

I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina

*Les rapports entre la juridiction
constitutionnelle et la doctrine*

a cura di / sous la direction de

Paolo Passaglia

Atti delle Giornate italo-franco-belghe di diritto comparato
Pisa, 6 e 7 marzo 2015

*Actes des Journées italo-franco-belges de droit comparé
Pise, les 6 et 7 mars 2015*

EDITORIALE SCIENTIFICA

La pubblicazione del presente volume è stata finanziata con fonti PRIN 2010-2011 (progetto di ricerca su «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle corti di vertice»).

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2015 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

ISBN 978-88-6342-XXX-X

I RIFERIMENTI IMPLICITI ALLA DOTTRINA NELLE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA: UNA PROPOSTA DI METODO E ALCUNI ESEMPI DI MERITO

Andrea Cardone*

SOMMARIO: 1. Alcune premesse metodologiche. I “riferimenti impliciti” in negativo: analisi statistica e qualitativa dei riferimenti espressi alla «dottrina»; 2. I riferimenti impliciti a singole interpretazioni dottrinarie. Alcuni esempi paradigmatici di “citazioni” adesive o polemiche in materia di novelle costituzionali dell’autonomia regionale: il caso della giurisprudenza sui vizi censurabili nel giudizio in via principale; 2.1 (segue): l’affermazione pretoria del carattere preventivo del controllo di costituzionalità sugli statuti delle Regioni ordinarie; 2.2 (segue): le sentenze sulla titolarità del potere regolamentare regionale; 3. I riferimenti dottrinari impliciti come presupposti teorici comuni a più decisioni. Alcuni significativi esempi: l’interpretazione giurisprudenziale delle libertà di cui all’art. 21 Cost.; 3.1 (segue): la giurisprudenza costituzionale che presuppone la distinzione tra disposizione e norma; 3.2 (segue): le decisioni sui “Parlamenti regionali” e sui *referendum* costituzionali regionali che evocano la rappresentanza nazionale; 4. I riferimenti dottrinari impliciti come “pregiudizi” in senso gadameriano. Alcuni esempi di “precomprensione” del caso: quella “internazionalistica” delle c.d. «sentenze gemelle» 4.1 (segue): la “precomprensione storica” nella giurisprudenza sull’accertamento del falso in materia elettorale; 4.2 (segue): la giurisprudenza per “valori” come esempio di “pregiudizio assiologico”; 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Alcune premesse metodologiche. I “riferimenti impliciti” in negativo: analisi statistica e qualitativa dei riferimenti espressi alla «dottrina»

A proposito della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana è stato efficacemente scritto che «We can assume that scholarship strongly contributes to the evolution of jurisprudence, although explicit quotations of authors are not permitted in judgments»¹. Il presente contributo aspira ad approfondire il senso di questa affermazione comunemente condivisa, muovendo dal rilievo che una riflessione sui riferimenti dottrinari operati implicitamente dalle decisioni della giurisprudenza costituzionale italiana presenta non poche difficoltà, di carattere innanzitutto metodologico.

Proprio perché, infatti, come a tutti noto, la giurisprudenza costituzionale non cita espressamente la dottrina, risulta preclusa in radice la possibilità di procedere ad una ricostruzione giurisprudenziale di tipo tradizionale, basata

* Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Firenze.

¹ T. GROPPI, I. SPIGNO, *Constitutional Reasoning in the Italian Constitutional Court*, in *Rivista AIC*, 4/2014, p. 9.

su ciò che le pronunzie testualmente “dicono”. Ciò determina la conseguenza di rendere particolarmente evidenti nel campo che qui si batte le insidie già segnalate da Esser nel suo celeberrimo saggio *Precomprensione e scelta del metodo*, laddove si sottolinea, appunto, che, nell’ambito delle scienze sociali, la scelta del metodo e la definizione dell’oggetto dell’indagine influenzano in maniera decisiva gli esiti della ricerca, prima ancora che essa sia iniziata². Tale relazione, infatti, appare particolarmente problematica nel caso di specie perché il materiale giurisprudenziale che si intende studiare – evidentemente – non offre alcuna indicazione espressa su cosa si debba intendere per “riferimento implicito” e su cosa si voglia dire quando si ragiona di “dottrina”.

