

La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*

di Antonio Ruggeri

(30/11/2006)

Sommario: 1. Discrezionalità del legislatore, dottrine (*totale e parziale*) della Costituzione e riduzione della distanza tra di esse esistente, da una *prospettiva strutturale* d'inquadramento sistematico. - 2. Forma (e forza) degli atti di normazione e ampiezza o intensità della discrezionalità: un rapporto di proporzionalità inversa? (Una rilettura critica della teoria dei limiti alla revisione costituzionale). - 3. Fonti comunitarie e fonti interne, secondo diritto vigente e nella prospettiva della "costituzionalizzazione" dell'ordinamento europeo: ancora una conferma della varia estensione della discrezionalità, idonea persino ad espandersi ai gradi meno elevati e, all'inverso, a contrarsi a quelli di vertice, in un contesto connotato da una spiccata tendenza alla "deformalizzazione" dell'esperienza giuridica. - 4. (*Segue*) Fonti internazionali pattizie e fonti nazionali, dopo la riforma del titolo V. - 5. "Leale cooperazione" tra enti e processi produttivi complessi, in svolgimento di indicazioni di tendenza stabilite nella Carta, e limiti per la discrezionalità derivanti dalla... *discrezionalità* stessa, per come manifestata da atti precedenti di esercizio della normazione. - 6. Fonti costituzionalmente tipizzate e discrezionalità (in specie, l'innaturale divaricazione tra modello ed esperienza sul terreno della normazione governativa di rango primario). - 7. Il rapporto tra Costituzione e legge, *dal punto di vista della Corte* e in ragione delle tecniche decisorie di volta in volta utilizzate, comunque idonee, per un verso, ad incidere sulla discrezionalità e, per un altro, a farla salva. - 8. (*Segue*) Costituzione e legge, *dal punto di vista del legislatore*: i "seguiti" alle pronunzie della Corte (specie per mano del Governo o in ambito regionale) e l'innaturale espansione della discrezionalità che può aversi per effetto della *trasformazione strutturale* subita dalla Costituzione con la riforma del titolo V, col conseguente squilibrio da questa determinato tra *diritto costituzionale* e *diritto politico*.

1. *Discrezionalità del legislatore, dottrine (totale e parziale) della Costituzione e riduzione della distanza tra di esse esistente, da una prospettiva strutturale d'inquadramento sistematico*

È raro riscontrare un groviglio di nodi teorici e di pratiche implicazioni quale quello venutosi col tempo a formare attorno alla impalpabile nozione di "discrezionalità" del legislatore. Una nozione la cui stessa esistenza è stata - come si sa -, specie in passato, revocata in dubbio, sì da considerarsi artificioso lo stesso discorrerne. Eppure, malgrado le critiche penetranti, alle volte radicali, cui essa è stata soggetta, è tornata a riaffiorare qua e là, con andamento carsico e con riguardo agli ordini tematici più varî, a riprova di una capacità di resistenza dalla stessa esibita verosimilmente non casuale, comunque davvero notevole.

La questione investe al cuore la teoria costituzionale. Affermandosene ovvero contestandosene la esistenza si rappresenta, allo stesso tempo, un'idea di Costituzione quale fonte espressiva di vincoli (anche) positivi ovvero (solo) negativi a carico del legislatore, dalla varia intensità ed idoneità a farsi effettivamente valere.

In una delle sue forme tipiche^[1], la discrezionalità rimanda, infatti, allo scopo, denotando l'attitudine di quest'ultimo, per come costituzionalmente enunciato, a dare un orientamento, se non pure un ordine, alle dinamiche di produzione giuridica, delimitandone ed accompagnandone pertanto lo svolgimento lungo il percorso conducente alla meta indicata nella Carta. La massima, ancorché per vero esasperata, raffigurazione teorica di questa ricostruzione si ha - com'è assai noto - nella tesi che vede il *quid proprium* dell'intera Costituzione nel suo porsi quale "programma"

bisognoso di essere ordinariamente e necessariamente svolto dalle leggi comuni[2].

In un'altra sua forma, poi, la discrezionalità prende corpo a mezzo di discipline positive che si dispongono negli spazi lasciati vuoti dalle regole costituzionali; e, nuovamente, pertanto rimanda ad un'idea di Costituzione previamente, solidamente fissata[3]. Le due forme suddette parrebbero, anzi, a tutta prima, riferirsi a modi assai diversi, persino opposti, di vedere l'essenza costituzionale.

Per l'uno, si assiste ad una raffigurazione "autotelica" di Costituzione, quale insieme in sé e per sé significativa e sufficiente, nel suo porsi come "programma" d'azione, per quanto poi bisognoso di essere adeguatamente svolto dalla normazione ordinaria (e da norme ancora discendenti) al fine di commutarsi in diritto costituzionale vivente (diciamo meglio che la normazione suddetta costituisce un *principio* di diritto vivente, essa stessa dovendo quindi essere seguita da pratiche ulteriori nelle quali possa fedelmente specchiarsi e dalle quali possa quindi essere ulteriormente svolta).

Per l'altro modo, la Costituzione appare non già come *norma normans* ma non *normata*, in sé compiuta, perfetta, autoreferenziale, riconoscendo piuttosto le proprie carenze di costruzione e docilmente dunque affidandosi alle sue necessarie integrazioni ad opera di norme materialmente, seppure non formalmente, costituzionali o di altre norme ancora.

L'una è, insomma, una concezione *totale* (e... *totalizzante*) di Costituzione, l'altra una *parziale*, che ammette l'eventualità di casi in cui non si dia naturalmente alcun parametro di costituzionalità sulla cui base vagliare le forme concrete di esercizio della discrezionalità, al di fuori - come si vedrà - del canone della ragionevolezza, in una sua densa, particolarmente espressiva accezione.

In realtà, le cose stanno così solo da (e fino a) un certo punto, la distanza tra i due "modelli" suddetti venendo quindi ad essere sostanzialmente, significativamente accorciata nella considerazione della Costituzione come "sistema" e, specialmente, come subito si dirà, nella sua osservazione da una prospettiva strutturale.

Per un verso, con riguardo alla prima forma di discrezionalità, la forza propulsiva del "programma" costituzionale va incontro a limiti intrinseci evidenti, sol che si ammetta - come si deve - l'esistenza di strutturali carenze, concettuali e positive, del "programma" stesso, lasciato incompiuto ed indefinito persino in alcuni dei suoi tratti usualmente considerati maggiormente espressivi[4].

Per un altro verso, poi, pur laddove si riconosca l'esistenza di spazi vuoti di regole costituzionali, sopra di essi ad ogni buon conto si proietta e distende la luce onnipervasiva dei principi-valori fondamentali, che non lasciano dunque scoperto alcun angolo, sia pure il più remoto, dell'ordinamento. Allo stesso tempo, le regole poste da fonti non costituzionali per forma sono ad ogni modo tenute a saldarsi e ad integrarsi con le regole costituzionali e, nuovamente, dunque a fare con esse "sistema", già solo per ciò ricevendo un vincolo che, forse, non può propriamente dirsi né *positivo* né *negativo* (nelle accezioni usuali degli stessi) e, nondimeno, dotato di una sua propria, ancorché varia a seconda dei casi, intensità: un vincolo non dell'una né dell'altra specie, ciò che presupporrebbe l'esistenza, che qui però in tesi non si ha, di norme sovraordinate relative allo *stesso* ambito materiale su cui vanno a disporsi le nuove regole di forma non costituzionale. E, tuttavia, la circostanza per cui queste ultime si immettono in un corpo normativo già risultante da altre regole fa sì che sia le nuove che le vecchie richiedano di essere aggiornate nei loro significati, per il modo con cui si compongono ad unità. Già solo per ciò, dunque, il vincolo espresso dal dettato costituzionale originario appare innegabile, rimanendone quindi da apprezzare il senso e l'intensità in ragione della complessiva conformazione delle regole medesime, nonché del contesto nel quale si calano ed operano.

Insomma, così come l'una non sembra essere una Costituzione autenticamente *totale*, l'altra ugualmente non è, fino in fondo, *parziale*.

In comune le due forme di discrezionalità ora succintamente rappresentate hanno la connotazione dell'attività per il cui tramite la discrezionalità stessa si esprime, un'attività - suole dirsi - non interamente libera né interamente vincolata bensì mediana, perennemente oscillante tra i due corni dell'alternativa suddetta, senza tuttavia riuscire a farsi attrarre ed assorbire da alcuno[5].

È possibile nondimeno sfuggire alla morsa soffocante dell'alternativa suddetta facendo - come si accennava - utilizzo di una prospettiva d'indagine strutturale, idonea a tenersi alla larga da ogni impropria generalizzazione, quali quelle che si traducono in ricostruzioni, per l'uno o per l'altro verso, volte a trattare la Costituzione come un tutt'uno connotato da tratti identificanti assolutamente ripetitivi nel passaggio da un enunciato all'altro.

L'idea del "programma" può, tutt'al più, valere come formula di sintesi, espressiva di uno dei caratteri di fondo delle Carte nate nel secondo dopoguerra, col proposito in esse affermato di voler far luogo ad una grandiosa trasformazione della società preesistente, in linea appunto coi valori in nome dei quali è stata combattuta la battaglia per il ripristino della democrazia. Ciononostante, com'è stato con dovizia di argomenti fatto da più parti notare, il "programma" stesso si apre a raggiera a forme plurime, astrattamente incontenibili, di espressione. Si faccia caso: non solo di *realizzazione* (ciò che, ovviamente, non è contestato neppure da chi con maggior vigore s'è fatto portatore di quest'idea) ma, prima ancora, appunto di *espressione*, i fini potendo nella loro stessa essenza concettuale e di valore essere intesi in modi sì diversi da non giustificarsene una rappresentazione "pietrificante" o esclusivizzante[6].

Ma, poi, in disparte questa generale notazione di ordine critico-ricostruttivo, il vero è che gli enunciati della Carta, al pari peraltro di ogni altro enunciato (costituzionale e non), esibiscono - specie per i significati di cui possono caricarsi a seconda del contesto nel quale s'inscrivono - una varia intensità prescrittiva, sì da mostrarsi difettosa in partenza, per l'approccio metodico-teorico, tanto la tesi che vede nella Costituzione una fonte di vincoli positivi quanto l'altra sua opposta, che vi assegna esclusivamente una capacità di vincolo negativa, entrambe piuttosto ottenendo conforto da questa o quella norma ed in questo o quel momento della complessiva vicenda ordinamentale.

Vi è di più. Anche la comune opinione, che ambienta la discrezionalità, nella prima delle due forme espressive sopra descritte, nell'*hortus conclusus* dei principi costituzionali e/o delle norme costituzionali di scopo (le une e le altre, peraltro, non interamente coincidenti, potendo piuttosto presentarsi l'una categoria come ora più larga ovvero più ristretta dell'altra[7]), ugualmente è costretta a pervenire ad esiti ricostruttivi almeno in parte forzosi, comunque afflitti da eccessivo schematismo.

Nessuno - sia chiaro - nega l'esistenza dei principi accanto alle (o prima ancora delle) regole, per scivolosa che sia la distinzione sul piano teorico e, soprattutto, arduo il concreto riscontro e mantenimento nella pratica giuridica. Solo che questa distinzione, apparentemente netta e per più aspetti gravida di implicazioni *sul piano della teoria delle fonti* (si pensi solo alla questione dei limiti alla revisione costituzionale), viene poi a sfaldarsi *sul piano della teoria dell'interpretazione*, per il modo con cui gli enunciati (costituzionali e non) si compongono dinamicamente in sistema[8]. Il mutuo soccorso che essi al riguardo si danno è ormai provato. E così, per un verso, i principi esibiscono una formidabile capacità espansiva, entrando nei processi interpretativi di ogni disposizione, a partire da quelle della stessa Carta, al punto che - al di là di ogni diversa ricostruzione teorica[9] - nella sostanza il metodo dell'*interpretazione conforme* ha modo di farsi apprezzare già in occasione della stessa interpretazione della Costituzione o di legge costituzionale (e non solo in sede di interpretazione - diciamo così - "comune"), volgendosi naturalmente gli

enunciati della Carta espressivi di regole verso quelli espressivi di principi e facendosi da essi incessantemente alimentare e rigenerare. Questa raffigurazione presenta l'indubbio difetto di presentare principi e regole come dei *dati* precostituiti ed indisponibili dall'interprete, vale a dire come delle *disposizioni* e non pure, come invece sono, delle *norme*, ponendosi quale *esito* e non già quale *oggetto*, *posterius* e non *prius*, dell'interpretazione; e, tuttavia, la raffigurazione stessa mantiene un suo senso complessivo, avvalorato da una marcata tendenza del diritto vivente (oltre che accreditato da un consistente filone di pensiero), se non altro in forza del preorientamento che sta a base del riconoscimento delle formule espressive di principi, prima ancora che della loro ricognizione semantica[10].

Per un altro verso, anche le disposizioni costituzionali improduttive di principi (le *regole*, insomma) entrano nei processi interpretativi dei principi stessi, così come in essi ugualmente si immettono materiali, normativi e non, provenienti *ab extra* o *ab infra* (rispetto alla Carta), secondo un dato di comune esperienza usualmente descritto ricorrendo all'immagine della circolarità delle operazioni ermeneutiche.

Il vero è che la teoria dell'interpretazione unifica ciò che la teoria delle fonti vede come distinto; alle volte, anzi, l'una rovescia l'ordine giusto, naturale, fissato dall'altra, alla *gerarchia positiva* (discendente dalla Costituzione alla legge) sostituendo una *gerarchia culturale* (ascendente dalla legge alla Costituzione) che solo nel corso delle singole esperienze può essere verificata e, a conti fatti, nel circolo ermeneutico compiutamente messa a punto e, fin dove possibile, apprezzata.

Con specifico riguardo ai giudizi sulle leggi, ai quali per le ragioni che più avanti si diranno si presterà una speciale attenzione, le rapide notazioni appena svolte mostrano quanto sia problematico affermare che il parametro sia *esclusivamente* dato da questa o quella norma costituzionale, laddove è ormai dimostrato che tutte assieme, e sia pure ovviamente non in uguale misura, entrano a comporlo, per la elementare ragione che è la *Costituzione come "sistema"* che ogni volta è rimessa in gioco ed è chiamata a farsi complessivamente valere. La circostanza per cui una data norma è specificamente assunta a parametro di giudizio non testimonia, infatti, che le altre rimangano escluse dallo stesso o, come che sia, indifferenti alla determinazione del suo esito; testimonia solo che varia il punto di osservazione dell'intero sistema e, per ciò pure, il modo della reciproca combinazione delle norme che lo compongono (ciò che fa tipica la singola questione di costituzionalità).

Lo stesso vale, specularmente, sul versante dell'oggetto, dove nuovamente il fatto che esso risulti dato da una specifica norma non esclude bensì implica che le norme circostanti, con le quali quella fa "sistema", ne siano ad ogni modo coinvolte: vuoi per il fatto che tutte concorrono, in maggiore o minore misura, all'incessante rigenerazione di sensi cui il singolo enunciato rimane naturalmente e direttamente soggetto e vuoi per la ragione che l'esito del giudizio comunque si riflette sulle vicende delle norme a contorno, comportandone il positivo o semantico rinnovamento.

Di qui, la conferma dell'idea, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui *ogni* giudizio di costituzionalità è, a conti fatti, un giudizio *secondo ragionevolezza*, in una delle sue più qualificanti espressioni, inteso cioè come conformità (o, quanto meno, compatibilità) della norma (o, come pare più giusto dire, della "situazione normativa"[11]), ad un tempo, rispetto ai fatti e rispetto ai valori[12]. E ciò, appunto in considerazione del fatto che i valori, nella loro più genuina ed immediatamente espressiva traduzione positiva, si appuntano ed incarnano in primo luogo nei principi, di qui quindi diffondendosi e trasmettendosi a cascata ad ogni altra norma derivata da questi e quale che ne sia la forma (costituzionale e non).

Con queste preliminari precisazioni, è nondimeno innegabile che la capacità rigenerativa di sensi posseduta dai singoli enunciati non è uguale per il solo fatto che ciascuno di essi ha comunque

bisogno di tenersi dagli altri e tutti assieme dal sistema al quale appartengono e che è dagli stessi formato. L'apporto offerto da questa o quella norma al rinnovamento di significati delle altre è piuttosto vario, pur senza alcuna scala di priorità astrattamente fissata, dovendosi al riguardo tenere presenti le complessive esigenze dei casi che attivano i processi ermeneutici, ne danno l'orientamento, ne determinano il compimento.

L'analisi strutturale - come si faceva poc'anzi notare - può rivelarsi dunque feconda, a mia opinione comunque infungibile da analisi altrimenti caratterizzate, pur dovendosi a sua volta saldare a queste ultime, a partire - come si sa - da quelle di ordine storico-politico, nel diritto costituzionale più che altrove di primario, cruciale rilievo. Ed è ovvio che la osservazione della struttura degli enunciati porta a mettere in ombra, seppure non ad accantonare del tutto, la connotazione di ordine formale. Volendo, dunque, ancora per un momento, riprendere la pur schematica, usuale distinzione tra *principi* e *regole*, è chiaro che essi, così come possono trovarsi mescolati assieme nella Carta, possono ugualmente rinvenirsi in altri documenti normativi, costituzionali e non. Con la conseguenza che, facendosi almeno in parte derivare il vincolo dalla conformazione strutturale degli enunciati (*rectius*, delle *norme* dagli stessi espresse), esso può manifestarsi (ed effettivamente si manifesta) in varie forme, dalla graduata intensità, tanto sul fronte dei rapporti tra Costituzione e legge (sia ordinaria che costituzionale, come subito si vedrà), quanto su quello dei rapporti tra legge e fonti sottostanti ovvero pure atti usualmente considerati come non normativi.

Per quest'aspetto, vi è sicuramente del vero nella tesi, ancora di recente patrocinata e favorevole alla prospettazione di una teoria unitaria della discrezionalità^[13], quale che sia la funzione (legislativa ovvero amministrativa o di altro genere ancora) di volta in volta esercitata. Solo che, nuovamente, ogni forma di esasperazione teorica non sembra pienamente rispondente al modello, laddove si ammetta - come a mia opinione si deve - l'esistenza di tratti complessivi tipici propri di ciascuna funzione, in applicazione del principio fondamentale della separazione dei poteri.

