentaria e non di rado oscura¹¹ ed ora del tutto assente, specie laddove se ne avrebbe la maggiore, impellente necessità, in ordine cioè al riconoscimento ed alla tutela dei diritti fondamentali, in specie di quelli c.d. “nuovi”, dei quali faccia cioè difetto un esplicito riscontro nella Carta costituzionale, pur avendosene per vero traccia in altre Carte aventi origine esterna¹². In realtà, molte volte anche in queste ultime non si hanno al riguardo espliciti dati testuali; si hanno, però, nella giurisprudenza delle Corti europee che ha fatto (e fa) luogo a coraggiose ed innovative letture della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo, offrendo pertanto “copertura” ai diritti in parola.

Sia chiaro.

La giurisprudenza, in ciascuna delle sue articolazioni ed espressioni ed in tutte assieme, ha innegabili meriti che qui non occorre di certo nuovamente mettere in evidenza. E, tuttavia, i difetti strutturali della legislazione, sopra evocati, privano, a conti fatti, i giudici del necessario, saldo

Napoli 2018; v., inoltre, G. PITRUZZELLA, *L'evoluzione della figura del Presidente del Consiglio dei ministri e gli assetti della democrazia italiana*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 3337 ss., e A. MANZELLA, *Il Presidente del Governo*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 23 giugno 2021, 24 ss. La pandemia – come qui pure si viene dicendo – ha quindi dato una spinta significativa alla ulteriore sottolineatura del ruolo giocato dal Presidente del Consiglio nel sistema istituzionale.

¹⁰ ... al di là, ovviamente, di coloro che danno mostra di essere affetti dal vizio di sovraesposizione mediatica di cui non riescono a liberarsi.

¹¹ Annosa questione, questa, che non si riesce a risolvere malgrado gli sforzi invero prodotti allo scopo [richiamo qui solo sul tema un fortunato saggio di M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari - Roma 2010; in giurisprudenza, ora, [Corte cost. n. 110 del 2023](#), tra gli altri annotata da P.C., [Ancora un \(notevole\) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo \(osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023\)](#), in questa *Rivista*, 2023/II, 461 ss., e, nella stessa *Rivista*, L. DI MAJO, [Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023](#), 715 ss.; M. MILANESI, [L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023](#), 726 ss., e S. SCAGLIARINI, [La Corte e la tecnica legislativa](#), 2023/III, 832 ss.].

¹² Ci si può chiedere se la lacuna, di cui si fa parola nel testo, vi sia davvero, dal momento che le Carte di cui si viene ora dicendo sono state rese esecutive in ambito interno. Il punto è, però, che – come si dirà meglio a momenti – ciò si è avuto a mezzo di atti primari di normazione, la qual cosa rende oggettivamente squilibrata la condizione dei diritti dalle stesse riconosciuti rispetto a quelli cui dà voce la Costituzione. Ed è allora da vedere se possano darsi diritti autenticamente fondamentali cui sia dato riconoscimento con atti provvisti di forma e forza diversa.

In realtà, il vizio sta, a mio modo di vedere, a monte, nel modo appunto con cui il riconoscimento stesso ha luogo; ma, su ciò, subito *infra*.

puntello dal quale dovrebbero tenersi, specie in occasione dell'esame delle più intricate e complesse questioni portate alla loro cognizione. Se, dunque, talvolta si registrano torsioni del ruolo istituzionale che è proprio dell'esercizio del *munus* di cui i giudici stessi sono investiti, ciò si deve anche alla acclarata e, forse, ormai insuperabile crisi della rappresentanza politica¹³ di cui si ha immediata proiezione nelle complessive carenze della legislazione sopra indicate.

Ci si deve però subito e con molta chiarezza chiedere: è lecito rimediare ad una iniziale torsione, insita nel modo di essere della legislazione, con un'altra, per mano dei giudici?

Porto solo un esempio al riguardo per dare un minimo di concretezza al discorso che vado ora facendo; e, dunque, si pensi ai casi di utilizzo forzoso della tecnica della interpretazione conforme¹⁴,

¹³ Innumerevoli le sedi in cui se n'è discusso, con rilievi di vario segno, nondimeno convergenti nella constatazione del fenomeno [*ex plurimis*, v. AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Jovene, Napoli 2017; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in questa *Rivista*, 2019/II, 249 ss., e, più di recente, nella stessa *Rivista*, P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, 2021/II, 406 ss.; F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 14 dicembre 2020, 517 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* in *Nomos*, 3/2021, 1 ss.; I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.; D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss. V., inoltre, i contributi alla Giornata di studi in onore di F. Lanchester, svoltasi il 15 giugno 2022, su *Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione*, in *Nomos*, 2/2022. Infine, volendo, anche i miei *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in questa *Rivista*, 2021/I, 124 ss., e *Le revisioni costituzionali e il nodo (non scioglibile?) del degrado culturale della rappresentanza politica (prime notazioni)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2/2023, 15 maggio 2023, 216 ss.].