Un unico aspetto, in realtà, può essere indirettamente ricavato dal testo delle decisioni della Corte costituzionale ed è quello relativo a cosa non si possa intendere per riferimento dottrinario implicito perché rappresenta, invece, ipotesi di richiamo espresso alla dottrina, ancorché nominalmente non individuata. Ai fini di una preliminare operazione di “sgombero” del campo da fattispecie diverse (ma comunque interessanti nella prospettiva del nostro studio) appare, dunque, necessario effettuare un previo censimento dei casi in cui le decisioni del Giudice costituzionale richiamano espressamente l’elaborazione scientifica dei giuristi.

Un’analisi in tal senso permette di evidenziare che, alla data del 27 febbraio 2015, il termine «dottrina» ricorre nel complesso delle decisioni adottate dalla Corte dal 1956 ad oggi in 906 provvedimenti, all’interno di 814 sentenze e 92 ordinanze, i quali risultano così ripartiti per tipologia di giudizio: 785 pronunce (di cui 85 ordinanze) nell’ambito di giudizi in via incidentale³; 57 decisioni (di cui 1 ordinanza) in giudizi di costituzionalità in via di azione; 57 pronunce (di cui 6 ordinanze) rese a seguito di conflitti di attribuzione, di cui 22 tra poteri⁴ e 35 tra enti⁵; 6 sentenze rese in giudizi di ammissibilità di

² J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, trad. it. vari, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983.

³ Si ritiene di dover segnalare, in particolare, il caso di Corte cost., sent. n. 312 del 1983, pronunciata a seguito della riunione di due giudizi, un primo introdotto in via incidentale con ordinanza del Consiglio di Stato nei confronti dell’art. 1, l.p. 3 settembre 1979, n. 12 (intitolata “Servizio sanitario provinciale - conoscenza della lingua tedesca”) ed un secondo promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri con ricorso per conflitto di attribuzione contro il bando per titoli e per esami per l’assegnazione delle farmacie vacanti.

⁴ Si fa riferimento a Corte cost., ordd. nn. 16, 17 del 2013; 455 del 2002; 458 del 1997; 229, 228 del 1975 e sentt. nn. 1 del 2013; 153 del 2011; 241, 149 del 2007; 200 del 2006; 154 del 2004; 252 del 1999; 265 del 1997; 129 del 1996; 435, 420, 419, 161 del 1995; 406 del 1989; 129 del 1981; 231 del 1975.

⁵ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 115 del 2010; 235, 191, 173 del 2007; 302, 150, 38 del 2003; 76 del 2001; 426 del 1999; 245 del 1996; 343 del 1995; 342 del 1994; 466 del 1990; 737, 559, 558 del 1988; 216, 195, 179 del 1987; 298, 114 del 1986; 21 del 1985; 39 del 1984; 183 del 1981; 40 del 1977; 213, 191 del 1976; 62 del 1973; 220 del 1972; 63 del 1968; 146 del 1967; 73, 40 del 1961; 58 del 1959; 12 del 1957.

referendum popolari per l'abrogazione di leggi o parti di leggi⁶; 1 sentenza pronunciata in sede penale⁷.

All'incirca nella metà dei casi esaminati, l'espressione viene utilizzata dalla Corte "solo" per riferire il contenuto degli atti processuali delle parti o dell'ordinanza di rimessione⁸, prevalentemente nel *Ritenuto in fatto*.

Quanto al contesto di significato in cui l'espressione ricorre quando è la Corte ad utilizzarla *in proprio* possono distinguersi diverse ipotesi. Vi sono, innanzitutto, casi, tra i più frequenti, in cui il richiamo alla dottrina è effettuato dalla giurisprudenza al fine di ricostruire, in seno al percorso motivazionale ma solo come momento propedeutico alla decisione, i termini della specifica questione sottoposta al giudizio, nonché il dato normativo e l'eventuale diritto vivente ad essa relativi. In tali casi, il ricorso all'uso dell'espressione «dottrina» non sembra sorreggere il dispositivo ma ricorre, alternativamente, o per dare conto dell'esistenza di un orientamento interpretativo pacifico e consolidato⁹, come avviene quando si incontrano espressioni del tipo «come affermato dalla dottrina»¹⁰ o «nel solco tracciato dalla dottrina tradizionale»¹¹ ovvero «come si è felicemente precisato in dottrina»¹², oppure, al contrario, per far emergere il carattere controverso della questione prospettata¹³, con formule, ad esempio, del tipo «in presenza di variegata

⁶ Si tratta delle sentt. nn. 46 del 2003; 36 del 2000; 47 del 1991; 63 del 1990; 27 del 1987; 16 del 1978.

⁷ È la notissima Corte cost., sent. n. 1 del 1979.