2. Forma (e forza) degli atti di normazione e ampiezza o intensità della discrezionalità: un rapporto di proporzionalità inversa? (Una rilettura critica della teoria dei limiti alla revisione costituzionale)

Se è vero che la discrezionalità può variamente espandersi ovvero contrarsi a fisarmonica in ragione delle sollecitazioni ricevute dalla fonte espressiva del vincolo, non è meno vero che essa può variamente atteggiarsi altresì in ragione della destinazione dello stesso. D'altronde, due essendo i termini della relazione, è evidente che ogni mutamento in questo o quello di essi (oltre che, naturalmente, di entrambi) può dar vita ad assetti ogni volta diversi.

Qui, può subito farsi una prima distinzione tra la condizione delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale e quella delle leggi comuni.

Per strano che possa per più aspetti sembrare, il vincolo non si riduce o attenua - come invece comunemente si pensa - in ragione della maggiore forza (e forma) degli atti; piuttosto, assume una sua tipica conformazione a seconda della *funzione* assegnata a ciascuna specie di atto ed a ciascun atto individuo. Ciò che conferma come la prospettiva strutturale, della quale si è fin qui venuti dicendo, debba a sua volta farsi integrare da una *funzionale*, correndosi altrimenti il rischio di far luogo a rappresentazioni parziali e deformanti dei processi di produzione giuridica e dei vincoli che in essi si costituiscono e manifestano.

Non mi è ora dato di intrattenermi a dire una ad una le ragioni che, a mia opinione, depongono a favore della tesi, che ho tentato di argomentare altrove^[14], secondo cui il margine della discrezionalità si contrae proprio con riferimento agli atti astrattamente dotati della maggiore *vis* innovativa, quelli appunto di revisione costituzionale, malgrado essi - per la comune opinione -

incontrino sul loro cammino il solo limite della osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento. Rammento qui solo che giusto tali atti si prefiggono l'ambizioso disegno, che nessun altro atto può legittimamente coltivare, di riscrivere formule normative genuinamente espressive di potere costituente; *proprio per ciò*, a mio modo di vedere, presumendosi le soluzioni normative a suo tempo date dal Costituente quali le più idonee ad assicurare il maggiore servizio ai principi-valori fondamentali, il loro mutamento può aversi unicamente alla duplice condizione, di cui gli atti di revisione sono appunto tenuti a dare la prova, che le soluzioni stesse si dimostrino ormai inadeguate ad offrire quel servizio e che piuttosto esso possa essere ancora meglio dato dalle nuove statuizioni.

Come può agevolmente vedersi, in questo quadro teorico qui solo sommariamente e del tutto insufficientemente evocato, i principi fondamentali non si pongono unicamente a *confine* delle revisioni, quale soglia cioè da non oltrepassare, bensì (e prima ancora) quale *fine* delle stesse, molla che attiva il processo riformatore e ne dà l'orientamento o il verso, pur nei limiti usuali, sopra indicati, ai quali va naturalmente incontro la *vis* prescrittiva degli enunciati costituzionali di valore^[15].

La discrezionalità, nondimeno, risulta visibilmente circoscritta. L'idea infatti da me patrocinata (e qui pure riproposta) non è quella di un legislatore costituzionale che può fare ciò che vuole, purché gli atti dallo stesso confezionati risultino comunque compatibili coi principi fondamentali; piuttosto, è l'altra di un legislatore che può fare *solo* ciò che è indispensabile allo scopo di dare un sempre crescente svolgimento ai principi stessi, ferma ovviamente restando la varietà delle soluzioni di merito al riguardo adottabili, ed al fine del costante mantenimento della coerenza interna al sistema costituzionale. La qual cosa ulteriormente, per la sua parte, avvalorata l'idea che le norme non toccate dalla revisione, ancorché alla stessa astrattamente assoggettabili, ugualmente si pongono a limite di essa, in prospettiva sistemica apprezzabile. Con il che, per strano che possa sembrare, la discrezionalità può rivelarsi alle volte maggiormente contratta in caso di revisioni dall'oggetto circoscritto rispetto al modo con cui invece può esprimersi laddove il mutamento costituzionale investa un insieme di norme, pure in sé non concluso (per quelle mutue implicazioni che in seno all'intera trama costituzionale si intrattengono) e però complessivamente significativo^[16].

Se, poi, si aggiunge che - come qui pure si è rammentato - le stesse formule della Carta si prestano ad essere di continuo rilette in modo conforme ai principi, se cioè si considerano le formidabili risorse offerte dall'interpretazione, se ne ha che il mutamento costituzionale si giustifica laddove le risorse stesse siano ormai costrette alla resa, a motivo della provata, inguaribile disarmonia interna alla Carta, anche per effetto del mutato contesto in cui essa s'inscrive ed inverte.

Da questo punto in avanti il discorso richiederebbe un'articolazione di svolgimenti che in questa sede non gli è consentita, ad esempio riproponendo la pur vetusta distinzione tra la "Costituzione dei poteri" e la "Costituzione dei diritti"^[17] o, come pure si potrebbe dire, tra disposizioni di ordine (latamente) organizzativo e disposizioni di ordine (latamente) sostantivo, le une in generale esibendo una maggiore rigidità di disposto a fronte della strutturale flessibilità delle seconde^[18]. Sta di fatto che, pur laddove si reputi non conveniente accedere ad una visione *quodammodo* "sussidiaria" della normazione rispetto all'interpretazione costituzionale, la circostanza per cui solo gli atti di revisione assumono a loro oggetto la volontà del Costituente, in forza dell'autorizzazione dallo stesso una volta per tutte avuta, non rimane indifferente in ordine alla conformazione della discrezionalità che precede la (e consegue alla) posizione degli atti stessi.

3. *Fonti comunitarie e fonti interne, secondo diritto vigente e nella prospettiva della "costituzionalizzazione" dell'ordinamento europeo: ancora una conferma della varia estensione della discrezionalità, idonea persino ad espandersi ai gradi meno elevati e, all'inverso, a contrarsi*

a quelli di vertice, in un contesto connotato da una spiccata tendenza alla "deformalizzazione" dell'esperienza giuridica

Quel che importa è - come si diceva - che nessun "automatismo" si dà tra la forma o la forza degli atti e l'ampiezza (o, diciamo meglio, l'intensità) della discrezionalità.

Di ciò possono addursi numerose e particolarmente indicative testimonianze, ben oltre quella appena riscontrata al piano delle fonti costituzionali.

Si pensi, ad es., alle fonti comunitarie, di sicuro provviste di una forza "superlegislativa" (a mia opinione, "paracostituzionale"), pure oggetto di varie spiegazioni. Né a negarlo vale addurre - come usualmente si fa - che il rapporto che tali fonti intrattengono con le leggi (e gli atti di diritto interno in genere) è non già di gerarchia bensì di separazione delle competenze. Quel che infatti solo conta è che le leggi stesse sono obbligate a recedere davanti al sopravvenire degli atti sovranazionali ed a farvi subito posto, laddove materialmente possibile.

Si noti, sia pure di sfuggita, come nuovamente le sistemazioni secondo forma si dissolvano per far spazio a qualificazioni assiologicamente orientate ed aventi appunto la loro base nel valore della pace e della giustizia tra le Nazioni in cui riposa - ormai per consuetudinario riconoscimento - il fondamento della *primauté* del diritto sovranazionale. Basti solo pensare al fatto che la "copertura" di cui beneficiano le norme comunitarie si riflette e trasmette altresì ad ogni norma, *quale che sia la fonte dalla quale promana*, posta in attuazione delle prime. Ciò che, appunto, dà modo a regolamenti di diritto interno, adottati al servizio del diritto sovranazionale, di resistere a tentativi di deroga posti in essere nei loro confronti a mezzo di leggi e di fonti di primo grado in genere^[19].

È interessante notare che le fonti comunitarie sono espressive, nell'ordinamento di appartenenza, di una discrezionalità pur varia e però, almeno per alcuni versi, tendenzialmente ancora più ristretta di quella di cui sono ordinariamente dotate le leggi nazionali. Solo che il vincolo, una volta che le fonti stesse fuoriescano dall'ambito di origine, parrebbe subito dilatarsi, appunto per il fatto che gli atti cui esse si indirizzano dispongono non di rado di margini di apprezzamento non insignificanti.

Riguardati i processi di normazione dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, il solo fatto che tutti gli atti di cui esso si compone (a partire dai regolamenti) siano bisognosi di motivazione, unitamente alla circostanza per cui possono essere impugnati anche da soggetti privati (ed altri soggetti ancora) che dimostrino di esserne *direttamente e specificamente* riguardati, nonché alla attitudine degli atti stessi a porsi quali fonti del risarcimento dei danni causati, avvalorano la tesi che delimita in modo marcato la discrezionalità del legislatore comunitario. Se, poi, a ciò si aggiungono i vincoli connessi all'attivazione del principio di sussidiarietà e degli altri principi (come quello di proporzionalità) che stanno a base delle dinamiche produttive che s'impiantano in ambito comunitario, se ne hanno ulteriori elementi probanti nel senso appena indicato.

Il quadro è, nondimeno, assai più articolato e composito e - ciò che più importa - in considerevole misura corretto da un'esperienza non poco discosta dal modello. E, invero, i trattati hanno esibito una lassa capacità di vincolo, piegati (come sono stati) alle esigenze prioritarie, prepotenti, del processo d'integrazione ed alla "logica" intergovernativa che fin qui ne ha, in gran parte, retto i travagliati, discontinui sviluppi (e basti solo pensare all'utilizzo, di certo non sempre cauto e vigilato, dei poteri impliciti e della clausola di flessibilità, nonché all'indirizzo complessivamente non "arbitrale" manifestato dal giudice comunitario in occasione delle controversie tra Unione e Stati).

Le torsioni del modello sono poi state non poche né poco vistose anche "a valle", al momento in cui gli atti dell'Unione sono stati (e sono) chiamati a congiungersi con gli atti di diritto interno

adottati a loro servizio. Qui pure, infatti, è - come si sa - frequente l'adozione di normative particolarmente minute e stringenti, malgrado l'indicazione di tendenza, rinnovata nello stesso Trattato costituzionale, che vorrebbe circoscritti gli interventi dell'Unione ai soli casi e nelle sole forme strettamente indispensabili, sì da essere quanto più possibile salvaguardata la discrezionalità dei legislatori nazionali. Così, invece, non è stato e non è, tant'è che la distinzione tra gli atti (e, segnatamente, tra regolamenti e direttive) in ragione delle loro forme, pur rispondendo ad una precisa indicazione dei trattati, è venuta nei fatti meno, specie in presenza di direttive particolarmente minute e dettagliate: a riprova di quella generale tendenza alla "deformalizzazione" dell'esperienza giuridica, come ho ritenuto altrove di chiamarla[20], alla quale qui pure si è fatto (ed ancora più avanti si farà), per alcuni aspetti, cenno[21].

Torna, a tal proposito, ancora una volta utile l'adozione di un punto di osservazione *strutturalmente e funzionalmente* connotato, che sollecita cioè a riguardare non già agli atti individui, per la specie cui appartengono (e, dunque, per le forme di cui si rivestono), bensì agli atti stessi quali componenti *processi produttivi complessi*, delle vere e proprie *catene normative* alle volte assai lunghe, idonee ad attraversare più ordinamenti e, all'interno di ciascuno di essi, più "microsistemi" di fonti (da quello statale a quelli regionali e locali in genere, ad altri ancora); e che, dunque, sollecita a verificare in che misura nel passaggio dall'uno all'altro "anello" della serie la discrezionalità abbia modo di affermarsi, nelle forme cangianti che è idonea ad assumere in ragione della conformazione degli enunciati, degli scopi o interessi dagli stessi espressi, del contesto in cui e gli uni e gli altri si collocano e dinamicamente rinnovano.

L'immagine kelseniana, geometricamente perfetta, della generalità decrescente, lungo il verso discendente della scala gerarchica, sembra non rispondere ormai più (se mai ha corrisposto...) alle esigenze di un'esperienza naturalmente refrattaria ad ogni forma di rigida categorizzazione. A parte il fatto che l'immagine, come in un ideale caleidoscopio, muta di continuo a seconda degli atti concretamente osservati e pur nel carattere invariante delle loro forme, il vero è che, contro ogni "logica" apparente, la discrezionalità - secondo quanto si tenta qui di mostrare - può alle volte sembrare (e non di rado effettivamente è) maggiormente contratta ai gradi più elevati, mentre si espande a quelli inferiori, fermo nondimeno il carattere di strumentalità che attraversa e connota le relazioni tra gli atti. Tutte le evenienze sono, insomma, astrattamente possibili e la loro affermazione viene nei fatti a dipendere da esigenze per il cui appagamento a poco o a nulla giovano i riferimenti di ordine formale, laddove specificamente soccorrono - come si è appena veduto - connotati di ordine strutturale e funzionale assieme.

4. (Segue) *Fonti internazionali pattizie e fonti nazionali, dopo la riforma del titolo V*

Quanto si è appena venuti dicendo con riguardo ai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno può, sia pure in parte, valere anche in merito ai rapporti di quest'ultimo col diritto internazionale. Ciò che, peraltro, alla luce del nuovo primo comma dell'art. 117 dispone di un argomento testuale di non secondario rilievo a suo sostegno. Per vero, il disposto costituzionale ora richiamato ha sollevato non pochi dubbi circa il suo retto significato, lo scioglimento dei quali, in un senso o nell'altro, è gravido di implicazioni a carico della discrezionalità[22]. Ove, infatti, si ritenga (con una dottrina tuttavia rimasta minoritaria) che il vincolo della osservanza degli impegni internazionali si costituisce già al momento della formazione degli impegni stessi, per un verso potrebbe riprendere fiato l'antica (ma inascoltata) proposta che vorrebbe dispensato il legislatore dall'obbligo di tradurre in norme di diritto interno le norme internazionali pattizie, ormai in tesi abilitate a produrre immediati effetti *ope Constitutionis*. Per un altro verso, poi, anche a non ammettere questa eventualità ed a ritenere comunque necessaria l'esecuzione interna delle norme internazionali, una volta assegnato giuridico ed immediato rilievo agli impegni non appena sorti in seno alla Comunità internazionale, la discrezionalità in ordine all'*an*, oltre che al *quomodo*, della loro ricezione interna verrebbe meno. Solo che un esito ricostruttivo siffatto deve pur sempre fare i

conti con l'eventualità che la ricezione stessa non si abbia; e, come si sa, avverso le omissioni assolute non c'è, in buona sostanza, rimedio che valga. La qual cosa, per vero, non esclude la doverosità del comportamento, qualora essa risulti acclarata in forza di disposto costituzionale che espressamente la stabilisca o anche in ragione della considerazione dell'intero sistema delle statuizioni costituzionali. E, tuttavia, nel caso in esame è proprio siffatto connotato deontico che non sembra dimostrato con riguardo all'attività che il legislatore è istituzionalmente chiamato ad esercitare.

Senza, dunque, immaginare uno sconvolgimento nell'assetto delle fonti preesistente, di cui non si ha sicura traccia nel quadro costituzionale novellato nel 2001, sembra infatti maggiormente attendibile l'ipotesi ricostruttiva che intende l'osservanza degli impegni internazionali come valevole solo dopo che gli stessi abbiano preso vita *nelle loro forme usuali* in ambito interno. Se ne ha, dunque, che la discrezionalità in ordine all'*an* verrebbe ad essere, così come un tempo, fatta salva, il legislatore non essendo pertanto giuridicamente obbligato a rendere esecutive le norme dei patti internazionali, ed ugualmente mantenuta la caratterizzazione strutturale degli atti allo scopo adottati, specie di quelli contenenti l'ordine di esecuzione, inidoneo per natura ad apportare modifica alcuna alla fonte cui si riferisce.

Dalla prospettiva ora adottata, le uniche novità recate dalla riforma - e, naturalmente, si tratta di novità non da poco - si fanno apprezzare sul piano delle vicende delle norme nel tempo, laddove cioè la discrezionalità un tempo riconosciuta come piena - a stare all'indirizzo teorico praticamente invalso - in ordine ad eventuali modifiche degli atti esecutivi di atti internazionali viene ora fortemente delimitata dall'obbligo al legislatore fatto di prestare comunque osservanza agli impegni assunti in seno alla Comunità internazionale.

Si è, poi, fatta questione circa la portata del vincolo, se idoneo a riguardare altresì obblighi contratti in seno alla Comunità internazionale (e resi validamente esecutivi in ambito interno) anteriormente alla riforma ovvero se bisognoso di esser riferito unicamente a quelli successivi a quest'ultima^[23].

È nondimeno di tutta evidenza che, a seconda di come la questione ora accennata sia risolta, la discrezionalità del legislatore venga ad espandersi ovvero a contrarsi in misura ragguardevole, tanto più se si considera la consistenza degli impegni internazionali assunti prima della riscrittura dell'art. 117.

Si è, inoltre, discusso a riguardo della cerchia degli atti normativi di origine esterna provvisti della tutela costituzionale; e si sa qual è la pur incerta soluzione al riguardo fatta propria dalla legge La Loggia, in merito alla quale nondimeno non è ora possibile intrattenersi. Mi limito solo ad osservare che, a dare la più larga interpretazione possibile all'indicazione costituzionale, se ne avrebbe che anche atti internazionali eseguiti in forma non legislativa eserciterebbero un vincolo a carico degli stessi atti legislativi (ciò che - com'è assai noto - è da molti escluso).

Va, nondimeno, tenuto presente che, come pure si sa, il principio di legalità può andare incontro a deroghe od eccezioni, persino nella sua forma più elevata, di *principio di legalità costituzionale*. Si pensi solo alle esperienze di decostituzionalizzazione o di delegificazione o, più ancora, ai casi di atti amministrativi, quali quelli adottati in esercizio della c.d. funzione statale di indirizzo e di coordinamento, idonei a prevalere sulle stesse leggi (nell'esempio appena addotto, regionali). A riprova, dunque, del fatto che temperamenti del principio stesso, tanto più laddove espressamente enunciati in fonte costituzionale e - ciò che forse maggiormente conta - giustificati in nome di valori fondamentali dell'ordinamento, quale quello della pace e della giustizia tra le Nazioni, possono comunque aversi; e nulla pertanto esclude che proprio nel nuovo art. 117, I c., possa darsene un esempio.