¹⁴ Riferimenti in G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista*, 2016/II, 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss., e, dello stesso, ora, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, 154 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; Giov. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura dello stesso Giov. D'Amico, Giuffrè, Milano 2017, 49 ss., spec. 66 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2017, 37 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4/2018, 633 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018, e, dello stesso, *L'interpretazione conforme torna a casa?* in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. 292 ss.; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentratore di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 5 dicembre 2019, 163 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. 266 ss. e 376 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *federalismi.it*, 3/2021, 27 gennaio 2021, 161 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, l'Editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 102 ss.; F. MODUGNO, *L'interpretazione degli atti normativi*, in *Giur. cost.*, 2/2022, spec. 1118 ss.; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 171 ss. Con specifico riguardo alla materia penale, v. A. BERNARDI, *Presentazione. Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in AA.VV., *L'interpretazione*

fatto a bella posta al fine di non lasciare “scoperti”, sguarniti cioè di tutela taluni diritti in relazione ai quali fa obiettivamente difetto una disciplina *ad hoc* che specificamente li riguarda.

Certo, è pronta l’obiezione che occorre darne la prova, cosa – com’è chiaro – nient’affatto agevole. La circostanza, però, per cui non v’è praticamente enunciato che non si apra a plurimi esiti interpretativi, con un ventaglio di soluzioni ora più ed ora meno largo e nondimeno vistoso, non può portare ad una sorta di nichilismo senza speranza, all’effetto cioè di rendere non giudicabile o qualificabile ciascuno di essi. Di contro, la lettera degli enunciati si offre pur sempre quale risorsa preziosa al fine di sceverare ciò che si dispone entro il campo materiale dagli stessi coperto e ciò che invece ne sta fuori; quanto meno, nei casi maggiormente eclatanti, dell’una e dell’altra specie di esperienze mi pare che si possa, con ragionevole attendibilità, avere conferma.

Ora, le manipolazioni per via interpretativa sono proprio quelle di maggior spessore, seppur non sempre, come si diceva, di sicuro riscontro.

Si faccia caso, solo per fare il primo esempio che viene ora in mente, al modo complessivo con cui si connotano talune esperienze della giustizia costituzionale.

Ebbene, le pronunzie maggiormente “creative” o “normative” che dir si voglia non sono quelle così espressamente etichettate in forza di una pur raffinata, risalente tradizione teorica¹⁵, quelle cioè che comportano manipolazioni testuali delle leggi portate al sindacato della Corte. Queste sono infatti le più rilevanti per l’aspetto degli effetti da esse prodotte ma non (o non necessariamente), appunto, quelle di maggior spessore che invece si hanno laddove la manipolazione si annida nella sostanza normativa racchiusa nei testi di legge e, più ancora – come si è in altri luoghi fatto notare – , negli enunciati costituzionali e, in genere, in quelli posti a parametro di giudizio. Solo che siffatte operazioni di sostanziale rifacimento dei testi si svolgono per via sotterranea, mimetizzandosi abilmente entro gli spazi, a volte non interstiziali, racchiusi nella struttura degli enunciati e facendosi scudo di tecniche retorico-argomentative e decisorie viepiù raffinate di cui la Corte abilmente si giova¹⁶, dando peraltro vita sovente a talune varianti, in ragione di peculiari, pressanti esigenze¹⁷.