⁸ Si vedano, a titolo di esempio, le decisioni nn. 266, 226, 163, 153, 92 del 2014; 224, 216, 184, 20, 17, 16 del 2013; 280, 164, 151, 104, 78, 31 del 2012; 247, 153, 106, 73 del 2011; 373, 322, 310, 293, 282, 270, 196, 82, 47, 28, 4 del 2010; 329, 266, 262, 259, 214, 198, 75, 29 del 2009; 298, 200, 170, 129, 96 del 2008; 241, 235, 149 del 2007; 460, 428, 168, 80, 15 del 2006; 481, 460, 441, 434, 115, 62 del 2005; 425, 335, 321, 242 del 2004; 376, 370, 150 del 2003; 455 del 2002; 367, 238 del 2001; 580 del 2000; 207 del 1994; 192 del 1990; 154 del 1985; 160 del 1974; 62 del 1969; 40 del 1962.

⁹ Cfr., tra le più recenti, Corte cost., sentt. nn. 1 del 2015; 276, 250 del 2014; 85 del 2013; 161, 120 del 2012; 178 del 2009; 327 del 2008; 348, 315, 191, 109 del 2007; 200, 191, 172 del 2006; 265 del 2005; 173 del 2002; 183 del 2000; 265 del 1997; 471, 37 del 1994, 269 del 1992; 313 del 1990 ed ordd. nn. 21 del 2011, 278 del 2009, 257 del 2009, 319 del 2007; 216 del 2004.

¹⁰ Cfr., ad esempio, Corte cost., sent. n. 178 del 2009.

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 250 del 2014.

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 419 del 1995.

¹³ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 276, 248, 155 del 2014; 216 del 2013; 26 del 2012; 205, 115 del 2011; 238 del 2009; 394, 199, 192, 77 del 2007; 301 del 2005 e ordd. nn. 346 del 2006; 374 del 2004; 245 del 2004, ove la Corte, con una interpretativa di accoglimento, dichiara l'incostituzionalità dell'interpretazione dell'art. 291 c.c. fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione al testo risultante dalla precedente pronuncia di incostituzionalità della medesima norma (nella parte in cui non consentiva l'adozione a persone che avessero discendenti legittimi o legittimati maggiorenni e consenzienti); 229 del 1999; 114 del 1998; 257 del 1996 ove la Corte afferma che «non sono, tuttavia, mancate interpretazioni diverse da parte autorevole della dottrina [...]»; 98 del 1996 in cui si legge «come ha ritenuto, sulla scorta di una non isolata dottrina, la Corte di cassazione [...]».

interpretazioni da parte della dottrina»¹⁴, oppure ancora per dare atto della assoluta novità della fattispecie esaminata¹⁵. In tutti e tre i casi, il lemma «dottrina» è spesso associato a quello «giurisprudenza», all'interno di espressioni del tipo «come affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza» o «l'esame della giurisprudenza e della dottrina fa ritenere che»¹⁶.

Si segnalano, poi, casi, anch'essi ricorrenti, in cui il riferimento alla dottrina (unitamente, in linea di massima, ad indirizzi prevalenti della giurisprudenza di merito o di legittimità) è posto in essere in funzione, per così dire, «meramente adesiva», ove si tratti di richiamare incidentalmente una tesi pacificamente condivisa ai fini della decisione¹⁷. Frequente in questi casi è l'utilizzo delle formule «come rilevato in dottrina e in giurisprudenza»¹⁸, ovvero «con il conforto della migliore dottrina»¹⁹ oppure, ancora, «in accordo con la dottrina maggioritaria»²⁰.

Infine, più rare, sono le ipotesi in cui la Corte sembra dare l'impressione di utilizzare il riferimento espresso alla dottrina più direttamente a sostegno del proprio percorso motivazionale, e, dunque, della decisione, magari aderendo a singole posizioni già espresse in dottrina²¹.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 216 del 2013.

¹⁵ Si vedano, ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 75 e 39 del 1957, in cui la Corte afferma, rispettivamente, che «la questione di legittimità costituzionale sollevata nell'ordinanza del Tribunale di Bari è del tutto nuova, in quanto su di essa non risultano precedenti, né in giurisprudenza né in dottrina» e che «[...] la delegazione di funzioni amministrative da un ente pubblico ad un altro ente pubblico, se non proprio sconosciuta al nostro diritto positivo, come nella memoria difensiva della Regione è affermato, era indubbiamente nel passato rarissima e su di essa né dottrina né giurisprudenza si sono formate».

¹⁶ Cfr., ad esempio, Corte cost., sent. n. 327 del 2008.