Come che si imposti e risolva la questione ora accennata, quel che è certo è che anche in seno alla Comunità internazionale possono venire a formazione vincoli ora più ed ora meno intensi tra i soggetti di cui la stessa si compone, con riflessi poi di tutta evidenza per le dinamiche produttive di diritto interno.

5. *"Leale cooperazione" tra enti e processi produttivi complessi, in svolgimento di indicazioni di tendenza stabilite nella Carta, e limiti per la discrezionalità derivanti dalla... discrezionalità stessa, per come manifestata da atti precedenti di esercizio della normazione*

I rilievi appena svolti, pur col carattere approssimativo e sbrigativo che è loro proprio, danno nondimeno una prima idea delle mutue implicazioni che possono intrattenersi tra gli atti di normazione, anche laddove appartengano ad ordinamenti distinti ma variamente collegati, oltre che - naturalmente - ad uno stesso ordinamento, ai varî livelli istituzionali in cui si articola e svolge. Implicazioni che risentono delle congiunture in corso o delle materie (*rectius*, degli interessi) di volta in volta oggetto di regolazione, come pure dei soggetti (e dei loro rapporti) chiamati a concorrere alla regolazione stessa. La qual cosa induce a guardare non tanto agli atti individui, per ciò che dispongono o per il regime che è complessivamente loro proprio, atti solo apparentemente dotati, ciascuno per la propria parte, di autonomo senso ma in realtà idonei a caricarsi di peculiare valenza solo nel loro rapportarsi agli altri e tutti assieme nel fare appunto "sistema", ogni atto ricevendo luce dagli altri ed agli altri, per la sua parte, offrendola, per il modo con cui tutti si dispongono in uno stesso processo produttivo.

Ho già in più occasioni avvertito del bisogno, al fine di mettere a fuoco e di descrivere fedelmente dinamiche di normazione sì composite ed in continua evoluzione, di adottare un punto di osservazione mobile, idoneo ad abbracciare i *cicli* o *processi* della normazione nella loro compiuta estensione. Ciò che tuttavia comporta una correzione di "logica" ricostruttiva, metodica prima ancora che teorico-dogmatica, dovendosi ormai più ragionare - così come da tempo si fa sul terreno dell'amministrazione[24] - non già di una *normazione per atti* bensì di una *normazione per risultati*[25], assegnando in tal modo il giusto "posto" ai singoli materiali di cui la normazione stessa si compone e per il cui tramite incessantemente si rinnova, in ragione dell'apporto da essi offerto al conseguimento di scopi ed all'appagamento di interessi che sempre più di rado possono appuntarsi in modo esclusivo o assorbente in capo ad un solo ente produttore e che, di contro, assai di frequente richiedono lo sforzo congiunto di molti, ai diversi livelli istituzionali in cui ciascuno di essi si situa ed opera.

"Leale cooperazione" tra organi ed enti e integrazione tra atti (*rectius*, tra norme) costituiscono i due volti, soggettivo ed oggettivo, coi quali si presentano dinamiche produttive naturalmente portate a superare artificiose barriere tra sfere di competenza o problematiche separazioni tra materie, portate a sfarinarsi e dissolversi davanti alla spinta formidabile impressa ai processi produttivi da interessi comunque compositi o "misti", naturalmente idonei a riprodursi e ad affermarsi a più livelli istituzionali, persino - come s'è veduto - nel passaggio da un ordinamento all'altro.

Le esperienze, sia anteriori che posteriori alla riscrittura del titolo V della Carta, danno numerose e convergenti testimonianze della sterilità esibita dai tentativi, antichi e recenti, di distinguere in modo netto ambiti di competenza o forme di esercizio delle stesse. In fondo, quest'esito è incoraggiato a formarsi dalla stessa legge di riforma del 2001 nella parte in cui, dopo aver ripartito le materie tra Stato e Regioni, ingenerando la (erronea) impressione della loro reciproca separazione, prefigura, peraltro in modo largamente approssimativo, interventi "trasversali" del legislatore statale[26], relativamente a quelle che sono state felicemente chiamate[27] le materie "non materie", e che poi possono aversi a mezzo di atti la cui struttura nomologica non è, una volta per tutte, fissata. Piuttosto, si tratta di interventi delimitati per l'aspetto funzionale, siccome

orientati verso uno scopo istituzionalmente stabilito, per quanto raggiungibile in modi assai diversi (sia da un campo all'altro che per uno stesso campo nel tempo), a sua volta in ultima istanza riconducibile al bene dell'unità-indivisibilità dell'ordinamento.

Si pensi, per fare solo un esempio, alla determinazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ad opera di norme non obbligate ad arrestarsi alla soglia dei "principi" (la qual cosa può portare a considerevoli, astrattamente imprevedibili, condizionamenti per l'autonomia, vale a dire per la discrezionalità che ne connota le manifestazioni in ambito locale[28]) e, tuttavia, appunto chiamate all'esercizio di una funzione tipica, sì da presentarsi come espressive di una discrezionalità comunque costituzionalmente delimitata.

Lo *standard* costituzionale - come s'è veduto dall'esempio appena fatto - risulta ad ogni modo pervaso da una naturale, elevata flessibilità, mostrandosi idoneo ad essere piegato a situazioni assai varie e ad esigenze, alle stesse facenti capo, dai molti volti. È questa - come si sa - ad un tempo la forza e però anche la debolezza del dettato costituzionale che, a motivo della larghezza strutturale degli enunciati di cui si compone, esibisce mediamente una considerevole, alle volte persino formidabile, capacità a durare a lungo, immutato nella sua esteriore rappresentazione e, tuttavia, idoneo a rinnovarsi senza sosta nel tempo[29]. Una capacità nondimeno obbligata a pagare uno scotto assai duro, a motivo della mediocre intensità prescrittiva posseduta da molti enunciati costituzionali, pur sempre tuttavia idonei, in una certa misura, a delimitare l'area entro cui possono a buon titolo stare le loro interpretazioni-applicazioni.

Il vero è che il *quid proprium* degli enunciati stessi, specificamente laddove si riferiscono a vicende della normazione ed agli equilibri nella relazioni tra gli enti produttori, è nel dare un *orientamento*, nel tracciare una complessiva *tendenza* di sviluppo dell'ordinamento, idonea quindi a manifestarsi in forme e con contenuti non prestabiliti una volta per tutte.

Il titolo V ne dà numerose testimonianze; e così, in aggiunta a quanto si è appena detto, si consideri solo l'indicazione (di tendenza, appunto) che è negli artt. 117 e 118 a riguardo della dislocazione delle funzioni, specie in applicazione della sussidiarietà sia verticale che orizzontale.

Per l'un verso, che le funzioni stesse debbano andare quanto più possibile "al basso", e segnatamente ai Comuni, non si discute, così come, per l'altro verso, non si discute che tutti gli enti territoriali in cui si articola la Repubblica debbano "favorire" l'intraprendenza dei privati. Il vincolo che, tuttavia, ne deriva per la discrezionalità, in questa fase - per dir così - iniziale di riassetto delle funzioni, non sembra per vero particolarmente intenso o, diciamo pure, molto più intenso di quello che già poteva desumersi dal vecchio quadro costituzionale, in forza delle sollecitazioni provenienti dai principi fondamentali di promozione delle autonomie locali in genere e di valorizzazione del pluralismo sociale ed istituzionale, in ciascuna delle loro sedi ed espressioni. È vero che, con specifico riguardo alla distribuzione delle funzioni su basi territoriali, le formule del vecchio e del nuovo art. 118 si presentano oggettivamente, marcatamente differenziate: per quella di un tempo, la Regione avrebbe potuto essere legittimamente investita di funzioni di amministrazione in misura sostanzialmente corrispondente a quella costituita dalle potestà di normazione, mentre agli enti locali (e senza alcuna preferenza assiomaticamente fatta per il Comune) si prefigurava che fossero destinate, *per scelta (apparentemente) discrezionale del legislatore statale*, le sole funzioni di "interesse esclusivamente locale" relativamente agli ambiti materiali di competenza regionale. Dopo la riforma, di contro, viene abbandonato - come si sa - il riferimento alle materie e, fatta eccezione per le funzioni bisognose di essere esercitate in modo unitario, ogni altra funzione è, per norma, destinata ai Comuni.

Ciò nondimeno, ad una più approfondita analisi non sfugge che il riparto delle funzioni, ieri come oggi, era (ed è) tenuto a fare in ogni caso riferimento alla *natura* o al *livello degli interessi*, ciascun

ente dunque potendo ricevere le sole funzioni "giuste", quelle cioè che in base ad un rapporto di congruità tra norma ed interesse appare in grado di esercitare al meglio[30]. Lo stesso ente destinatario delle funzioni, poi, qualora reputi, *nuovamente secondo un apprezzamento discrezionale ma orientato dall'indicazione di tendenza data dalla Carta*, che alcune funzioni possano con ancora maggior profitto essere messe in mano ai privati, *deve* devolverle a questi ultimi, sempre che - naturalmente - essi siano disposti a farsene carico (ciò che, come si vede, una volta di più conferma come in ogni valutazione discrezionale si mescolino assieme potere e dovere).

Di qui, una conseguenza meritevole della massima attenzione per ciò che concerne le vicende della normazione nel tempo. Ed è che più largo appare essere il margine di apprezzamento discrezionale insito - come dire? - nella *prima scelta* rispetto a quello che pure può riscontrarsi in successivi momenti. E così, l'indicazione di tendenza essendo quella sopra rammentata, è evidente che la "devoluzione" di ulteriori funzioni ai Comuni o ai privati può in ogni tempo aversi, siccome appunto conforme allo *standard* costituzionale, laddove il ritorno di funzioni precedentemente conferite o, di più, la revoca secca degli atti iniziali di conferimento va incontro a non lievi difficoltà di realizzazione. Certo, se ne può avere comunque riscontro, ove si diano fondate ragioni a suo sostegno; solo che, in congiunture siffatte, la discrezionalità del legislatore oggettivamente ne soffre. Forse, non è improprio sostenere - come s'è tentato di argomentare altrove[31] - che addirittura qui si abbia un *rovesciamento della presunzione di validità* che, come si sa, usualmente assiste gli atti di normazione (ma gli atti giuridici in genere), con conseguente *inversione dell'onere della prova*, dovendo non già il ricorrente bensì il difensore dell'atto impugnato dare la prova della sua validità, malgrado la contrarietà all'indicazione di tendenza tracciata nella Carta. In ogni caso, proprio per ciò, l'atto stesso naturalmente soggiace ad uno *scrutinio stretto* di validità, con le ulteriori implicazioni che possono quindi aversene per la normazione futura, secondo quanto si dirà meglio più avanti in occasione di una generale riflessione attorno al giudicato costituzionale ed all'attività legislativa ad esso "conseguenziale".

Torna - come si vede - in primo piano la ragionevolezza, nella sua forma tipica della congruità della norma al fatto: ragionevoli dovendo, in primo luogo, essere gli atti iniziali di conferimento delle funzioni e, *ancora più ragionevoli* (se così può dirsi...[32]), gli atti che ne determinano il parziale o integrale ritorno alla sede di partenza o, come che sia, una diversa dislocazione (nulla, ad es., può escludere che, sempre in nome del loro "esercizio unitario", una funzione dapprima data al Comune sia poi data alla Provincia o ad altro ente ancora).

Più avanti si faranno altri esempi ancora a completamento e ad ulteriore sostegno delle indicazioni di ordine ricostruttivo ora date. Quel che, nondimeno, per il momento importa mettere in chiaro è che, nel corso di talune vicende della normazione nel tempo, la discrezionalità viene ad essere di continuo rimessa a punto, alle volte allargandosi ma altre - come s'è veduto dagli esempi sopra fatti - restringendosi, in forza di indicazioni costituzionali, per un verso, e, per un altro, del modo con cui la *stessa* discrezionalità si è precedentemente manifestata.

Non intendo ora riprendere *ex professo* l'antica, vessata questione concernente l'idoneità del legislatore presente a vincolare il legislatore futuro; quanto meno, non intendo ora farlo nei suoi termini teorico-generalisti[33]. Mi pare, nondimeno, provato che, per l'effetto sinergico prodotto da indicazioni costituzionali di tendenza e da previe opzioni fatte dallo stesso legislatore, possono attivarsi limiti dalla varia intensità a carico di quest'ultimo. Il legislatore, insomma, è tenuto ad essere coerente, oltre che con le indicazioni assiologicamente pregnanti date da norme sovraordinate, con... *se stesso* (nella doppia versione: *intra legem* ed *intra ius*, come s'è suggerito di chiamarle[34]); ed anche questo è uno dei modi di essere, di divenire, della ragionevolezza.

Senza dover ora richiamare la fin troppo nota giurisprudenza in tema di eguaglianza e restando,

ancora per un momento, all'esempio sopra fatto relativamente allo smistamento delle funzioni, se ne hanno significative indicazioni, anche nella più recente giurisprudenza, che avvalorano - a me pare - la ricostruzione i cui lineamenti di fondo si tenta ora di rappresentare.

La sent. n. 246 del 2006, sulla quale ho già avuto modo di intrattenermi in altra sede[35], ha annullato una norma di legge regionale considerata lesiva dell'autonomia degli enti locali, per il fatto di aver ammesso che la disciplina di certe funzioni, *discrezionalmente* devolute dalla legge stessa agli enti in parola, potesse essere data, in attesa della loro regolazione in ambito locale, da regolamenti regionali. La lesione della competenza aveva, dunque, fondamento in una previa opzione fatta dallo stesso legislatore; il che, in buona sostanza, equivale a dire che *l'incompetenza si alimentava dall'incoerenza interna della legge ed, anzi, in questa interamente si risolveva*. Il vero parametro del giudizio non era, dunque, dato, in modo diretto e tanto meno esclusivo, da un precetto costituzionale; stava, invece, nelle *stesse* norme con cui le funzioni venivano *discrezionalmente* date agli enti territoriali minori, con riflessi immediati - come s'è visto - a carico della normazione futura (e della sua applicazione).

Al di là della vicenda ora evocata, sulla quale non giova qui ulteriormente indugiare, si danno numerose e convergenti indicazioni, in dottrina e soprattutto in giurisprudenza, che possono essere, con la consueta rapidità, richiamate a sostegno della tesi sopra enunciata.

Si pensi, solo per un momento, a quanto la Corte ha detto, alle volte per vero con molta incertezza o, diciamo pure, palese contraddizione, in merito ai limiti del referendum abrogativo[36].

Alcune soluzioni al riguardo patrocinate valgono, ovviamente, solo per quest'ultimo, conformemente alla sua peculiare, irripetibile conformazione complessiva; altre, però, presentano una generale valenza. Così, se è vero che si danno (e, come si sa, la questione è teoricamente controversa) norme a contenuto costituzionalmente vincolato o, più largamente, costituzionalmente obbligatorie[37], è ovvio che i limiti alla loro abrogazione[38] non possono considerarsi tipici della sola consultazione popolare.

Ancora maggiore interesse presenta, poi, ai miei occhi l'indicazione data dalla Corte (e, nuovamente, da ultimo riproposta in occasione della tornata referendaria del 2005) con riguardo alla inammissibilità di abrogazioni popolari aventi ad oggetto norme idonee ad assicurare una "tutela minima" ad interessi costituzionalmente protetti: dove si ha ancora una riprova del fatto che, se è materialmente impossibile obbligare *ab initio* il legislatore ad offrire la tutela stessa, una volta che la stessa si sia ormai avuta, ne discende un vincolo per la futura normazione dalla pur varia intensità e, nondimeno, di sicuro riscontro.

È ovvio che i margini di manovra di cui il legislatore dispone sono assai più larghi di quelli consentiti a strumenti intrinsecamente rigidi, quale il referendum (che pure - come si sa - hanno dato prova di sapersi alla bisogna rendere duttili, operando ritagli e manipolazioni varie della normativa presa di mira). Quel che importa è che si dà un "nucleo duro" (o "minimo") di disciplina inidoneo ad essere rimosso, in forza della "copertura" offerta dalla Carta e per effetto dell'assetto previamente fissato dallo stesso legislatore. In questo senso, può dirsi che *la discrezionalità limita... se stessa* e che - al pari di ciò che da una sensibile dottrina si è rilevato, con specifico ed esclusivo riguardo alle revisioni costituzionali[39] - nessuna innovazione positiva a finalità di *restaurazione* può avere legittimamente posto in un contesto segnato dall'impegno della Repubblica (da *tutta* la Repubblica, a livello di apparato come pure di comunità) per la promozione dei valori, la massima possibile alle condizioni storicamente date. E, d'altro canto, non è forse vero che le *restaurazioni* possono aversi anche a mezzo di modifiche tacite, quali operate a colpi di leggi o di altri atti ancora?

6. Fonti costituzionalmente tipizzate e discrezionalità (in specie, l'innaturale divaricazione tra modello ed esperienza sul terreno della normazione governativa di rango primario)

L'espansione ovvero la contrazione della discrezionalità - come si è venuti dicendo - ha alla sua base fattori multipli, che rimandano a *testi* e *contesti* assieme, fra i quali è anche quella tipizzazione degli atti, in struttura e funzione, alla quale si è sopra accennato.

Tuttavia, nessuna indebita generalizzazione di conclusioni raggiunte con riguardo ad una data fattispecie può aversi per fattispecie apparentemente analoghe, a pena di pervenire ad esiti ricostruttivi palesemente distorsivi. Così, la circostanza che alcune specie di fonti trovino tra sé e la Carta la mediazione necessaria di altre fonti, in applicazione dello schema usuale della "interposizione" di norme, non autorizza a ritenere che quanto vale per l'una forma di collegamento tra fonti possa pari pari valere per altre, sia pure al solo fine del vincolo discendente a carico della discrezionalità.

Si consideri, solo per un momento, ciò che si ha, rispettivamente, sul terreno delle esperienze regionali di normazione, per un verso, e, per un altro, delle deleghe legislative.