Certo, rimane poi la differenza, cui si è appena fatto cenno, riscontrabile al piano degli effetti, le manipolazioni di cui si viene ora dicendo essendo provviste di mera efficacia *persuasiva*, e non autenticamente *prescrittiva*, propria invece di quelle testuali. Questo, però, nulla toglie al carattere propriamente “normativo” comune ad entrambe le specie di pronunzie e, appunto, sovente ancora più evidente in quelle meramente sostanziali. Ed è interessante notare che la messa a punto di inusuali e viepiù affinate tecniche decisorie da parte del giudice costituzionale¹⁸ non soltanto agevola ed alimenta la produzione a ritmi incessanti di soluzioni interpretative viepiù incisive da

conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico, a cura dello stesso B., Jovene, Napoli 2015, VII ss., e, pure ivi, V. MANES, *Metodi e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, 391 ss., nonché V. NAPOLEONI, *L’onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino 2019, 49 ss. Con riguardo alla interpretazione conforme a CEDU, v., almeno, C. CARUSO, *Il “posto” della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, *L’interpretazione conforme alla Cedu e i “diritti a somma zero”*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss. Quanto, poi, all’indirizzo della giurisprudenza eurolunitaria, v., almeno, V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell’interpretazione conforme*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro e C. Iannone, Giappichelli, Torino 2020, 325 ss. Raggiugli a riguardo degli usi concretamente fattisi della tecnica in parola possono, infine, aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Giappichelli, Torino 2022, 247 ss.

¹⁵ V., part., G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.

¹⁶ Su ciò, part., i contributi che sono in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

¹⁷ Così, per fare un esempio che ha fatto – come si sa – molto discutere, è nata la tecnica della doppia pronunzia inaugurata in *Cappato*.

¹⁸ Se ne può avere una sintetica rappresentazione in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, cit., spec. 173 ss.

parte dello stesso giudice ma incoraggia, al contempo, anche quella per mano dei giudici comuni, non di rado indotti a portare alla Consulta questioni che in passato si trattenevano dal presentare, nell'assunto che sarebbero state quasi certamente rigettate (così, ad es., per effetto del superamento del limite delle "rime obbligate", ormai inopinatamente convertite nelle "rime possibili" o – come pure si è detto da una sensibile dottrina – nei "versi sciolti"¹⁹). Potrebbe, di contro, aversi un effetto *quodammodo* speculare a questo, di cui si ha riscontro ogni qualvolta il giudice si astenga dal sollevare una questione, assumendo che possa (e debba) risolverla da sé o, meglio, prevenirne la presentazione, operando appunto per via interpretativa.

Le torsioni dei ruoli – come si è veduto – possono, infatti, aversi battendo entrambe le vie; solo che quelle della prima specie richiedono, al fine di potersi perfezionare ed affermare, la stipula di un tacito patto tra giudice comune e giudice costituzionale, l'uno avviando una manovra che quindi perviene a maturazione presso l'altro. Ad essere, anzi, ancora più precisi la maturazione stessa si ha, poi, pur sempre presso lo stesso giudice comune, al momento cioè della implementazione del verdetto emesso dalla Consulta che, non poche volte, comporta un'attività non già di mera, meccanica *esecuzione* o *applicazione*²⁰ bensì di *attuazione* del verdetto stesso, non priva di un tasso ora maggiore ed ora minore di discrezionalità valutativa.

Il punto è molto importante al fine della ricostruzione che va ora facendo, dando conferma del fatto che le operazioni di giustizia costituzionale non prendono forma esclusivamente presso la Consulta, pur costituendone quest'ultimo innegabilmente il passaggio centrale; sono, piuttosto, una sorta di *work in progress* che si fa per gradi e in misure ogni volta diverse, giovandosi dell'apporto di non secondario rilievo offerto dai giudici comuni e, laddove interpellate, dalle Corti europee²¹. Non si trascuri, poi, la circostanza che si ha ogni qual volta le operazioni stesse pervengono a maturazione direttamente ed esclusivamente presso i giudici comuni, una volta che si trovino

¹⁹ Quest'ultima espressione – come si sa – è stata coniata da D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss., della quale v. anche *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in [Sistema Penale](#), 2/2021, 3 febbraio 2021, 5 ss.; a riguardo, poi, del passaggio alle "rime possibili", v., tra gli altri, S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in [federalismi.it](#), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in questa [Rivista](#), 2021/III, 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in [Rivista AIC](#), 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss., 103 ss.; inoltre, se si vuole, possono vedersi anche i miei *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?* in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2021, 16 aprile 2021, 456 ss., e, nella stessa [Rivista](#), *Verso un assetto viepiù "sregolato" dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* 3/2022, 16 dicembre 2022, 406 ss., nonché *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in [Diritti Comparati](#), 2/2022, 9 giugno 2022, 557 ss.