¹⁷ Si vedano, ad esempio, le decisioni nn. 239, 14, 46, 1 del 2014; 295, 85, 1 del 2013; 315, 251, 249 del 2012; 49 del 2011; 368, 325 del 2010; 259, 208 del 2009; 169 del 2008; 173, 54 del 2007; 453 del 2005; 396, 379, 378, 372 del 2004; 9 del 1993; 829, 623 del 1988; 168 del 1982; 62 del 1980; 29 del 1977; 2 del 1976; 58 del 1972; 10 del 1971; 136 del 1968; 2 del 1956.

¹⁸ Cfr., tra le altre, Corte cost., sent. n. 208 del 2009.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 224 del 2013.

²⁰ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 295 del 2013.

²¹ Cfr., ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 138 del 2010, in cui la Corte, nella parte motiva della sentenza, ricorda che «nello stesso senso è la dottrina, in maggioranza orientata a ritenere che [...]»; 308 del 2009, in cui si legge che «tale lettura non fa altro che evidenziare un principio in realtà già presente nell'ordinamento, e consente di attribuire alla norma censurata un contenuto conforme ai parametri costituzionali, come, del resto, già ritenuto da diversi giudici di merito e dalla prevalente dottrina»; 332 del 2008, in cui si afferma che «ritenuto [...] che si imporrebbe, pertanto, una interpretazione "adeguatrice" – già prospettata, del resto, in dottrina e nella giurisprudenza di merito – la quale faccia salvi gli appelli, anteriormente proposti, con i quali sia stata dedotta una prova nuova e decisiva [...]»; 169 del 2008, dove la Corte sostiene che «perché il ricorrente possa proporre la domanda innanzi al tribunale del luogo in cui il convenuto abbia residenza o domicilio, non è sufficiente che la residenza comune dei coniugi sia venuta meno, ma è necessario che essa non sia mai esistita, non potendosi interpretare l'espressione "in mancanza" come equivalente a quella "qualora sia succes-

Esclusi i casi di utilizzo espresso del termine «dottrina», entrambe le coordinate del nostro campo di indagine (delimitato dai termini “riferimento implicito” e, appunto, “dottrina”) possono essere definite solo ricorrendo a quello che Schumpeter, attraverso l’evocativa formula della “visione”, ha definito nella sua *Storia dell’analisi economica* come l’“atto conoscitivo pre-analitico” che fornisce la “materia prima” della ricerca scientifica²². Si tratta, inevitabilmente, di una operazione astratta, che non può che essere fatta guardando alla giurisprudenza costituzionale, per così dire, “da lontano”. È proprio a causa di tale distanza si tratta, in una certa misura, anche di una definizione arbitraria, alla quale si può procedere con il solo conforto che deriva dalla constatazione che, come suggeriva Schopenhauer, «la lontananza rimpicciolisce gli oggetti all’occhio, ma li ingrandisce al pensiero».

Alla luce di queste premesse – e con tutti i limiti che da esse derivano – è possibile tracciare i confini dell’indagine che si è tentato di condurre.

sivamente venuta meno”, sia perché vi osta il dato letterale, che allude, inequivocabilmente, ad una situazione mai realizzatasi, sia perché è pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che i coniugi possano anche non avere mai avuto una residenza comune [...]»; 272 del 2007, in cui si censura che «il rimettente omette di valutare l’applicabilità alla fattispecie in questione, come riconosce la dottrina, dell’articolo 538 del codice di procedura penale [...]»; 379 del 2007, in cui la Corte ha cura di chiarire che «il remittente chiede, quindi, che la Corte enunci con una sentenza additiva un principio in realtà già presente nell’ordinamento; principio che consente di interpretare le disposizioni censurate attribuendo ad esse un contenuto conforme ai parametri costituzionali, come del resto già hanno ritenuto numerosi giudici di merito e la prevalente dottrina»; 191 del 2007, ove il Giudice delle leggi afferma che «l’istituto dell’interpello del contribuente, regolato dall’art. 11 della legge n. 212 del 2000, costituisce lo strumento attraverso il quale si esplica in via generale l’attività consultiva delle agenzie fiscali in ordine all’interpretazione delle disposizioni tributarie. In particolare, esso si sostanzia nella richiesta all’amministrazione finanziaria di un parere nelle ipotesi in cui vi siano obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione di dette disposizioni. Tale parere è vincolante soltanto per l’amministrazione e non anche per il contribuente, il quale resta libero di disattenderlo. Ciò si desume dalla medesima disposizione del citato art. 11 ed è confermato dall’interpretazione che la dottrina e la stessa amministrazione finanziaria ne hanno dato»; 1 del 1998, ove la Corte rileva che «la disparità di trattamento che, quanto alla garanzia della retribuzione, si viene in tal modo a determinare tra prestatori d’opera intellettuale e non intellettuale, risulta, come osservato dall’unanime dottrina, palesemente irragionevole, attesa l’omogeneità delle categorie di soggetti (e di crediti) messe a confronto e riconducibili allo stesso tipo contrattuale delineato dall’art. 2222 cod. civ.»; 271 del 1993 in cui si legge che «la premessa della diversità di disciplina, dalla quale muove il giudice rimettente, non appare quindi esatta. Quella premessa è stata contrastata da parte della dottrina e disattesa da numerose sentenze dei giudici di merito»; 462 del 1989; 62, 47 del 1980; 266 del 1974; 159 del 1970, in cui si afferma che «la tutela della pubblica decenza prevista dall’art. 725 del codice penale impedisce soltanto, per unanime dottrina e giurisprudenza, la violazione delle regole di pudicizia o di costumatezza che la civile convivenza esige siano da tutti osservate»; 98 del 1970, in cui si legge che «in conformità con la prevalente opinione della dottrina e della giurisprudenza, deve essere negato il carattere giurisdizionale delle commissioni per il gratuito patrocinio».