L'accostamento tra i "principi fondamentali" relativi a materie di potestà ripartita ed i "principi e criteri direttivi" vincolanti la normazione governativa delegata è stato - come si sa - più volte fatto, specie da quanti hanno assegnato anche ai primi una *vis* innovativa di tipo positivo, latamente "promozionale", al pari di quanto si considera proprio degli atti parlamentari di delega. Eppure basterebbe ripensare con la massima rapidità al senso complessivo della giurisprudenza maturata in ciascuno dei campi suddetti di esperienza per avvedersi della distanza che tra di essi si ha e, per ciò pure, della impossibilità di spingere oltre un superficiale esame, limitato alla crosta dei fenomeni indagati, l'analogia tra i fenomeni stessi.

In comune essi hanno la formidabile "elasticità" - com'è stata felicemente chiamata^[40] - degli atti condizionanti: "principi fondamentali" e "principi e criteri direttivi" sono stati, in buona sostanza, autorizzati a caricarsi delle più varie valenze, assecondando il moto di una politica refrattaria a farsi ingabbiare da indicazioni costituzionali pure in sé non particolarmente stringenti^[41]. Eppure, questo tratto in comune, che potrebbe a tutta prima far pensare ad un indirizzo convergente della giurisprudenza costituzionale, si rivela, ad una appena più approfondita analisi, servente interessi molto diversi, per un certo verso persino opposti. La estrema generosità dimostrata dal giudice delle leggi con l'assecondare esperienze politico-normative diffusamente (e per più aspetti) deprecate si è, nei fatti, rivelata strumentale, nell'un caso, all'affermazione di interessi unificanti, ritenuti bisognosi di essere messi al riparo da possibili discipline regionali oltre misura differenziate, nell'altro caso all'affermazione di una tendenza politico-istituzionale volta a far emergere in tutto il suo spessore il ruolo centrale del Governo quale motore della normazione anche di grado primario. In un caso e nell'altro, questo sì, può dirsi che il diritto costituzionale vivente si è sensibilmente discostato dal diritto vigente, con grave pregiudizio per l'equilibrio tra il diritto costituzionale ed una politica irresistibilmente portata a farsi valere al di là di ogni pur contenuto argine dal primo fissato.

Si presti attenzione all'apparente paradosso.

Da un canto, l'armamentario di tecniche decisorie di cui il giudice costituzionale dispone (e che lo stesso si è col tempo forgiato) si è via via sempre di più arricchito e raffinato; ciò che potrebbe far pensare ad interventi anche particolarmente penetranti (per una vecchia e tuttavia ricorrente opinione, *indebitamente* penetranti) della giurisprudenza nella sfera della politica (e, dunque, nella discrezionalità del legislatore). La qual cosa, rivista da una certa angolatura e con specifica attenzione agli effetti conseguenti all'adozione delle tecniche di giudizio, indiscutibilmente si è

avuta e si ha.

Da un altro canto, però, la linea di "bonifica costituzionale" tracciata dalla Corte, nelle sue più salienti e ramificate espressioni, non si è nei fatti tradotta - *quanto meno in via tendenziale* - in una sistematica mortificazione della politica a fronte di un diritto costituzionale esigente ed inflessibile. Semmai, è stato proprio l'inverso; e basti al riguardo nuovamente rammentare le esperienze delle deleghe[42], riconosciute praticamente buone a tutti gli usi[43]. Ma, poi, si pensi ancora alla giurisprudenza in tema di decreti-legge[44], dove per vero non ha fatto difetto la fissazione di alcuni paletti *dichiarati* come invalicabili dalla normazione governativa (penso, per tutti, al divieto di reiterazione) e, tuttavia, nei fatti facilmente superabili[45] e resi, oltre tutto, friabili da sensibili, perduranti oscillazioni della giurisprudenza, foriere di grave disorientamento per gli operatori (e penso, ora, particolarmente alla sanatoria dei vizi iniziali dei decreti da parte delle leggi di conversione, alle volte esclusa ed altre invece ammessa[46]).

La prova del nove che l'indirizzo complessivo della Consulta è di "copertura" nei riguardi delle più vigorose tendenze della politica si ha, forse, sul terreno dei presupposti fattuali della decretazione d'urgenza. Qui, davvero la Corte ha per un momento dato l'impressione di voler ristabilire l'autorità di un diritto costituzionale sistematicamente, pressoché consuetudinariamente, violato; ma, poi, il vero è che il vincolo che la Corte ha posto a se stessa (cioè alla propria... *discrezionalità*), col dichiararsi pronta ad annullare i decreti unicamente in caso di "evidente mancanza" dei presupposti stessi, ha mostrato quale sia l'*animus* recondito col quale la Consulta ha inteso accostarsi alla cruciale questione dell'equilibrio tra diritto costituzionale e diritto politico. Si è fatta opportunamente notare[47] la contraddizione insita nella condizione di "evidenza" richiesta dalla Corte, ove si ammetta - come anche a me pare si debba - che un atto è, o non è, costituzionalmente legittimo a seconda che presti, o no, osservanza ai precetti della Carta, sia essa più o meno "evidente" (non si dimentichi che a giustificazione della istituzione della Corte c'è proprio la consapevolezza che i contrasti tra norma costituzionale e norma ordinaria sono, il più delle volte, non... *evidenti*).

Il risultato è noto: l'annullamento di un decreto per violazione dei presupposti può aversi solo in casi estremamente remoti, quasi che il ricorrere di circostanze eccezionali sia appunto la... *regola*. Sono, di contro, da tempo convinto che il ragionamento avrebbe dovuto essere esattamente capovolto su se stesso. Presumendosi l'esistenza di situazioni *normali*, si dovrebbe conseguentemente presumere la invalidità dei decreti, salva naturalmente la prova del contrario. Viene, dunque, qui pure meno - per l'idea che sono venuto facendomi di quest'esperienza alla luce del modello costituzionale - la *presunzione di validità* ordinariamente valevole per gli atti di normazione, secondo quanto s'è già dietro veduto con riguardo ad altra fattispecie. E qui pure si rovescia, pertanto, l'onere della prova, non gravando esso su chi attacca l'atto del Governo che prende il posto della legge bensì su chi lo difende[48].

Forse, l'opinione ora riproposta potrà apparire, per più versi, eccessiva; ugualmente eccessiva sembra, tuttavia, essere la posizione della Corte sul punto, con l'innaturale, irragionevole, divaricazione da essa vistosamente creata tra situazioni che, per un fisiologico sviluppo dell'ordinamento, non dovrebbero presentarsi come *straordinarie* ed un'attività di normazione secondo modello essa pure straordinaria e, invece, nell'esperienza divenuta *ordinaria*, di pressoché quotidiano riscontro, frutto di una discrezionalità che avrebbe dovuto essere fortemente contenuta (ed ugualmente circoscritta quella delle assemblee parlamentari in sede di conversione) ed invece riconosciuta idonea, anche grazie all'avallo della giurisprudenza, a distendersi in forme fin troppo esuberanti.

7. *Il rapporto tra Costituzione e legge, dal punto di vista della Corte e in ragione delle tecniche decisorie di volta in volta utilizzate, comunque idonee, per un verso, ad incidere sulla*

discrezionalità e, per un altro, a farla salva

I cenni sopra fatti alla giurisprudenza in tema di normazione delegata e di normazione d'urgenza mostrano quanto rilevante sia il costante riferimento alla prima, al fine di una compiuta messa a punto della discrezionalità. Per vero, nulla vieta che se ne possa ragionare anche in astratto, fermando l'analisi al solo piano degli enunciati costituzionali e di quelli a questi strettamente legati, siccome posti allo scopo di darvi la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione. La consapevolezza, tuttavia, della distanza che, in ciascuno dei punti di cui si compone la trama costituzionale e di tutti assieme, separa il *diritto vigente* dal *diritto vivente* consiglia di far capo soprattutto a quest'ultimo, nell'intento di pervenire ad un quadro sufficientemente chiaro degli spazi rimessi alla discrezionalità, come pure però dei limiti ai quali questa soggiace in occasione del suo esercizio. Della mediazione assicurata dalla giurisprudenza tra Costituzione e legge, insomma, non può farsi a meno in sede ricostruttiva, a pena di dar vita ad immagini riduttive o deformanti della realtà costituzionale.

Nella giurisprudenza costituzionale può, dunque, vedersi il diritto costituzionale incarnato. Certo, alla formazione del diritto vivente, sia costituzionale che ordinario, non concorrono né la sola Corte né i soli giudici comuni e neppure l'una e gli altri assieme ma da soli, una volta che si ammetta - come devesi - il ruolo al riguardo giocato anche dagli operatori restanti e, più largamente, dall'intera cultura giuridica, in ciascuna delle sue forme espressive e per i modi con cui incessantemente si afferma e rinnova.

Nondimeno, dovendosi qui fare una scelta, idonea a dare un'idea sia pure approssimativa di come la legge si ponga davanti alla Costituzione (e questa a quella), si è pensato che il richiamo alla giurisprudenza costituzionale costituisca pur sempre un attendibile banco di prova al fine di verificare capacità e limiti della discrezionalità.

Il rapporto tra i due termini positivi suddetti può essere visto, com'è peraltro naturale che sia, da angoli prospettici diversi, *dalla parte della Corte* così come *dalla parte del legislatore*: nell'un caso e nell'altro, si tratta poi di stabilire quali limiti incontra la giurisprudenza costituzionale nel suo porsi davanti alla legge (il che, in buona sostanza, vale quanto dire quali spazi lo stesso diritto costituzionale riconosca come propri della politica) e quali la legge davanti al verdetto della Corte (e qui vengono in rilievo i limiti della politica davanti al diritto costituzionale vivente).

Non è ora possibile far luogo ad una approfondita e compiuta disamina anche solo delle più gravi questioni che al riguardo si pongono. Mi limito, come di consueto, solo a fermare l'attenzione su alcune di esse, privilegiando quelle che maggiormente si prestano ad una ricostruzione teorica almeno nelle sue linee portanti promettente di ulteriori, interessanti sviluppi.

Comincio col rimettere in discussione un punto ormai considerato saldamente fissato e che ha riguardo al modo di porsi della Corte davanti alla legge.

In realtà, dovrebbe dirsi che non v'è un modo di porsi della Corte davanti alla *legge* ma solo davanti alla *questione di costituzionalità* che assume la legge stessa ad oggetto^[49]. Le due espressioni sono, tuttavia, a ben vedere, fungibili, l'una risolvendosi a conti fatti nell'altra. Certo, la Corte decide pur sempre in base alla domanda e molte volte si trova - come si sa - costretta a doversi arrestare *in limine litis* esclusivamente per un difetto della stessa, con grave pregiudizio per la legalità costituzionale effettivamente offesa da un atto che avrebbe, pertanto, meritato, ove la questione fosse stata adeguatamente posta, di essere sanzionato dalla Corte.

Il rapporto tra Costituzione e legge (o discrezionalità legislativa) viene, dunque, ad essere ogni volta rimesso a punto per il modo con cui la questione è presentata alla Corte. E però - come si sa -

la Corte stessa ha non di rado rivendicato per sé il potere di riformulare la questione, di "sanarne" difetti considerati marginali (ad es., in ordine alla determinazione del *thema decidendum*, considerata talora sufficiente, pure in caso di mancata o di inesatta indicazione dei termini, talaltra invece incorreggibile), sicché anche per l'aspetto ora considerato non si ha una regola generalmente valevole.

Venendo alla sostanza della questione adesso posta, è da chiedersi se è vero che il limite della discrezionalità rilevi *unicamente* o, quanto meno, *principalmente* - come comunemente si pensa - con riguardo ai casi in cui la Corte sia sollecitata a far luogo a manipolazioni dei testi legislativi[50].

Solo tre osservazioni sul punto.

La prima è che dietro una manipolazione fatta ovvero non fatta (per rispetto della discrezionalità) sta molte volte una occulta o, diciamo meglio, abilmente mascherata (e, però, *proprio per ciò*, particolarmente incisiva) manipolazione del parametro[51]. La Corte, insomma, si spiana con gradualità il terreno sul quale far poggiare la costruzione che si accinge ad erigere partendo proprio dal parametro, vale a dire sostanzialmente riscrivendo, senza darlo ad intendere, il dettato costituzionale[52].

La seconda è che, trincerandosi dietro il paravento della discrezionalità e perciò trattenendosi dal far luogo ad una pronunzia formalmente manipolativa (e, segnatamente, additiva), la Corte non di rado dà vita ad una incisione ancora più consistente e profonda della discrezionalità stessa, pur battendo una via diversa da quella della riscrittura del testo, ad es. somministrando una sua particolarmente (o, diciamo pure, arditamente) innovativa interpretazione, presentata come costituzionalmente conforme e in realtà distorsiva della sostanza normativa racchiusa nel testo stesso.

Certo, gli effetti sono assai diversi a seconda che si percorra l'una ovvero l'altra via. Le manipolazioni testuali hanno un effetto *prescrittivo* ed *erga omnes*, quelle sostanziali commesse per via interpretativa solo uno *persuasivo*. Non è tuttavia chi non veda come la seconda tecnica di giudizio, apparentemente "sussidiaria" rispetto alla prima[53], possa nei fatti mostrarsi come ancora di più creativa, laddove l'indicazione "consigliata" dalla Corte, e per il solo fatto di provenire appunto da quest'ultima, riesca a farsi accettare dagli operatori commutandosi in breve in diritto vivente.

Per un certo verso, in qualche modo mediana tra un'additiva di regola ed una (re)interpretazione conforme è l'additiva di principio[54]: maggiormente rispettosa della discrezionalità del legislatore (e degli stessi pratici) rispetto alla prima, in minore misura incisiva della sostanza normativa al confronto della seconda, quanto meno con riguardo ai casi in cui l'interpretazione conforme, tradendo la propria natura e tipica funzione, prospetti letture fin troppo avanzate del dettato positivo[55]. Non è, ad ogni buon conto, inutile rammentare che lo stesso principio aggiunto al testo deve esso pure desumersi - come suol dirsi - "a rime obbligate" dal parametro costituzionale che ne giustifica l'introduzione. In altri termini, l'osservanza della discrezionalità richiede di essere comunque confermata; si dà - è vero - una soglia diversa alla quale si riscontri, nondimeno invalicabile (fino al punto in cui è inserito il principio essendo la discrezionalità, in tesi, fatta salva, da lì in avanti invece pregiudicata[56]). È poi chiaro che, avuto riguardo all'attività "conseguenziale" che il legislatore è chiamato a porre in essere in obbedienza al verdetto della Corte, la discrezionalità ha modo di farsi in diversa misura apprezzare a seconda dell'intensità dell'innovazione posseduta dal verdetto medesimo.

L'additiva di regola non chiude gli spazi a futuri interventi normativi aventi ad oggetto, oltre che la

disciplina a contorno, la *stessa* norma aggiunta dalla Corte che, per quanto desunta in modo meccanico (così, perlomeno, si dice...) dalla Costituzione, ugualmente può essere variamente riscritta nel quadro di una generale revisione della disciplina della materia. Mutando, infatti, il contesto complessivo (la "situazione normativa", come a me piace chiamarla), vengono meno gli ostacoli, discendenti dal giudicato costituzionale in una sua densa accezione, che si frappongono al rifacimento della stessa disciplina inscritta dalla Corte.

Non diversa è la conclusione per ciò che riguarda il rispetto del giudicato costituzionale laddove prenda corpo a mezzo di sentenze meramente ablativo.

Se si dia e come sia fatto un "giudicato" costituzionale, se condivida alcuni suoi tratti coi giudicati comuni ovvero se risponda ad un modello pur sommariamente ed in tutto originalmente delineato nella Carta, è questione - come si sa - accesamente e da tempo discussa, che per evidenti ragioni non può qui essere, neppure nei suoi termini essenziali, nuovamente trattata[57]. Quel che è certo, a stare all'ordine di idee secondo cui un "giudicato" ad ogni buon conto si ha, è che da esso discendono limiti, vari in ragione della conformazione del giudicato medesimo, a carico del legislatore, oltre che degli operatori restanti.

Riprendendo, solo per un momento, il filo del ragionamento sopra svolto e limitando l'attenzione al solo caso di "riproduzione" di norma caducata dalla Corte (ciò che per alcuni potrebbe aversi sempre, per altri solo *pro futuro*, per altri ancora mai), può dirsi che la stessa presentazione di una formula legislativa in tutto identica a quella oggetto del primo giudizio non sia ugualmente preclusa (solo che non sarebbe più vera "riproduzione"...) ogni qual volta dovesse riscontrarsi un mutamento di "situazione normativa", in via di principio idoneo a prendere corpo anche solo a mezzo di nuove reinterpretazioni di formule vecchie, sotto la spinta di fattori allo scopo determinanti (si pensi, ad es., al rilievo assunto dallo sviluppo scientifico-tecnologico o al mutamento del costume, ecc.)[58]. Ciò che conferma come l'apprezzamento della consistenza del giudicato e, soprattutto, della sua eventuale incisione non possa che aversi *secondo diritto vivente*, non già al momento della produzione degli enunciati, ancorché identici per formulazione a quelli precedentemente portati al giudizio della Corte.

Dal suo canto, l'additiva di principio sollecita un intervento del legislatore entro spazi in tesi assai ampî, fermo restando che, nuovamente, il verdetto della Corte richiede di essere messo al riparo da ogni forma di sua (palese ovvero occulta) incisione[59]. In fondo, come mi è venuto di dire in altra occasione[60], l'attività posta in essere dai giudici e dagli operatori in genere, chiamati per l'intanto a ricavare dal principio la regola da applicare al caso, costituisce, per la sua parte, una sorta di "prolungamento" di un'operazione di giustizia costituzionale di necessità lasciata imperfetta dalla Corte e, però, per l'appunto, comunque bisognosa di essere portata a compimento. La differenza, di tutta evidenza, tra la regola aggiunta dalla Corte (quando si ha...) e quella aggiunta dal giudice è che l'una è data a tutti, con l'effetto di vincolo che le è proprio, l'altra vale solo per le parti. Non v'è, tuttavia, nessuna differenza di *sostanza* o di *natura* (bensì solo di *efficacia*) tra le attività nei due casi dall'uno o dall'altro giudice poste in essere[61]. Ciò che ulteriormente, per la sua parte, avvalorava l'idea secondo cui anche il giudice comune partecipa o, diciamo pure, "lealmente collabora", nel solco delle indicazioni dategli dalla Corte, all'opera di giustizia costituzionale posta in essere presso la Consulta. E strumento di giustizia costituzionale ugualmente si rende il legislatore ogni qual volta variamente concorre al perfezionamento ed al consolidamento dell'operato della Corte, a mezzo della produzione di norme attuative del principio aggiunto al testo di legge.