²⁰ ... come invece ritiene un'accreditata dottrina per ciò che attiene all'attività dei giudici nei riguardi dei testi di legge (e, *mutatis mutandis*, delle aggiunte testuali operate dal tribunale costituzionale) [M. LUCIANI, *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, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.].

²¹ Per l'aspetto istituzionale, al momento – come si sa – l'unico canale di raccordo è quello del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione, non essendosi fatto luogo alla ricezione del prot. 16 allegato alla CEDU, a riguardo della quale la dottrina – come si sa – si è divisa, non cogliendosi fino in fondo da parte dei detrattori le opportunità offerte dall'inusuale strumento di consultazione in esso previsto.

Ad ogni buon conto, i riferimenti alla giurisprudenza europea sono ormai, per fortuna, ricorrenti, seppur ovviamente rimessi alla mera sensibilità dell'operatore di turno. Per questo verso, dunque, non fa difetto il soccorso che molte volte si ha da parte della giurisprudenza europea in occasione della soluzione di alcune tra le più intricate e delicate questioni (un solo esempio per tutti, tratto da una recentissima vicenda, riguardante i rapporti tra minore adottato e famiglia di origine, di cui a [Corte cost. sent. n. 183 del 2023](#): una pronuncia, questa, dovuta alla penna raffinata di E. Navarretta, in cui non mancano taluni opportuni richiami alla giurisprudenza europea).

chiamati ad emettere un giudizio *materialmente* costituzionale senza che sia dagli stessi considerato opportuno chiamare in campo la Consulta allo scopo di emetterlo²² (si pensi, ad es., al riguardo, oltre ai casi d'interpretazione conforme, cui si è sopra accennato, a quelli in cui i giudici risolvono antinomie tra norme interne e norme sovranazionali *self-executing* specificamente riguardanti diritti fondamentali²³).

4. *La piramide rovesciata: le testimonianze che se ne hanno al piano della legislazione e delle pratiche di amministrazione, da cui si ha conferma che la forza normativa, sostanzialmente intesa, innaturalmente cresce man mano che si scende lungo la scala gerarchica in cui si articola il sistema (l'esempio, particolarmente vistoso, del ruolo giocato dalle circolari, per ciò che attiene allo svolgimento delle pratiche suddette ed ai rapporti tra amministrazione e cittadini)*

La catena, poi, non si ferma alla sola opera del giudice. In disparte i casi in cui in ogni momento del processo sopra succintamente descritto può essere chiamata in campo la Corte dell'Unione con lo strumento del rinvio pregiudiziale, non si trascurino gli altri casi nei quali si ha il coinvolgimento della Corte di Strasburgo le cui pronunzie, peraltro, possono rimettere in pista lo stesso giudice comune qualora il soggetto che le abbia sollecitate non ottenga il ristoro in esse riconosciutogli.

I verdetti dei giudici, poi, hanno – come si sa – molte volte bisogno, al fine di potersi affermare, dell'opera dell'amministrazione; e, ancora una volta, non sempre si tratta di un'attività di mera esecuzione, risultando piuttosto talora espressiva di ora più ed ora meno larghi apprezzamenti discrezionali.

Per altro verso, è di tutta evidenza che le garanzie apprestate in sede giudiziaria ai diritti dei singoli possono non sortire effetto laddove alle decisioni che le offrono non sia dato tempestivamente il giusto seguito. Il fattore temporale non merita di essere considerato di secondario rilievo. Non è ingiusta, infatti, solo una giustizia che arriva troppo tardi ma lo è anche un'amministrazione che non dia modo alla prima di affermarsi con la dovuta celerità.

Il ribaltamento della piramide di kelseniana memoria, in cui era data una suggestiva rappresentazione del sistema degli atti giuridici, in ispecie di quelli adottati in esercizio di pubbliche funzioni, appare di tutta evidenza una volta che si abbia, come non di rado si ha, riscontro del ruolo di centrale rilievo assunto da quelli disposti agli ultimi posti rispetto al ruolo astrattamente riconosciuto agli atti dei primi.

È sufficiente far luogo ad una sintetica descrizione del sistema per avvedersi subito dello scollamento interno ad esso che può registrarsi (ed effettivamente si registra), a fronte della irenica ed armonica rappresentazione datane nella poderosa ricostruzione teorica del Maestro praghese.

Lo scarto c'è già in seno alla Carta costituzionale, in primo luogo tra gli enunciati espressivi dei principi fondamentali e quelli restanti; ed è fatale che vi sia, sol che si pensi alla eccedenza assiologica che è propria dei primi ed alla incapacità, ora più ed ora meno vistosa, dei secondi di darvi un congruo e pienamente appagante svolgimento. D'altronde, la revisione costituzionale è prevista anche per questo: per dar modo, cioè, ad un prodotto di cui risulti acclarata la imperfezione di essere in ogni tempo migliorato, anche alla luce di sopravvenienti e pressanti esigenze.

E, ancora, per fare ora solo un esempio tra i più indicativi di quanto si viene ora dicendo, se l'autonomia degli enti territoriali (Regioni in testa) non ha avuto modo di affermarsi e radicarsi nell'esperienza, ciò si deve non soltanto (ed in primo luogo) a cause politiche plurime e

²² In astratto, di questa eventualità potrebbe aversi riscontro in presenza di leggi giudicate affette da *invalidità in senso forte*, vale a dire da radicale nullità-inesistenza; di fatto, però, ogni vizio è riportato alla mera *invalidità in senso debole*, quale causa di annullamento.

²³ Riferimenti in merito al trattamento riservato alla Carta di Nizza-Strasburgo, spec. dopo [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#) e succ., possono aversi da A. AMATO, *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza. Profili costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023.

convergenti, la cui illustrazione non può ovviamente qui aversi, ma anche ad una strutturale timidezza e vera e propria reticenza del linguaggio costituzionale²⁴ che non ha saputo portare ad effetto l'equilibrio formulato nell'art. 5 tra l'autonomia stessa e l'unità-indivisibilità dell'ordinamento, tant'è che – come si sa – si sono esperiti più tentativi, comunque non andati a buon fine, per rimediare ad originarie lacune e complessive carenze del dettato costituzionale²⁵ e – fin dove possibile – ai guasti registratisi nell'esperienza.

Gravi e perduranti torsioni si sono poi manifestate (e seguitano senza sosta a manifestarsi) al piano della legislazione, alle quali per taluni aspetti si è già avuto modo di accennare. Torsioni di cui si ha riscontro tanto verso l'alto quanto verso il basso, al piano cioè dei rapporti tra leggi comuni e leggi costituzionali ed a quello dei rapporti tra le prime e gli atti sottostanti.

Si discute, per vero, a riguardo delle prime, confutandosene da parte di alcuni studiosi persino l'esistenza. Come si è, però, tentato di mostrare in altri luoghi, la tipicità dei ruoli si ha (e deve aversi) anche e in primo luogo proprio sul versante dei rapporti tra le fonti in parola, sol che si ammetta – come, a mia opinione, devesi – che la disciplina del cuore pulsante della materia costituzionale, i diritti fondamentali, richieda di essere fatta oggetto di disciplina in prima battuta con leggi venute alla luce con le procedure di cui all'art. 138, ricongiungendosi pertanto forma e materia costituzionale, secondo la naturale vocazione di ciascuna di esse.

Quanto, poi, al versante dei rapporti tra leggi ed atti sottostanti è sufficiente rammentare qui nuovamente i modi con cui si è fatto (e si fa) fronte alle emergenze, che però, a motivo del carattere ormai endemico che le connota, comportano in buona sostanza la stabilizzazione di pratiche di normazione che potrebbero tutt'al più essere tollerate unicamente per congiunture eccezionali.

A ciò si aggiunga un certo modo di amministrare esso pure ormai stabilmente radicato nell'esperienza e foriero, per la sua parte, di taluni guasti di non secondario rilievo.

Si pensi, ad es., al ruolo effettivamente giocato dalle circolari in ordine alla interpretazione ed implementazione dei disposti di legge e di altri atti ancora sul versante dei rapporti tra l'amministrazione stessa e il cittadino. È ad esse che principalmente e talora esclusivamente fa capo la prima, conformandovi il proprio quotidiano operare. La forza normativa effettivamente detenuta dagli atti espressivi di pubbliche funzioni, unitamente talora alla colorazione politica che li contraddistingue, non è, insomma, discendente, così come darebbe a pensare la disposizione degli atti stessi nella piramide che li ospita, fino a divenire nulla (o quasi) con riguardo agli atti tradizionalmente etichettati come "interni" (le circolari, appunto); e, per avvedersene, basti solo pensare ai casi in cui le circolari concorrono, per la loro parte, allo svolgimento dell'attività di direzione politica (così, in specie, quelle indirizzate dal Presidente del Consiglio ai Ministri)²⁶. Tutt'all'inverso, la forza parrebbe crescere man mano che si scende lungo la scala che dà forma al sistema, con palese disprezzo per il principio di legalità, nella sua duplice articolazione di legalità legale e legalità costituzionale.