La discrezionalità - come si vede - non costituisce soltanto un *limite* ma alle volte anche uno *strumento* della giustizia costituzionale, utilizzabile al fine di darvi compiutezza di espressione e

radicamento di effetti.

La terza ed ultima notazione ha una portata più generale, investendo nella sua essenza la relazione tra la giustizia costituzionale (e le tecniche di cui essa si avvale) e la discrezionalità legislativa.

La questione richiede un chiarimento preliminare.

A fronte dell'affollamento di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela e variamente idonei a combinarsi a vicenda ed a rilevare nelle esperienze di giustizia costituzionale, *ogni* verdetto della Corte - al di là di diverse attestazioni datene dallo stesso giudice - costituisce una sintesi espressiva dei valori (o, se si preferisce dire così, degli interessi) in campo. La Corte - è ormai provato - soppesa sempre la "situazione normativa", quale risultante in forza del vigore della norma denunciata, con la situazione normativa "conseguenziale" ad un eventuale intervento ablativo (e di questo o quel segno: meramente ablativo ovvero additivo o manipolativo in genere), ponendo dunque a raffronto una situazione *reale* con una *ideale* ed interrogandosi a riguardo di quella che meglio possa servire, alle condizioni storico-positive date, l'*intera* tavola dei valori costituzionali, riguardata dal peculiare angolo di osservazione della questione giudicata^[62]. Un "bilanciamento" - come usa chiamarlo - insomma si ha sempre, per quanto non di rado vero "bilanciamento" non sia, comportando uno *stress* alle volte insopportabile per uno dei valori in campo, talora il suo stesso integrale accantonamento (sia pure limitatamente al caso). Persino quando la Corte riscrive un testo, l'operazione, comunemente vista come innovativa o - come pure si è efficacemente detto^[63] - "normativa", può, a fronte dell'alternativa della mera ed integrale caducazione del testo stesso, suonare piuttosto come parzialmente "conservativa". Tutto, insomma, dipende dai punti di vista, dalle questioni, dai modi della loro risoluzione e, soprattutto, dagli effetti - sostanzialmente intesi - che possono aversene.

Così stando le cose, la discrezionalità viene comunque a trovarsi in gioco e, come subito si dirà, ad essere per una parte salvaguardata e per un'altra, però, toccata.

Quando la Corte dichiara di doversi prestare ossequio (e, dunque, di non potersi spingere fino alla riscrittura del testo), l'equilibrio (più o meno *ragionevole*...) tra i valori in campo, per come la Corte stessa lo vede ed intende preservarlo, porta ad un non intervento, perlomeno nella forma dell'incisione testuale, che tuttavia - come si è veduto - può in non poche circostanze suonare persino beffardo per il legislatore, laddove i suoi prodotti normativi si trovino comunque costretti a soggiacere a vistose manipolazioni della loro sostanza. Ma, anche quando la Corte fa luogo ad una pronuncia di mero annullamento ovvero ad una di rigetto secco, ugualmente si assiste ad un "bilanciamento" di ordine assiologico, in nome del quale è appunto giustificato l'esito del giudizio, che può, a seconda delle circostanze, essere visto come testimonianza ora di attivismo ed ora invece di conservazione, senza alcun automatismo - giova ripetere - in ragione del tipo di pronuncia e degli effetti, parimenti tipici, ad essa in prospettiva formale-astratta riconosciuti.

La conclusione è piana, per l'aspetto teorico, mentre si fa terribilmente seria per quello pratico, dell'effettivo mantenimento dell'equilibrio costituzionale. Ed è che *la discrezionalità del legislatore, ad un tempo, sottostà, in parte e per un verso, al giudizio (o, se si vuole, alla discrezionalità) della Corte e, per un'altra parte ed un altro verso, deve comunque esser fatta salva*, quale che sia la decisione di volta in volta adottata, il tipo cui appartiene, gli effetti prodotti, i suoi contenuti contingenti.

Il *punctum crucis* dell'intera questione ora discussa si situa però là dove si tratta di verificare se v'è un giusto rapporto, un "*bilanciamento*" tra la *discrezionalità sacrificata e la discrezionalità preservata, tra diritto costituzionale e diritto politico*. Laddove, di contro, dovesse assistersi ad uno squilibrio complessivo di ordine assiologico, per indebita conservazione dell'esistente ovvero per

ugualmente indebita sua cancellazione, è da chiedersi se e come vi si possa porre rimedio.

8. (Segue) *Costituzione e legge*, dal punto di vista del legislatore: *i "seguiti" alle pronunzie della Corte (specie per mano del Governo o in ambito regionale) e l'innaturale espansione della discrezionalità che può aversi per effetto della trasformazione strutturale subita dalla Costituzione con la riforma del titolo V, col conseguente squilibrio da questa determinato tra diritto costituzionale e diritto politico*

Viene qui in rilievo la seconda faccia della medaglia, relativa al modo con cui il legislatore si pone davanti alla decisione della Corte, la valuta, vi dà "seguito". Termine, quest'ultimo, che è qui inteso nella sua più larga, neutra accezione^[64], sì da comprendere ogni forma di "reazione", positiva ovvero negativa, ai verdetti della Corte, inclusa dunque anche l'evenienza della inerzia, che non necessariamente va vista come una sorta di trascuratezza o, diciamo pure, di "dimenticanza" verso l'esito del giudizio (ciò che pure, indubbiamente, si è avuto e si ha), potendo piuttosto talora considerarsi come il frutto di un apprezzamento (*discrezionale*, appunto) che sconsiglia qualsiasi forma d'intervento, ora perché l'operazione di giustizia costituzionale è vista come in sé compiuta e non bisognosa di seguito attuo (ad es., con riguardo a pronunzie di rigetto ovvero a pronunzie ablative e ricostruttive assieme del tessuto normativo) ed ora perché il seguito stesso è ad ogni modo giudicato inopportuno, comunque non doveroso.

Si diceva dell'ampia accezione del "seguito", nella quale dunque rientra altresì l'evenienza della contrapposizione ad un giudicato considerato appunto invasivo della sfera riservata alla discrezionalità del legislatore. La riproduzione di norma già caducata dalla Corte costituisce, forse, la più indicativa testimonianza dell'*animus* di insofferenza, talvolta dimostrato in forme vistose ed esasperate, con cui il legislatore si pone davanti a verdetti della Corte giudicati "ingiusti".

La riproduzione invero dà modo di riguardare al rapporto tra giustizia costituzionale e discrezionalità da entrambi gli angoli prospettici presi in considerazione: *dalla parte della Corte*, è - per la tesi che sento qui di dover nuovamente caldeggiare - lesione del giudicato costituzionale, vale a dire reiterazione di un'originaria violazione della Carta cui viene a sommarsi l'*ulteriore* violazione della norma che vuole nondimeno osservata la pronunzia della Corte (art. 137, u.c., cost.); *dalla parte degli organi preposti alla produzione giuridica*, è piuttosto il ripristino di una discrezionalità legislativa già ingiustamente sanzionata^[65].

Apparentemente, la Corte parrebbe doversi considerare, secondo modello, infallibile (ancora art. ult. cit.); in realtà, nel "bilanciamento" tra una rigidità costituzionale bisognosa di essere in ogni modo, pienamente, salvaguardata (anche davanti a possibili errori della Corte...) ed una certezza del diritto costituzionale comunque indisponibile (ed essa pure, però, per la sua parte, costitutiva della rigidità), la Costituzione opta per quest'ultima. E, tuttavia, la parola della Corte non sempre né necessariamente costituisce espressione e luogo di "chiusura" dell'ordinamento. Le dinamiche che attraversano quest'ultimo e ne segnano i più salienti sviluppi dispongono, infatti, di risorse molteplici per rinnovarsi senza sosta e, in modo ugualmente incessante, rimettere a punto l'equilibrio complessivo del sistema, tra diritto costituzionale e diritto politico, giustizia e discrezionalità. E così agli errori della Corte può sempre porsi riparo (*può* - si badi - nel senso della possibilità, non pure della liceità, dell'accadimento): ove si abbia pronunzia di rigetto, attraverso la ripresentazione della medesima questione; in caso di accoglimento, a mezzo della riproduzione della norma ingiustamente caducata.

Diverso l'angolo visuale, diversa ovviamente la qualificazione, quale appunto si ha in merito al fatto riproduttivo che, per la tesi nella quale da tempo mi riconosco, è da considerare *ex parte iudicis* vietato, mentre *ex parte legislatoris* può esser visto come lecito, persino *doveroso* (come, ad es., in riferimento a disposizione dal contenuto costituzionalmente vincolato ingiustamente dalla

Corte depennata).

Alla fin fine, come sempre, la validità si fa riconoscere ed apprezzare unicamente per il modo con cui riesce (sempre che riesca...) a convertirsi in effettività. La stessa Corte davanti ad un fatto riproduttivo potrebbe ignorarlo, riconoscendo *factis* l'errore precedentemente commesso, ovvero "manipolarlo", argomentando dunque nel senso che non già di vera "riproduzione" si tratta bensì di diversa "situazione normativa" rispetto a quella esistente al tempo del primo giudizio[66]. È, insomma, come sempre, il diritto vivente, per il modo con cui viene a formarsi ed a rinnovarsi con l'apporto di *tutti* gli operatori, a dare, a conti fatti, la qualificazione relativamente a ciò che è, o non è, valido[67].

In disparte, tuttavia, i casi particolari ora discussi, nondimeno in non secondaria misura rilevanti e, perciò, bisognosi di costante attenzione, giova ora rapidamente vedere come possa presentarsi il "seguito" per i casi restanti, laddove cioè il legislatore sia chiamato a "collaborare lealmente" con la Corte al fine della piena implementazione delle operazioni di giustizia da questa poste in essere[68].

Solo alcune essenziali notazioni al riguardo. La prima è che, varî essendo - come s'è veduto - i modi di porsi della legge davanti alla Costituzione, parimenti varî sono dunque, secondo modello, i "seguiti", alcuni doverosi (in forma sia commissiva che omissiva) ed altri invece facoltativi. Quel che complessivamente può dirsi dall'osservazione delle più marcate tendenze affermatesi in ambito politico-istituzionale è che, malgrado non infrequenti atteggiamenti di insofferenza tenuti nei riguardi di alcuni verdetti (e, com'è chiaro, aventi natura strumentale all'affermazione di contingenti interessi), un certo rispetto verso la Corte sembra effettivamente darsi. Forse è, però, giusto dire che esso si ha solo... *a metà*, più in negativo che in positivo, nel senso che, quando pure non si assista ad una contrapposizione frontale alla pronunzia (a mezzo di quelle pratiche riproduttive, di cui si è sopra detto), ugualmente la stessa non riceve il "seguito" che molte volte richiederebbe. Sono, tuttavia, da mettere in conto le difficoltà che, anche a prescindere da ogni collegamento coi giudizi della Corte, in generale sussistono alla messa in moto ed al compimento dei processi di produzione giuridica. Non sempre, dunque, a base di eventuali inerzie sta il deliberato proposito di non "cooperare" con la Corte; stanno, piuttosto, divisioni interne alla maggioranza e quant'altro, come si sa, si frappone all'esercizio della funzione legislativa. Non a caso, dunque, la sede in cui minori sono le insidie politiche e maggiormente celere è il processo decisionale, il Governo, si è dimostrata - com'è stato fatto opportunamente notare[69] - quella più sensibile alle istanze di "seguito" provenienti dalla Corte.

È di tutta evidenza che non si dà, non può darsi, una diversa discrezionalità, rispettivamente espressa dagli atti del Governo e dalla legge, in relazione al giudicato costituzionale, per quanto essi non siano, come si sa, in tutto fungibili. La prontezza con cui il Governo ha in non pochi casi risposto alla domanda di "seguito" proveniente dalla Corte non è, dunque, da riportare a forme tipiche o graduate di discrezionalità ma solo alla maggiore idoneità di alcuni strumenti, come il decreto-legge, a far fronte ad esigenze di normazione non di rado pressanti. Che, tuttavia, anche per l'aspetto ora considerato ed alla luce dell'esperienza succintamente riferita, traspaia un complessivo squilibrio istituzionale, di cui peraltro si dispone di numerose altre testimonianze, non è da mettere in dubbio. Quando due organi, come qui la Corte ed il Governo, "collaborano" tra di loro, finiscono col rafforzarsi a vicenda, rimarcandosi pertanto la distanza, l'emarginazione, in cui altri attori politico-istituzionali (ed il riferimento è, ovviamente, immediato alle Camere) versano nella complessiva trama che di continuo si compone e rinnova in seno all'apparato.

Non priva di un qualche interesse è, alla luce delle notazioni appena svolte, la circostanza per cui in ambito regionale, dove non si dà quella pluralità e duttilità di strumenti di normazione di cui si ha invece riscontro al livello statale, la questione ora accennata è ben lungi dal trovare un'appagante

soluzione. Non è, per vero, ancora in modo drammatico avvertita, per il fatto che Stato e Regioni - come si è sopra rammentato - continuano a legiferare in modi e con ritmi sostanzialmente non dissimili da quelli di un tempo. È tuttavia chiaro che, qualora l'indicazione di tendenza proveniente dal nuovo quadro costituzionale dovesse, almeno in parte, trovare conforto nell'esperienza, moltiplicandosi dunque gli atti (e i processi) di normazione locale e, con essi, le occasioni di giudizio, evidentemente la mancanza di strumenti di forza equipollente a quella della legge ed ancora più agili di questa potrebbe farsi sensibilmente avvertire.

Chiudo con una notazione che si fa riportare, oltre che a quanto appena detto, a considerazioni precedentemente svolte. Ed è che la riforma del titolo V, se per un verso ha messo a nudo i limiti posseduti dalla strumentazione in atto esistente al fine di offrire adeguato "seguito" ai giudizi di costituzionalità, per un altro verso ha però concorso in considerevole misura a far espandere la discrezionalità del legislatore.

Il punto si presta ad essere messo a fuoco come si conviene solo se lo si riguarda, oltre che nelle sue proiezioni di ordine politico-istituzionale, da una prospettiva di teoria della Costituzione, per gli effetti di sistema che possono aversi in conseguenza della riforma costituzionale, per il modo con cui s'è avuta, per i tratti che complessivamente la connotano, per come potrebbe essere ulteriormente innovata (e qui il più immediato riferimento è alla "maxiriforma" licenziata sul finire della passata legislatura e bocciata dal voto popolare del giugno scorso[70], nonché ai modi con cui potrebbe rimettersi in moto il processo riformatore).

Come mi è stata data, ancora di recente, l'opportunità di fare ad altro riguardo notare[71], a me pare che - al di là di ogni valutazione sul merito di talune soluzioni presenti sia nella legge di revisione del 2001 che nella legge che avrebbe voluto riscriverla e puntando dunque direttamente al cuore della questione - debba prendersi ormai atto che si è avuta una profonda *trasformazione strutturale della Costituzione*, per il tramite di tali leggi insensatamente operata.

Mi riferisco, nuovamente (e sia pure, ora, da un peculiare angolo visuale), allo squilibrio venutosi a creare nel rapporto tra il diritto costituzionale ed il diritto politico e nello speculare squilibrio, già riscontrabile in questi primi anni di esperienza processuale, tra giustizia costituzionale e discrezionalità.

Riemerge qui, ancora più vistoso, il paradosso al quale si è dietro fatto cenno.

Da un lato, infatti, la Costituzione rinnovata nel 2001 rende estremamente opaco il modello e, in misura particolarmente accentuata, fluide le relazioni tra gli enti e gli atti dagli stessi prodotti.

L'esempio, sopra fatto, delle competenze "trasversali" dello Stato è al riguardo particolarmente istruttivo: la Carta, ad un tempo, delimita materie e competenze e subito appresso le mescola e confonde, *dice e non dice*, senza che si dia alcun rapporto di *regola* ed *eccezione* tra questa o quella delle sue previsioni, tutte infatti ad ugual titolo componenti l'unitaria, internamente articolata, regola[72]. Per questo verso, la discrezionalità della politica è dunque sollecitata ad affermarsi in modo fin troppo esuberante.

Da un altro lato, però, con la discrezionalità della politica cresce pure la discrezionalità del giudice delle leggi; e, per questo verso, il diritto costituzionale parrebbe riprendersi il campo suo proprio, facendosi alla bisogna valere su un diritto politico deviante dal modello.

Vi è, tuttavia, una nota in comune tra i lineamenti del modello, per come sono qui visti e rappresentati, e le esperienze sulla loro base portate ad affermarsi, che è data appunto dalla tendenza alla "*decostituzionalizzazione*" della Costituzione, come ho ritenuto in più sedi di

chiamarla, per effetto della crescente mobilità e fluidità di relazioni dalla stessa legge fondamentale novellata considerate idonee ad impiantarsi tra gli operatori politico-istituzionali, senza che si diano argini adeguati a presidio della certezza del diritto costituzionale. Quest'ultimo, nei Paesi come il nostro a tradizioni ispirate alla scrittura, non si esaurisce né nei soli documenti così chiamati, a partire ovviamente dalla Carta, né nella sola esperienza sulla loro base formata; piuttosto, è diritto ed esperienza assieme, con un equilibrio tra scrittura e pratiche dalla stessa (e verso di essa) orientate bisognoso di costante, effettivo riscontro.

Di contro, da alcuni anni a questa parte, ed *anche* (ma, per la verità, *non solo*) per effetto della riforma del 2001, il "bilanciamento" sembra ormai venuto meno^[73]: già per il modo con cui sono scritti gli enunciati - diciamo le cose come stanno -, che non brillano certo per semplicità espressiva e precisione concettuale, la Costituzione sembra voler arretrare dal campo suo proprio, affidandone la coltivazione per intero, e secondo occasionali convenienze, alla politica in prima battuta e, in seconda, laddove adita, alla Corte (e, dunque, alla *discrezionalità* dell'una e dell'altra).