Va, ad ogni buon conto, rilevato che i margini per la discrezionalità amministrativa, tanto in sede di confezione delle circolari quanto in occasione dello svolgimento delle attività di rilevanza esterna, non sono esigui, specie in relazione a statuizioni strutturalmente aperte dei testi di legge e talora delle stesse circolari; e voglio sperare che l'amministrazione stessa se ne sappia avvalere a

²⁴ Dei connotati di quest'ultimo si è, ancora di recente, discorso in occasione del convegno AIC di Messina e Taormina del 27-29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*; nella dottrina anteriore, v., almeno, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss.

²⁵ Con specifico riguardo alle lacune costituzionali, riferimenti ed indicazioni possono, volendo, aversi dal mio *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 18 aprile 2016.

²⁶ Un versante, questo, stranamente a tutt'oggi trascurato, laddove meriterebbe piuttosto – come segnalavo già in un mio contributo venuto alla luce giusto cinquant'anni addietro (*Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1758 ss.) – una speciale attenzione.

modo, al fine di offrire l'ottimale servizio alle leggi stesse (e, risalendo, alla stessa Costituzione). E, tuttavia, non può scartarsi *a priori* l'opposta evenienza. Purtroppo, non disponiamo di dati certi ed attendibili che consentano di stabilire la consistenza delle deviazioni dal modello: è, nondimeno, da metterne in conto la esistenza. Il modo a mia opinione più efficace per rimediarvi, seppur solo in parte, e ristabilire così il vigore del principio di legalità è quello di fare davvero dell'amministrazione – come suggeriva un'ispirata dottrina – una casa di vetro²⁷ e, dunque, per questo verso, di “democratizzarla”, rendendone trasparenti e lineari i procedimenti anche sul versante dei rapporti interni alla stessa amministrazione e, dunque, portando alla luce del sole le istruzioni impartite per il tramite delle circolari.

È, poi, chiaro che avverso le incisioni operate a carico dei diritti si danno pur sempre, unitamente ai rimedi interni alla stessa amministrazione, quelli che portano ad investire i giudici delle lesioni in parola.

Si ha dunque, anche per questo verso, conferma della centralità di posto detenuto dalla giurisdizione in seno alla trama a maglie fitte di cui si compone l'organizzazione.

Per restare al tema qui di specifico interesse, le torsioni del principio della separazione dei poteri, di cui si ha riscontro in seno alla legislazione ed all'amministrazione, richiedono di essere – fin dove possibile – corrette, al tirar delle somme, dalla giurisdizione. Il punto è, però, che – come si è veduto – anche quest'ultima non è esente da pecche. Dispone, tuttavia, di risorse interne considerevoli al fine di porvi, perlomeno in parte, rimedio, a partire dai meccanismi di gravame. Per ciò che specificamente concerne la salvaguardia dei diritti fondamentali, poi, il “dialogo” tra le Corti è, forse, proprio la risorsa maggiormente efficace, alimentando un confronto che è *in nuce* culturale, pur tra operatori dislocati in ambienti distanti e significativamente diversi, come pure gravati da responsabilità parimenti diverse, quali quelle che fanno capo, rispettivamente, alle Corti europee ed a quelle nazionali. In ultima istanza, laddove poi non soccorrano più i rimedi istituzionali, non resta che l'appello al senso della cosa pubblica dei componenti la comunità organizzata, che ha la sua più limpida espressione e conferma nell'adesione all'etica pubblica repubblicana, testimoniata dalla scrupolosa e tangibile fedeltà ad essa quotidianamente prestata²⁸.

²⁷ La metafora è stata, in realtà, coniata da F. Turati, in un discorso alla Camera dei deputati del 17 giugno 1908, che nondimeno contemplava la eventualità che un “superiore pubblico interesse” potesse imporre “un momentaneo segreto”. In tema, nella ormai copiosissima messe di scritti, mi limito qui a fare richiamo solo della magistrale e ad oggi attuale ricostruzione teorica di C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova 1954, 256 ss.

²⁸ ... nella varietà delle forme in cui si articola e svolge, a riguardo delle quali v., part., gli studi di A. MORELLI, tra i quali *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.