C'è sempre un punto di rottura in equilibri per natura precari; e non saprei ora dire se esso sia già stato superato o no. Mi inquieta tuttavia non poco l'itinerario già fatto e ciò che gli sta davanti.

* Relazione al Seminario su *Dalla legislazione come attività prescrittiva alla legislazione come attività direttiva*, Modena 10 novembre 2006.

[1] Per questa (come pure per l'altra) forma, di cui subito appresso, v. il quadro di sintesi che è in A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 71 ss., cui ora si richiama anche A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli 2006, 625 ss.

[2] Sopra tutti, v. F. Modugno, *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, e II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano 1970 (in quest'ultimo, spec., a 343 ss., esame della discrezionalità della legislazione e del c.d. eccesso di potere legislativo come vizio di ordine funzionale). Dello stesso, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII (1973), 1000 ss., spec. 1031 ss., nonché, da ultimo, *La posizione e il ruolo della legge statale nell'ordinamento italiano*, in <http://www.issirfa.cnr.it/>, e *La funzione legislativa, oggi*, Relaz. al Conv. di Camerino dall'omonimo titolo, 25-26 maggio 2006, in *paper*.

[3] Sulla esistenza di ambiti vuoti di regole costituzionali e specificamente rimessi all'autonormazione della società e della politica v., part., V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova 1995.

[4] L'"equivoco" della Costituzione totale è ora rilevato, sia pure da una prospettiva diversa da quella qui adottata, anche da R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in *paper*.

[5] Di una intrinseca "doppiezza" concettuale della discrezionalità ha, non molto tempo addietro, discorso S. Staiano, *Introduzione a La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero e S. Staiano, Napoli 1999, XIII.

[6] D'altro canto, anche valori da taluno considerati a pretesa "universale" (o, più moderatamente, "transepocale"), quali la libertà o l'eguaglianza, pur esibendo tratti indubbiamente comuni nel passaggio da un ordinamento all'altro, si connotano pur sempre in modo peculiare, col fatto stesso della loro storicizzazione e positivizzazione, richiedendo pertanto le formule che li esprimono di essere caricate di significati parimenti peculiari, in relazione al testo che le racchiude ed al contesto

in cui si calano ed inverano [per un tentativo recente volto a cogliere il c.d. "nucleo duro" degli ordinamenti costituzionali, v., utilmente, AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino 2006. In argomento, si è a più riprese intrattenuto A. Spadaro, del quale v. ora, anche per risalenti indicazioni, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Diz. dir. pubbl.*, II (2006), 1630 ss.].

[7] Non tutte le norme di principio sono, infatti, anche norme di scopo, così come queste non si riducono a quelle. La dimostrazione di quest'assunto richiederebbe, nondimeno, uno spazio qui non disponibile.

[8] Non è di qui riprendere la vessata questione concernente la (supposta) specificità dell'interpretazione costituzionale (e, ulteriormente precisando, dell'interpretazione dei principi rispetto a quella delle regole restanti), in merito alla quale indicazioni possono, volendo, aversi dai miei *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2002, 261 ss., e *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, Relazione al Convegno su *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, organizzato dalla Società italiana degli studiosi del diritto civile, Capri 18-20 aprile 2006, in corso di stampa, nonché in <http://www.costituzionalismo.it/>, 2/2006. In questo sito possono pure vedersi i divergenti punti di vista di F. Modugno e A. Pace, a riguardo di *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, rispettivamente, 3/2005 e 2/2006.

[9] Un approfondito studio critico a riguardo dell'interpretazione conforme, specie per l'uso fattone dalla giurisprudenza costituzionale, è ora in G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, della quale v., inoltre, *Corte costituzionale, giudici e interpretazione ovvero ... l'insostenibile leggerezza della legge*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, Napoli 2006, 465 ss. V. pure, utilmente, ancorché con diversa impostazione rispetto a quella qui data, P. Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*; M. Palombi, *La Corte costituzionale tra interpretazione correttiva e interpretazione adeguatrice*; G. Carapezza Figlia, *Il giudice e la Costituzione tra "non manifesta infondatezza" e interpretazione adeguatrice* e M. Angelone, *Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice*, tutti in AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli 2006, rispettivamente, 1 ss., 73 ss., 479 ss. e 563 ss.; M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, cura di A. Pace, Milano 2006, 903 ss. Infine, i contributi di AA.VV. al Convegno dell'A.I.C. di Roma del 27 e 28 ottobre 2006, su *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa* (e, part., *ivi*, D. Schefold, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, e R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, entrambi in *papers*).

[10] Notazioni anticipatrici sul punto possono vedersi nel mio *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, cit.

[11] ... nella quale, per la tesi di cui da tempo mi faccio (con altri) portatore, si risolverebbe l'oggetto del giudizio di costituzionalità (ancora di recente, v. la sintesi che è in A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2004, 87 ss.).

[12] In argomento, acuti rilievi sono ora in L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005. Altri modi di intendere la ragionevolezza, fatta specie negli ultimi anni

oggetto di intenso confronto teorico, possono vedersi in R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; R. Tosi, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 545 ss.; A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV (1994); AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano 1994; A. Moscarini, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino 1996; L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I (1997), 899 ss.; G. Silvestri, *Uso e abuso del criterio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Referendum e legalità. "Tornare alla Costituzione"*, Torino 2000, 151 ss.; J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig./Disc. pubbl.*, XII (1997), 341 ss.; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, del quale v., pure, ora, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Diz. dir. pubbl.*, V (2006), 4805 ss.; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001; AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino 2002; AA.VV., *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto*, a cura di S. Pajno e G. Verde, Torino 2004. Un'ampia riflessione di ordine generale si è ora avuta in occasione del Convegno su *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, svoltosi presso l'Università "La Sapienza" di Roma dal 2 al 4 ottobre 2006.

[13] A. Pajno, *Per una teoria unica della discrezionalità*, in AA.VV., *Alla ricerca del diritto ragionevole*, cit., 169 ss.

[14] *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.

[15] L'esperienza delle revisioni fatte e, più ancora, di quelle progettate, specie nella stagione politico-istituzionale a noi più vicina (riferimenti, ora, in T. Groppi, *sub art. 138*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Torino 2006) non avvalorano tuttavia quest'indicazione teorica.

[16] Non è di qui riprendere la vessata questione circa l'ampiezza delle revisioni consentite, anche per gli effetti che potrebbero aversene al momento della prova referendaria. Come si sa, una tesi largamente condivisa (e preoccupata di salvaguardare una libera e consapevole formazione della volontà di ciascun elettore) restringe il mutamento ai soli casi in cui lo stesso presenti oggetto puntualmente individuato e connotato da interna omogeneità. Tesi che, nondimeno, non si oppone (né si vede come potrebbe) alla eventualità che vedano simultaneamente o in un ristretto torno di tempo la luce più atti di revisione, ciascuno dei quali, ricorrendone le condizioni costituzionalmente previste, potrebbe trovarsi soggetto a consultazione popolare, con esiti pertanto imprevedibili, specie per ciò che attiene alla coerenza del disegno riformatore e dei suoi effetti. In evenienze siffatte, forse, la soluzione maggiormente appagante potrebbe essere quella [ancora di recente, ragionata nel mio *Il cappio alla gola degli statuti regionali (a margine di Corte cost. n. 12 del 2006 e di altre pronunzie recenti in tema di autonomia statutaria)*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>] di far seguire ad un atto di revisione "organica" della Carta ovvero di intere sue parti, qual è stato quello che ha riscritto il titolo V, uno o più referendum "parziali", idonei per vero a dare ugualmente vita a risultati internamente sfilacciati o, diciamo pure, contraddittori e però, almeno in talune circostanze, suscettibili di mostrarsi ancora meglio atti a conciliare il bisogno di innovazioni costituzionali a largo raggio ed internamente coerenti col bisogno, non meno avvertito, di mettere, fin dove possibile, al riparo la volontà degli elettori dal rischio di derive plebiscitarie. Solo che un'ipotesi siffatta, al fine di essere adeguatamente concretata, richiederebbe l'introduzione di un giudizio previo di ammissibilità della domanda anche per ciò che riguarda il referendum costituzionale, di cui ad oggi - come si sa - non si ha traccia (il punto è stato, ora, nuovamente discusso da I. Nicotra, *Le zone d'ombra nel giudizio di*

ammissibilità del referendum abrogativo, e M. Piazza, *Le ragioni della mancata previsione del giudizio di ammissibilità nel referendum costituzionale*, in occasione del Seminario del Gruppo di Pisa su *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Modena, 13 ottobre 2006, i cui contributi possono vedersi in www.economia.unimore.it/gruppodipisa).

[17] ... a riguardo della quale, per tutti, M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, 497 ss.

[18] La rigidità, quale proprietà degli enunciati, ovviamente non esclude le (più o meno larghe e vistose) carenze, idonee ad essere colmate da regole o regolarità dalla varia natura e complessiva connotazione (si pensi solo alla disciplina della formazione del Governo, alle vicende in genere della relazione fiduciaria, alle modalità di gestione delle crisi politiche).

[19] Si è poi discusso (v., ancora da ultimo, P. Costanzo-L. Mezzetti-A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino 2006, 278 ss. e 288 ss.) se la forza passiva di cui le fonti attuative di norme sovranazionali sono dotate sia tale da consentire loro di opporsi alle stesse leggi costituzionali. Il punto, nondimeno, ai fini dell'economia di questo studio, può non essere toccato.

[20] Cfr. i miei *Costituzione europea, "deformalizzazione" delle dinamiche della normazione e bilanciamenti di ordine assiologico, nella prospettiva della costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. n. 16, Seminario 2005, Torino 2006, 89 ss. e, per un quadro di sintesi del nuovo ordine europeo delle fonti e dei suoi possibili, futuri rapporti con gli ordinamenti nazionali, *"Trattato costituzionale" e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, al bivio tra separazione ed integrazione*, in AA.VV., *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, a cura di S. Gambino, Milano 2006, 207 ss., nonché in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2005, 642 ss.

[21] Due soli esempi, con riserva di ulteriori ragguagli più avanti, l'uno riguardante il campo di esperienza ora osservato, l'altro un campo diverso. Per il primo, si pensi solo al rilievo sempre più diffusamente dato nel corso delle vicende processuali alla Carta di Nizza, malgrado il suo mancato inserimento nei trattati e persino prima ancora della sua proclamazione (e il riferimento è, di tutta evidenza, alla pionieristica pronunzia del tribunale costituzionale spagnolo). Per il secondo, si rammenti la pur discussa (e discutibile) presa di posizione assunta dalla Corte a riguardo della (*non*) efficacia delle c.d. norme programmatiche degli statuti regionali, ancorché appunto inserite in un atto-fonte (anzi, proprio nell'atto emblematicamente espressivo dell'autonomia regionale).

Due esperienze molto diverse l'una dall'altra e, nondimeno, convergenti nel testimoniare come la forza di un atto normativo (o di sue parti) non sempre (o non più) debba riportarsi alla forma dell'atto stesso bensì al suo contenuto o, come che sia, a fattori diversi. Forse, può dirsi - come s'è detto a riguardo della seconda delle vicende ora richiamate - che lo stesso attributo della normatività non sia più (o, meglio, non sia sempre) da imputare alla fonte *ut sic* bensì ad altre espressioni dell'esperienza giuridica.

[22] Riassuntivamente, da ultimo e per tutti, E. Catelani, *I trattati internazionali*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 335 ss., spec. 342 ss. e D. Piccione, *I trattati internazionali come parametro e come criterio di interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, cit., 818 ss., spec. 830

ss.

[23] Sul punto, v. l'efficace sintesi di G.G. Florida, *Fonti regionali e sistema delle fonti*, in AA.VV., *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, a cura di G.F. Ferrari e G. Parodi, Padova 2003, 36 ss., spec. 40 s., favorevole all'applicazione del canone *tempus regit actum*, quale usualmente si ha con riguardo alla validità di atti venuti alla luce in modo conforme a norme sulla produzione giuridica non più vigenti. Non si trascuri, tuttavia, che la giurisprudenza costituzionale, proprio in merito alle vicende della normazione segnate dalla riforma del titolo V, non si è sempre mantenuta fedele a questa rigorosa impostazione, come ad es. circa la sorte dei controlli governativi sulle leggi regionali, avviati ma non conclusi in applicazione del vecchio art. 127 (laddove, cioè, si sia avuto il solo rinvio) ovvero pure dei ricorsi presentati anteriormente ma decisi successivamente alla riforma, ai quali - come si sa - si è ritenuto di dover da subito applicare le procedure fissate nel nuovo quadro costituzionale. Stranamente, invece, come pure è assai noto, il canone suddetto è stato recuperato con riferimento ai ricorsi regionali, decisi (laddove presentati prima della riforma) in applicazione dei parametri previgenti. Ciò che ha obiettivamente giocato a danno dell'autonomia regionale, nell'un caso in conseguenza del (possibile) raddoppio del controllo esercitato dal Governo e, nell'altro, per effetto dell'utilizzo di parametri tendenzialmente meno vantaggiosi per l'autonomia stessa.

[24] L'accostamento tra funzioni nondimeno tipiche può portare ulteriore acqua al mulino favorevole al riscontro della discrezionalità anche sul terreno delle esperienze legislative e di normazione in genere.

[25] Ho iniziato a discorrerne in *La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie, e le nuove frontiere della normazione*, in *Le Regioni*, 4/2002, 699 ss. Hanno di recente fatto richiamo a quest'indicazione, tra gli altri, F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)*, in *Le Regioni*, 1-2/2005, 49 ss., spec. 56 ss. e A. Romano Tassone, *La potestà regolamentare dello Stato e delle Regioni*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte generale*, a cura di G. Corso e V. Lopilato, Milano 2006, 49.

[26] Ne hanno, tra gli altri, fatto oggetto di attenzione G. Falcon, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1252; S. Mangiameli, *Il riparto delle competenze normative nella riforma regionale*, in Id., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino 2002, 107 ss.; S. Mabellini, *La legislazione regionale tra obblighi esterni e vincoli nazionali*, Milano 2004, 113 ss.; G. Scaccia, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 461 ss., del quale v., inoltre, *Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, cit., 24 ss.; pure *ivi*, F.S. Marini, *I criteri di interpretazione delle materie*, 90 ss.; M. Picchi, *L'autonomia amministrativa delle Regioni*, Milano 2005, 438 ss.; A. Concaro-I. Pellizzone, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 3/2005, 434 ss.; G. Arconzo, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in AA.VV., *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di N. Zanon e A. Concaro, Milano 2005, 181 ss.; F. Modugno, *La posizione e il ruolo della legge statale nell'ordinamento italiano*, cit., spec. par. 3; B. Caravita, *Lineamenti di diritto costituzionale e regionale*, Torino 2006, 147 ss.; G. Serges, *Legge regionale*, in *Diz. dir. pubbl.*, IV (2006), 3441 ss. e, dello stesso, ora, *Il ruolo della legge regionale, oggi*, in AA.VV., *La funzione legislativa, oggi*, cit., in *paper*; N. Zanon, *Legge statale*, in *Diz. dir. pubbl.*, IV (2006), 3453 ss. Infine, con specifico riguardo alla giurisprudenza, utili indicazioni possono aversi dai contributi di F. Marcelli-V. Giammusso, *Tra Stato e Regioni: guida all'orientamento. Sintesi di 350 pronunce della Corte*

costituzionale (2002-2005), Roma 2005, nonché da quelli di G. Cerracchio, *Il contenzioso costituzionale*, e L. Ronchetti, *la giurisprudenza costituzionale*, entrambi in *Terzo rapporto annuale sullo stato del regionalismo italiano*, a cura dell'ISSiRFA, Milano 2005, rispettivamente 207 ss. e 380 ss.

È esatto osservare [con F.S. Marini, *op. ult. cit.*, 92 ed E. Gianfrancesco, *Materie (riparto tra Stato e Regioni)*, in *Diz. dir. pubbl.*, IV (2006), 3600] che materie "trasversali" sono anche di potestà concorrente (come ricorda l'A. per ultimo cit., ad es., la tutela della salute) e che, pertanto, le stesse Regioni possono incidere sugli ambiti astrattamente ricadenti nell'"area" materiale dello Stato. D'altro canto, l'interferenza tra le materie e le relative discipline è un dato insistentemente rilevato in giurisprudenza, e però perlopiù tradottosi in strumento di erosione della sfera di competenza delle Regioni, specie di quella di tipo "residuale", che ha nei fatti assunto - è stato felicemente detto (G. Tarli Barbieri, *I rapporti tra la legislazione statale e la legislazione regionale*, in AA.VV., *La riforma del titolo V e la giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. Bettinelli-F. Rigano, Torino 2004, 256) - carattere "interstiziale" [maggiori ragguagli sul punto nel mio *Giudizi sulle leggi in via principale e giurisprudenza costituzionale, a seguito della riforma del titolo V ("modello" ed esperienza a confronto)*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>, spec. par. 6; una diversa valutazione di questa vicenda, tuttora in corso, in U. De Siervo, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 6/2004, 1245 ss., del quale v., inoltre, ora, *Le leggi regionali*, in *Le fonti del diritto, oggi*, Giornate di studio in onore di A. Pizzorusso, Pisa 3-4 marzo 2005, Pisa 2006, 287 ss.; più sfumata, poi, la posizione da ultimo assunta da G. Serges, *Il ruolo della legge regionale, oggi*, cit., par. 3, che ammette la riduzione degli spazi di potestà "residuale" ed il suo "modellarsi sullo schema della potestà concorrente", senza che tuttavia ciò equivalga ad una "radicale privazione della potestà regionale"]. Si tratta, tuttavia, di stabilire qual è l'ordine giusto col quale viene dinamicamente a comporsi ed a rinnovarsi senza sosta il sistema, vale a dire dove è più diffuso e, allo stesso tempo, intenso il condizionamento. Così, nell'esempio sopra fatto, la tutela della salute è, per un verso, "materia" più estesa dei "livelli essenziali delle prestazioni" riguardanti i diritti civili e sociali, siccome comprensiva delle prestazioni stesse ma non appunto ad esse esclusivamente riferita, e, però, per un altro verso, più ristretta di questa, le prestazioni ovviamente riferendosi altresì ad ambiti materiali diversi dalla salute. Nondimeno, configurandosi, per il primo aspetto, la disciplina statale quale *species* in seno al *genus* descritto al III c. dell'art. 117, se ne ha che essa appare idonea a condizionare la stessa formazione ed il complessivo orientamento della normazione regionale. Più in genere, è questione ancora teoricamente incerta quella concernente l'"ordine" logico ed assiologico col quale procedere alla ricognizione dei sensi degli enunciati costituzionali relativi alle materie, dando la precedenza, di volta in volta, all'indicazione riguardante lo Stato ovvero la Regione. Questione che ha, poi, un particolare rilievo con riguardo alle materie innominate ma che ugualmente si pone anche per ciò che concerne il rapporto tra le materie nominate [su tutto ciò può, volendo, vedersi quanto se ne dice in A. Ruggeri-C. Salazar, *Le materie regionali tra vecchi criteri e nuovi (pre)orientamenti metodici d'interpretazione*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, IV, Napoli 2004, 1943 ss. Cfr. il non coincidente punto di vista di R. Bin, "Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale". Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, pure *ivi*, I, 295 ss., nonché, dello stesso, *I criteri di individuazione delle materie*, relaz. al Convegno su *Le prospettive della legislazione regionale*, Milano 26-27 gennaio 2006, in <http://www.forumcostituzionale.it/>. V., poi, M. Belletti, *I criteri seguiti dalla Consulta nella decisione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, in <http://www.forumcostituzionale.it/> e, da ultimo, E. Gianfrancesco, *Materie (riparto tra Stato e Regioni)*, cit., 3597 ss.].

[27] ... da A. D'Atena, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 15 ss., e da molti altri.

[28] Si è, ancora di recente, autorevolmente sostenuta (A. D'Atena, *Giustizia costituzionale e autonomie regionali. In tema di applicazione del nuovo titolo V*, in <http://www.issirfa.cnr.it/>) la tesi secondo cui gli interventi "trasversali" dello Stato, siccome derogatori rispetto al riparto costituzionale delle materie, dovrebbero essere, per loro naturale vocazione, contenuti, sì da incidere solo per quanto strettamente necessario sull'autonomia, e pertanto soggetti a scrutinio stretto di costituzionalità. Temo, tuttavia, che la giurisprudenza, pur avendo ancora di recente dichiarato che l'esercizio di potestà legislativa "trasversale" non possa inaturalmente commutarsi in una vera e propria espropriazione delle competenze regionali (*ex plurimis*, sentt. nn. 232 e 336 del 2005, 246 e 247 del 2006), non si mantenga sempre fedele a quest'indicazione. Non si trascuri, peraltro, la circostanza secondo cui la stessa giurisprudenza si è dichiarata (sent. n. 279 del 2005) dell'idea che la disciplina legislativa adottata dallo Stato in via "trasversale" possa essere seguita da una disciplina regolamentare, con ciò risultando ulteriormente gravoso il carico sull'autonomia e venendosi, tra l'altro, ad accrescere le interferenze tra gli atti di normazione adottati da Stato e Regione, estese altresì al piano regolamentare. La qual cosa avrebbe potuto, sia pure in parte, essere evitata qualora la Corte avesse fatta propria la proposta ricostruttiva altrove avanzata (v. il mio *Giudizi sulle leggi in via principale e giurisprudenza costituzionale*, cit., par. 9) ed appunto sfavorevole alla produzione di norme regolamentari da parte dello Stato in esecuzione delle leggi "trasversali".

[29] Sulla vocazione delle Costituzioni a durare nel tempo, per tutti, v. T. Martines, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Milano 1978, 783 ss., ora anche in *Opere*, I, Milano 2000, 477 ss.

[30] Ed è sempre alla luce degli interessi (e, dunque, in buona sostanza, in forza di un giudizio secondo ragionevolezza) che si giustifica ed apprezza il ricorso alla sussidiarietà, in ciascuna delle forme ed ai varî livelli istituzionali ai quali può aversene riscontro (delle implicazioni tra sussidiarietà e ragionevolezza ha, ancora da ultimo, trattato G.M. Salerno, *Ragionevolezza e asimmetria nel sindacato di costituzionalità delle leggi in via principale*, in AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, cit., ora anche in <http://www.federalismi.it/>, 21/2006).

[31] Ancora da ultimo, nel mio *Riforme costituzionali e decentramento di poteri alle autonomie territoriali in Italia, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, Relazione al Seminario su *Reformas Políticas en los Estados descentralizados: Alemania e Italia*, organizzato dal Centro de Estudios Andaluces, Siviglia 26 ottobre 2006, in <http://www.federalismi.it/>, 22/2006, spec. par. 3 ss.

[32] Nega che possa farsi una graduatoria interna alla ragionevolezza A. Spadaro, *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, in *Ars interpretandi*, 2002, 339 (ma v., volendo, il rilievo che è nel mio *Il "diritto ragionevole" e la teoria della Costituzione*, in AA.VV., *Alla ricerca del diritto ragionevole*, cit., 339 ss.).

[33] Il "luogo" elettivo in cui, prima e più di ogni altro, svolgere siffatta verifica è - come si sa - laddove si tratta di stabilire se la legge è, o no, abilitata a porre norme sulla normazione di grado primario, specificamente "inventando" fonti concorrenziali a se stessa (ciò che - come pure è assai noto - si tende generalmente ad escludere, sulla scia dell'aureo insegnamento crisafulliano) e variamente condizionando la normazione futura (ad es., precludendone talune manifestazioni, quali le abrogazioni e modifiche in genere di tipo tacito). Al di là di ogni riserva che, a mia opinione, osta all'ammissione di discipline legislative prive di un sia pur tenue aggancio in fonte costituzionale, della quale le prime diano specificazione-attuazione (in lata accezione), quel che importa è che il diritto vivente, col quale - piaccia o no - occorre pur sempre fare i conti (salvo a difendere a spada tratta ricostruzioni teoriche di modelli pure geometricamente perfetti ma viziati

da palese astrattismo), non avvalorata l'indicazione data da quanti (come, ancora da ultimo, F. Modugno, *La funzione legislativa, oggi*, cit.) si sono dichiarati dell'idea che le dinamiche produttive possano essere rette da canoni di svolgimento interamente ed esclusivamente fissati in fonte subcostituzionale. E, fintantoché non sarà venuta a formazione una *consuetudine di riconoscimento* nel senso patrocinato dalla dottrina qui non accolta, è vano affermare che il modello ideale disegnato sulla carta mantiene una sua validità e giustificazione malgrado i ripetuti, sistematici scostamenti che dallo stesso si hanno nella pratica.

Diversa è, invece, la conclusione sul piano (non già delle procedure ma) della normazione sostanziale: laddove, cioè, si tratti di stabilire se discipline positive disposte in attuazione di previsioni costituzionali volte a dare tutela a beni o interessi qualificati come "pregevoli" (se mi si consente, ora, di riprendere una formula ormai molti anni addietro proposta: v., dunque, il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977, spec. 240 ss.) possano (e, se sì, fino a che punto) essere rimosse o variamente innovate da discipline successivamente adottate. Qui, infatti, l'aggancio (la "copertura") costituzionale in tesi si ha, per varia che ne possa essere la consistenza, sì da comportare, ove soccorrano gli strumenti di garanzia, l'invalidità degli atti non conformi al modello, una volta che dovesse acclararsi, attraverso un sindacato stretto, l'affievolimento della tutela (ma v. quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

[34] A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 145 ss.

[35] *La Corte, i regolamenti di autonomia locale e le oscillazioni della "logica" sistemica (a "prima lettura" di Corte cost. n. 246 del 2006)*, in <http://www.forumcostituzionale.it/>.

[36] Un'approfondita analisi, ancorché in più punti divergente per orientamento e ricostruzione complessiva da quella da me preferita, può ora vedersi nel corposo studio di M. Luciani, *sub art. 75*, in *Comm. Cost.*, Bologna-Roma 2005, spec. 322 ss. Se ne è, da ultimo, discusso in occasione del Seminario del Gruppo di Pisa su *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, cit. (ed ivi, part., oltre alla relazione di I. Nicotra, *Le zone d'ombra nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, già richiamata, l'intervento di T.F. Giupponi, *Il controllo successivo sul referendum e sulle leggi "riproduttive" di legge abrogata dalla consultazione popolare*, esso pure consultabile in www.economia.unimore.it/gruppodipisa).

[37] Riferimenti, oltre che negli scritti di M. Luciani e I. Nicotra, sopra cit., ora, anche in P. Izzo, *Lacune assiologiche e giurisprudenza in tema di ammissibilità del referendum: le norme costituzionalmente necessarie*, in AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., 213 ss.

[38] Nell'un caso rilevando la specifica disposizione legislativa dal contenuto costituzionalmente tipizzato, nell'altro una disciplina quale che sia, comunque bisognosa di ininterrotta vigenza. Che, poi, nella sostituzione di una con altra regolazione il legislatore vada incontro nondimeno a limiti, costituzionali e/o di sistema, e che pertanto la discrezionalità di cui è dotato possa andare soggetta a maggiore o minore condizionamento è, ovviamente, da mettere comunque in conto.

[39] Il riferimento è alla nota opinione patrocinata da G. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206.

[40] ... con specifico riguardo alle deleghe, da S. Staiano, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Napoli 1990, nonché da V. Baldini, *Il procedimento di*

delegazione legislativa tra elasticità ed effettività. Riflessioni su una "variabile dipendente" della democrazia parlamentare, in AA.VV., *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Coccozza e S. Staiano, Torino 2001, 25 ss., e da altri.

[41] E, tuttavia, pur nella indubbia ambiguità semantica racchiusa dentro le espressioni suddette, l'indicazione di tendenza da esse tracciata è visibile sia nei sostantivi ("principi", "criteri") che - e, forse, più ancora - negli aggettivi ("fondamentali", "direttivi"), avendosene pertanto una delimitazione dell'area entro cui possono aver luogo interpretazioni-applicazioni delle formule suddette comunque non dirompenti.

[42] ... fatte, come si sa, oggetto di sistematica, critica osservazione [tra i molti altri contributi e facendo capo solo a quelli non particolarmente risalenti, v., dunque, E. Malfatti, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino 1999; C. De Fiores, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova 2001; A. Celotto-E. Frontoni, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, Agg., VI (2002), 697 ss.; AA.VV., *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, a cura di P. Caretti e A. Ruggeri, Milano 2003; P. Magarò, *Delega legislativa e dialettica politico-istituzionale*, Torino 2003; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova 2004, 126 ss.; N. Maccabiani, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del Governo*, Milano 2005; R. Arena, *Il rapporto Parlamento-Governo alla luce delle dinamiche della normazione: la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., 87 ss.; F. Roselli, *La delega legislativa*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, a cura di N. Lipari, Napoli 2006, 423 ss.; G. Silvestri, *"Questa o quella per me pari sono ...". Disinvoltura e inquietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi*, cit., 173 ss.; G. Famiglietti, *Le deleghe legislative*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 419 ss.].

[43] ... persino a quelli, come la "ricognizione" dei principi fondamentali delle materie di potestà ripartita, la cui messa in atto passa attraverso un vero e proprio capovolgimento del modello costituzionale, avendo - come si sa - la Corte ritenuto che la delega in questione *debba* presentarsi spoglia di principi e criteri direttivi (sent. n. 280 del 2004, diffusamente annotata).

[44] ... a riguardo della quale, tra gli scritti più recenti, v., part., A. Simoncini, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano 2003; G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano 2003; L. Carlassare, *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento: il decreto-legge*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi*, cit., 155 ss.; A. Rauti, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., 35 ss.; S. Veneziano, *la decretazione d'urgenza nella prospettiva della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, cit., 409 ss.; AA.VV., *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, a cura di A. Simoncini, Macerata 2006; N. Vizioli, *I decreti-legge*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 399 ss.

[45] Restando all'esempio appena fatto, la stessa Corte ha, come si sa, acconsentito alla reiterazione, sia pure in alcuni casi o al verificarsi di certe condizioni, costituiti ora da una nuova emergenza (che, però, stranamente, richiederebbe di essere fronteggiata con le *medesime* norme adottate per la precedente) ora dall'immissione nel secondo decreto di nuove norme (ciò che, però, non darebbe luogo a vera "reiterazione").

[46] Su di che, in aggiunta a quanto se ne dice negli scritti sopra cit., v., part., G. D'Amico, *Governo legislatore o governo giudice? Il decreto-legge n. 80 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale, ovvero dell'irresistibile tentazione del legislatore a farsi giudice in causa propria*, in *Dir. pubbl.*, 3/2004, 1132 ss.

[47] V., nuovamente, A. Rauti, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge*, cit., 63 ss. Similmente A. Simoncini, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, e R. Romboli, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, entrambi in AA.VV., *L'emergenza infinita*, cit., rispettivamente, 40 ss. e 110 ss.

[48] Ritene gravato il Governo dell'onere della prova della necessità di adozione del decreto anche G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, cit., 368 s., ma senza precisare se ciò valga unicamente sul fronte della relazione fiduciaria ovvero se possa altresì proiettarsi, come ora nuovamente si sostiene, altresì su quello delle esperienze processuali (nel senso del testo, v., già, il mio *la Corte e le mutazioni genetiche dei decreti-legge*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 251 ss., nonché in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, II, *Studi degli anni 1992/95*, Torino 1996, 333 ss., spec. 369 s., in nt. 47).

[49] Conclusione, questa, dalla dottrina corrente stranamente ammessa come valevole per il solo caso di giudizio conclusosi con l'adozione di una pronuncia di rigetto (che ha, secondo la *communis opinio*, per esclusivo oggetto appunto la questione e non pure la legge), non già per il caso opposto di decisione di accoglimento (che investe, ad un tempo, la questione e la legge o, meglio, quest'ultima per il tramite di quella, l'oggetto quindi a conti fatti risolvendosi nella *disposizione*, e non già o non solo nella *norma*, caducata in ogni suo astrattamente possibile, presente o futuro, significato). Continuo tuttavia a ritenere singolare la circostanza per cui l'oggetto possa mutare *secundum eventum litis*, e non pure essere - come a me pare - preconstituito rispetto al giudizio (maggiori ragguagli sul punto nel mio *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990, spec. 95 ss., ma *passim*).

[50] La questione, da tempo e da vari punti di vista trattata, ha ancora di recente attratto l'attenzione di molti studiosi, tra i quali richiamo qui AA.VV., *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, cit.; M. Quattrocchi, *Corte e Parlamento, attraverso le decisioni di inammissibilità*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2000, 179 ss.; G.P. Dolso, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano 2003, spec. 185 ss.; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, a cura dello stesso R., Torino 2005, 103 ss., nonché, ora, R. Basile, *Le decisioni di manifesta inammissibilità e infondatezza per rispetto della discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., 437 ss.; A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, cit., 625 ss. e P. Bianchi, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 641 ss., spec. 667 ss.

Nella dottrina anteriore (e con specifica attenzione alla stagione dello smaltimento dell'arretrato), v., part., E. Rossi, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Torino 1991, 214 ss., che prospetta un'articolazione di casi, ordinati in quattro categorie, in cui nella giurisprudenza si è fatto riferimento alla discrezionalità del legislatore, a conferma della strutturale duttilità del concetto. La qual cosa, peraltro, a mia opinione, non sta tanto a significare che si faccia sempre più largo il campo in cui la discrezionalità stessa ha modo di spiegarsi e farsi valere, quanto che piuttosto si distenda sempre di più la ... *discrezionalità* della Corte, forse dotata di ancora più potenti strumenti rispetto alla prima per affermarsi, sia pure attraverso canali sotterranei, non sempre

immediatamente visibili in tutta la loro estensione e consistenza, così come si è per taluni aspetti già veduto e ancora più avanti si vedrà per altri.

[51] Se ne discorre nel mio *La Costituzione allo specchio: linguaggio e "materia" costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino 1999, spec. la sez. III. Dei modi con cui il parametro è complessivamente utilizzato nei giudizi di costituzionalità v., part., AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Torino 2000, 525 ss.

[52] Ciò che fa sfruttando le formidabili risorse offerte dalla motivazione delle proprie pronunzie (in argomento, tra gli altri, A. Spadaro, *Le motivazioni delle sentenze della Corte come "tecniche" di creazione di norme costituzionali*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Torino 1994, 356 ss.).

[53] Dell'utilizzo *quodammodo* "sussidiario" di tecniche decisorie pure profondamente diverse si discorre nel mio *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del "modello" e fluidità dell'esperienza*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., 1 ss., spec. 37 ss.

[54] ... fatta essa pure oggetto di nutrite e non in tutto convergenti analisi (riferimenti possono aversi da R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano 1993, 215 ss.; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino 1996; C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996, 33 ss.; G.P. Dolso, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4111 ss.; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino 2000, 127 ss. e, della stessa, *"Guerra e pace" nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive "di principio" quali decisioni atte a rimediare alle "omissioni incostituzionali" del legislatore*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., 253 ss.; L. Mazzaroli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova 2000, 94 ss.; A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 143 ss.; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., 125 ss.; P. Falzea, *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Torino 2005; C. Panzera, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., 497 ss., spec. 511 ss. e 527 ss.; M. Angelone, *Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice*, cit., 563 ss.).

[55] È chiaro che la collocazione mediana, di cui ora si discorre, non si ha per il caso che l'interpretazione conforme, anziché porsi quale forma, sia pure anomala, di *produzione*, effettivamente si manifesti e mantenga quale... *interpretazione*, non abdicando pertanto alla funzione sua propria e dunque restando all'interno del recinto segnato dall'espressione verbale dell'enunciato cui si applica. Solo che - come si sa - stabilire dove si ha sconfinamento e snaturamento dell'attività interpretativa è estremamente arduo sul piano teorico-astratto e, ancora di più, nella pratica, a conti fatti solo in base a consuetudini diffuse di riconoscimento (nel *diritto vivente*, insomma) potendosene avere il riscontro.

[56] È stata di recente prospettata (ancora C. Panzera, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, cit., 536 ss.), con finezza di argomenti, l'ipotesi di dar modo alla Corte di corredare il principio altresì di una regola, frutto di discrezionale "invenzione", al fine di offrire l'opportunità al principio stesso di essere portato ad immediata applicazione (qualora, appunto, di per sé non ne abbia la capacità: ma v. quanto al riguardo riferiscono A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3435 ss. e P. Falzea, *Norme, principi, integrazione*, cit., 113 ss. e 160 ss.), rimediando

all'eventuale, ingiustificato ritardo del legislatore nel darvi attuazione. Regola che, ovviamente, presenterebbe carattere di "cedevolezza" davanti al sopravvenire dell'intervento del legislatore e che, ad ulteriore cautela, sarebbe consigliabile che si avesse unicamente in alcuni casi, quale quello di lesione di diritti fondamentali.

Rammento, sia pure di sfuggita, che da altra prospettiva, ma pur sempre nell'intento di salvaguardare beni costituzionali indisponibili, era già stata affacciata (da A. Rauti, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una comune problematica costituzionale*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 357 ss., spec. 361 ss.) l'ipotesi di dar modo alla Corte di far luogo a pronunzie additive in genere, *anche di regole dunque*, non "a rime obbligate" ed in via sussidiaria. La differenza, per come a me appare, tra le due soluzioni sta in ciò: che quella preferita da Panzera appare essere maggiormente cauta e sfumata, per un verso, ancora più avanzata ed incisiva della discrezionalità del legislatore, per un altro verso. È l'una cosa, dal momento che l'addizione di regola è da quest'ultimo agganciata alla dimostrazione della *possibilità*, e della *necessità*, della previa addizione di un principio, a rimorchio del quale la regola dunque si disponga e dal quale pertanto si tenga; è, però, anche l'altra, se si considera che il principio comunque resta, con la capacità di vincolo che gli è propria, laddove nella impostazione di Rauti l'intera disciplina posta dalla Corte può essere successivamente rifatta dal legislatore.

La proposta formulata da Panzera, come si vede, in qualche modo riprende l'analoga soluzione da tempo praticata sul terreno delle esperienze di normazione (ad es., per ciò che concerne le relazioni tra discipline legislative statali e discipline regionali). Solo che proprio quest'accostamento la rende problematicamente accettabile, sol che si consideri che altro è l'avvicendamento di attività della medesima natura (o, quanto meno, fortemente omogenee) ed altra cosa la fungibilità di attività intrinsecamente diverse, quali quelle rispettivamente poste in essere dalla Corte e dal legislatore. Che poi l'esperienza le abbia rese simili, in forza dell'esercizio di poteri *stricto sensu* normativi da parte della Corte, è un altro discorso, che nondimeno nulla ha a che fare (o dovrebbe avere a che fare) col modello.

Si aggiunga che - come riconosce lo stesso sensibile studioso che s'è fatto portatore di questa proposta (539) - la regola a titolo precario introdotta dalla Corte, "per ovvie ragioni", dovrebbe "esser vincolante per i giudici comuni e non costituire una mera 'proposta' di ricostruzione interpretativa". Con il che il rischio dell'invasione del campo riservato ai giudici (alla loro *discrezionalità*) si fa sensibilmente avvertire, se si considera che i giudici sono comunque tenuti a far discendere dal principio una regola, facendone quindi applicazione al caso, altrimenti incappando nel vizio di denegata giustizia (sulla varietà delle forme con cui può aver luogo la reintegrazione dell'ordinamento, anche in ragione dei diversi "tipi" di norme di principio dalla Corte introdotte, v., ora, P. Falzea, *op. ult. cit.*, 116 ss.). Ed allora non si vede perché non dar modo ai giudici di esercitare in pieno le funzioni di cui sono istituzionalmente dotati, considerandosi pertanto "cedevole" anche nei loro riguardi la norma immessa dalla Corte, valevole insomma come mera "proposta" interpretativa. In altri termini (e concludendo), si capisce, in fondo, di più la ragione immanente della ricostruzione suddetta con riguardo ai rapporti tra Corte e legislatore piuttosto che in merito a quelli coi giudici, per quanto anche questi ultimi, pur dopo la pronunzia della Consulta, vengano ad onor del vero ad avere un assetto comunque precario, fintantoché il legislatore non si sarà deciso a fare fino in fondo, e come si conviene, il mestiere suo proprio.

[57] Rimando, per tutti, all'accurato studio di F. Dal Canto, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino 2002, che pure si muove entro un orizzonte concettuale sensibilmente diverso da quello da me preferito; v. pure, da ultimo, utilmente, P. Costanzo, *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine di «Giurisprudenza costituzionale» (note sparse su un tema di perdurante attualità)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, cit., 214 ss.

[58] Come si vede, tratto identificante del giudicato costituzionale è, per la tesi qui nuovamente proposta, la sua *relatività* in rapporto a dati, normativi e fattuali, di oggettivo riscontro. Vi è un'intima connessione tra siffatto connotato e la peculiare, complessiva funzione assegnata alla Corte di garante ultimo della legalità costituzionale, sulla quale nondimeno non è ora possibile intrattenersi.

[59] Un'opinione finemente argomentata (A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3199 ss., spec. 3213, seguita sul punto, e con precisazioni, da L. Mazzaroli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, cit., 104 e P. Falzea, *Norme, principi, integrazione*, cit., 109 s. e 157 ss.), muovendo dalla constatazione della materiale impossibilità di obbligare il legislatore ad un *facere*, ritiene che lo stesso sia dunque libero nell'*an*, non pure nel *quomodo*, il suo (eventuale) intervento dovendo conformarsi al principio e darvi pertanto adeguato svolgimento. Tesi che, in disparte una generale riserva che solleva nel far derivare da un "fatto" (la fisica incoercibilità degli organi di produzione) una situazione soggettiva (*rectius*, una competenza), nondimeno ugualmente perviene a delimitare la discrezionalità del legislatore, in forza di una previa opzione... *discrezionalmente* fatta dallo stesso (col decidere di intervenire) e rapportata al giudicato costituzionale. Ciò che - come si vede - ulteriormente, per la sua parte, avvalorata una generale indicazione dietro data circa l'esistenza di un vincolo cui il legislatore è pur sempre soggetto.

[60] *Esperienze di normazione ed esperienze di giustizia costituzionale a confronto: un rapporto tra giudici e Corte a geometria variabile?*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, Torino 2002, 521 ss.

[61] Neppure può dirsi che l'una è attività *libera* (la Corte desumendo da sé, direttamente dalla Costituzione, la regola, seppur... "a rime obbligate") e l'altra invece preorientata dal principio somministrato dalla Corte (e, in questo senso, *discrezionale*), dal momento che anche la prima decisione è, a sua volta, legata al modo con cui è prospettata la questione (persino nel caso di rifacimento di quest'ultima presso la Consulta, nondimeno realizzabile entro certi limiti, pur sempre segnati dall'originaria impostazione della domanda). La qual cosa conferma la circolarità del rapporto in cui giudici e Corte stanno, abbisognando comunque l'uno dell'altro (ma v. quanto subito segue al riguardo nel testo).

[62] Ciò che conferma quanto prima si diceva a riguardo del coinvolgimento in ogni giudizio, e tanto sul versante del parametro quanto su quello dell'oggetto, dell'intero sistema.

[63] Per tutti, G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, cit., I, 755 ss.

[64] ... per la quale può, se si vuole, vedersi il mio *La Corte e le sirene della politica (frammenti di uno studio su esperienze e tendenze della normazione e politicITÀ dei giudizi di costituzionalità)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura-M. Carducci-R.G. Rodio, Torino 2005, 664 ss. Dei "seguiti" dati in via normativa alle pronunzie della Corte trattano alcuni contributi riuniti sotto il titolo "*Effettività*" e "*seguito*" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2006, spec. alla parte II.

[65] ... o, forse pure, *giustamente* sanzionata? Così, infatti, a rigore dovrebbe dirsi a stare alla tesi, qui però seccamente respinta, favorevole al fatto riproduttivo, quanto meno nella sua proiezione verso il futuro, pur nella consapevolezza che l'atto che vi fa luogo si espone al rischio della sua caducazione. È singolare che da parte di alcuni si ammetta (o, magari, si dia per scontata)

l'eventualità della sanzione e, tuttavia, si resti ugualmente legati alla tesi della liceità della riproduzione. È chiaro che la sola sanzione immaginabile è quella conseguente ad una nuova impugnazione, una volta scartata l'ipotesi, pure teoricamente prospettata, della immediata disapplicazione della norma riproduttiva (e ciò, in ragione del fatto che l'oggetto del giudizio non è mai la *pura* norma, avulsa dal testo che la esprime e quasi sospesa a mezz'aria, bensì la stessa in quanto risultante da una disposizione nominativamente indicata *ex art.* 23, l. n. 87 del '53, nel suo fare "sistema" con altre disposizioni e per il modo complessivo con cui la questione, *ogni* questione, è posta). Il fatto però che si richieda una nuova iniziativa processuale per colpire il comportamento del legislatore nulla toglie alla qualifica (in termini di illiceità) dello stesso. D'altro canto, che si diano dei limiti o difetti congeniti nei meccanismi sanzionatori, specie nelle loro applicazioni alle esperienze costituzionali, è ormai acquisito, senza che, per ciò stesso, venga meno la doverosa conformità dei comportamenti al modello.

Ancora più singolare è che si dica che il fatto riproduttivo è illecito, laddove prenda corpo a mezzo di decreti-legge, per violazione di un'indicazione in tal senso data dalla legge 400 dell'88, mentre non lo sarebbe (o, meglio, non lo sarebbe con sicurezza) se compiuto con legge (v., ancora non molto tempo addietro, ripresentata questa tesi da P. Falzea, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., 169 s.). Per un verso, si fatica a comprendere (o, diciamo pure, non si capisce affatto) quale possa la *ratio* di un obbligo siffatto peculiarmente valevole per il solo Governo (e nella sola forma della decretazione d'urgenza). Per un altro verso, volendo per un momento indossare le vesti dell'avvocato del diavolo, si può mettere in discussione - così come, si sa, è stato in più sedi fatto - che una fonte di primo grado possa porre obblighi ad altra fonte dotata della sua medesima forza, quanto meno obblighi *nuovi*, e non meramente esplicitativi del dettato costituzionale. Infine, anche con riguardo all'obbligo in parola fatto al Governo, ugualmente il suo rispetto in alcun altro modo può aversi se non attraverso l'impugnazione dell'atto che lo trasgredisca. Con il che - come si vede - si torna alla partenza, la tesi qui criticata finendo con l'avvolgersi in se stessa e dovendo, perciò, ammettere l'esistenza di un obbligo di osservanza del giudicato la cui tutela richieda comunque l'attivazione di un nuovo giudizio.

[66] Le maggiori manipolazioni dalla Corte fatte sono, forse, proprio quelle che hanno ad oggetto non già la legge o lo stesso parametro bensì i precedenti, selezionati e complessivamente utilizzati secondo occasionali convenienze (rilevano, a tal proposito, le formidabili risorse offerte dalla parte motiva delle decisioni della Corte, a riguardo delle quali, per tutti, AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., e A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano 1996).

[67] Solo per mera apparenza può dirsi, come comunemente si dice, che l'*ultima parola* spetta alla Corte, in forza della norma di "chiusura" posta in coda all'art. 137; in realtà, il verdetto della Corte ha pur sempre bisogno di diffuso e solido riconoscimento, di condivisa accettazione da parte degli operatori e della comunità, unicamente in tal modo commutandosi in diritto vivente e, per la sua parte, sollecitando la formazione di nuovo diritto, nel gioco senza fine che attraversa e connota la trama ordinamentale nel suo incessante comporsi e rinnovarsi.

[68] È da chiedersi se (e fino a che punto) sia appropriato discorrere di "cooperazione" nei rapporti tra organi titolari di funzioni comunque diverse, disomogenee, specificamente laddove l'uno sia istituzionalmente chiamato a svolgere attività di direzione politica e l'altro attività di controllo della stessa. Questione sulla quale ha, con opportuni rilievi, ancora da ultimo invitato a fermare l'attenzione V. Onida, nella sua *Relazione di sintesi* del Seminario su *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, cit., con riferimento appunto ai rapporti tra giudici ed operatori politici, a fronte dell'indirizzo al riguardo nella stessa sede espresso da P. Pinna, *I conflitti di attribuzione*, e S.

Parisi, *Parametro e oggetto nei conflitti di attribuzione*, che hanno molto insistito sulla necessità di un intenso e denso utilizzo del canone in parola in occasione dei giudizi davanti alla Corte.

Il vero è che, in larga accezione, la "cooperazione" supera le barriere tra le funzioni e si pone, unitamente ad altri principi-valori portanti dell'ordinamento, quali quelli di fedeltà alla Repubblica e di solidarietà [dai quali, peraltro, si rende problematicamente distinguibile: così, nel mio *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione (note minime a margine di un convegno)*, Relazione di sintesi al Convegno del Gruppo di Pisa su *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Acqui Terme-Alessandria, 9-10 giugno 2006], a punto di riferimento costante sia delle dinamiche di produzione giuridica (e delle dinamiche politico-istituzionali in genere) e sia delle attività degli organi di garanzia, Corte costituzionale in testa. Per questo verso, è segno di buona "cooperazione" la scrupolosa osservanza del giudicato da parte degli operatori (legislatore incluso), così come, di rovescio, lo è il rispetto da parte dei giudici della sfera riservata alla politica; di modo che la "cooperazione" non appare, dall'angolo visuale ora adottato, alternativa rispetto alla separazione delle competenze bensì ad essa complementare e *quodammodo* servente.

In ristretta e specifica accezione, tuttavia, la cooperazione presuppone il carattere omogeneo delle attività cui si riferisce, che si presentano l'una quale integrazione o prolungamento dell'altra o, ancora, forma "sussidiaria" di essa, e via dicendo. Ciò che si fa specificamente apprezzare sul terreno delle attività poste in essere dagli organi della direzione politica, i soli ad essere istituzionalmente dotati di poteri in occasione del cui esercizio la discrezionalità ha modo di espandersi ed affermarsi in forme particolarmente vistose.

Senza che se ne possa ora dire in modo adeguato (e con la dovuta estensione), la peculiare natura "bifronte" della Corte, che la rende partecipe ad un tempo della politica e della giurisdizione, fa sì che la distinzione tra le due forme di "cooperazione" ora schematicamente rappresentate tenda, nelle sue applicazioni alle esperienze della giustizia costituzionale (e con specifica attenzione ai rapporti tra Corte e legislatore), nei fatti a sfumare, a seconda delle congiunture la "cooperazione" stessa presentandosi nell'una ovvero nell'altra veste o, diciamo ancora meglio, *più* nell'una che nell'altra, con un *mix* internamente vario ed unicamente nei singoli casi compiutamente apprezzabile.

Le pronunzie additive di principio, cui qui si è fatto ripetutamente richiamare, mostrano esemplarmente (ma il discorso è, per vero, generalizzabile, per *ogni* tipo di pronunzia) come l'attività della Corte sia, ad un tempo, giudizio e normazione e come, dunque, possa a buon titolo vantare la pretesa di ulteriori prestazioni di "cooperazione", in questa o quella forma espressiva.

[69] S. Agosta, *Il Governo e la questione del "seguito legislativo" alle sentenze della Corte (con riguardo particolare alla decretazione d'urgenza)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 389 ss. e, dello stesso, ora, *L'attività legislativa consequenziale alle pronunzie della Corte costituzionale tra (antichi) pregiudizi e (rinnovate) prospettive di cooperazione interistituzionale*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., 559 ss. Quanto, poi, ai "seguiti" avutisi nelle aule parlamentari v., nuovamente, AA.VV., *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., ed *ivi* part. R. Bin-C. Bergonzini, *La Corte costituzionale in Parlamento*, 215 ss. e R. Pinardi, *Brevi note sull'"effettività" delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, 327 ss., nonché, con specifico riguardo alla giurisprudenza relativa al riparto delle competenze tra Stato e Regioni, G. Rizzoni, *Il "seguito" parlamentare della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze Stato-Regioni dopo il nuovo Titolo V: il punto prospettico delle Commissioni affari costituzionali*, 473 ss.

[70] Riforma che, per ragioni che non possono ora essere compiutamente rappresentate, avrebbe ulteriormente accresciuto, se accolta, quello squilibrio tra diritto costituzionale e diritto politico (ovviamente, a detrimento del primo), su cui si appuntano le notazioni finali di seguito svolte. E basti solo pensare al modo sgangherato con cui erano spartite materie e competenze tra le due Camere, di sicuro foriero di continui conflitti verosimilmente destinati a sfociare o in una stasi della produzione legislativa ovvero in defatiganti controversie davanti alla Corte; o, ancora, al modo ugualmente inopinato con cui era rifatta la composizione di quest'ultima, scopertamente orientata a far innalzare il tasso di "politicità" dei giudizi, vale a dire a far dilatare la sfera della discrezionalità del giudice; e via dicendo.

[71] *Riforme costituzionali e decentramento di poteri alle autonomie territoriali in Italia, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, cit., spec. la sez. III.

[72] Si sarebbe tentati di dire che, con la previsione delle competenze "trasversali" suddette, si assista ad un'*autorottura della Costituzione*, ciascuna delle formule ad esse relative derogando al "principio" della spartizione delle materie. Solo che la regola derogatoria del principio qui non è ospitata il luogo separato da questo (come, ad es., si ha con riguardo alle previsioni in deroga all'eguaglianza) bensì è incorporata nel principio stesso, di cui entra appunto a comporre la struttura, non avendo l'autore della riforma inteso fare alcuna "graduazione" tra le materie costituzionalmente nominate.

[73] Ed ancora di più - giova ripetere - avrebbe vistosamente fatto difetto qualora fosse passata la legge di "maxiriforma" dietro richiamata: a conferma - è doveroso quanto sconcertante riconoscere - di un condiviso *animus* di insofferenza delle forze politiche dei due schieramenti verso ogni pur basso ed inconsistente argine segnato dal diritto costituzionale. Ciò che vale come dire che v'è una complessiva cultura (o incultura...) politico-istituzionale fermamente orientata nel verso appena indicato, al punto che appare estremamente arduo stabilire se e quali rimedi possano essere immaginati al fine di dare una sterzata a questa complessiva tendenza.