²² J. SCHUMPETER, *Storia dell’analisi economica*, a cura di C. Napoleoni, Torino, 1972, pp. 52-4.

Più in particolare, si deve chiarire in sede introduttiva che si è inteso per “riferimento implicito” ogni forma di condizionamento extratestuale che pare di poter rinvenire nell’argomentazione delle decisioni del giudice costituzionale, non limitando l’analisi ai soli casi di “richiamo” o “rinvio” implicitamente operati a questa o quella posizione dottrinarie, ma estendendola al complesso dei fattori teorico-ricostruttivi che le medesime paiono talora presupporre o di cui sembrano servirsi per contestualizzare la decisione (non sempre in maniera adesiva), soprattutto ove considerate non *uti singulae*, ma in “combinato disposto” con altre pronunzie o nel quadro di veri e propri orientamenti giurisprudenziali.

Analogamente, in relazione al termine “dottrina” si è praticata una nozione più ampia rispetto a quella di “mera” fonte dell’interpretazione giuridica (alla Guastini, per intendersi), tenendo conto non solo delle interpretazioni proposte dai vari autori in relazione alle norme applicate nel giudizio costituzionale (“norme-parametro” e “norme-oggetto”), ma anche delle ricostruzioni dottrinarie relative ai presupposti teorici degli istituti, alle opzioni di metodo ermeneutico e alle prospettive ricostruttive implicate dalle varie discipline. Per apprezzare la rilevanza delle conseguenze che discendono dalla scelta operata basterà pensare a quanto profondamente diverso sia affrontare la medesima questione dal punto di vista del diritto positivo oppure da quello della storia del diritto (che esprime anch’essa una componente dottrinarie di cui si rinviene significativa traccia nelle decisioni del Giudice costituzionale), come anche a quanto possa mutare, in punto di interpretazione conforme o di interpretazione sistematica, il significato attribuito a determinate disposizioni a seconda che ad esse si guardi dal punto di vista del diritto interno oppure da quello del diritto internazionale o sovranazionale (a sua volta sempre più presente nelle argomentazioni e non solo nelle competenze professionali dei Giudici della Corte).

Sia in relazione al concetto di “riferimento implicito” che alla nozione di “dottrina” la scelta preanalitica effettuata nel senso dell’ampliamento dei confini della ricerca presenta un vantaggio, la cui massimizzazione costituisce il motivo di fondo che ha guidato la riflessione che ho condiviso con gli organizzatori di questo Convegno. Il vantaggio in questione risiede nella strumentalità dell’impostazione prescelta rispetto al convincimento che un’indagine sui rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina può dare i suoi frutti più maturi solo se si spinge oltre l’individuazione della “mano” dei singoli Giudici nelle sentenze – si passi l’espressione – più “dottrinarie”, fino a provare a ricostruire, come dice Weber in *Economia e Società*, il “bagaglio di personalità del giudice”²³ che emerge dalle decisioni, ossia il complesso di quei riferimenti scientifici, più ampiamente culturali, e quasi psicologici, che ne rappresentano il contesto e ne orientano le interpretazioni del testo.

²³ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), intr. it. P. Rossi, *Economia e società*, vol. II, Milano, 1974, pp. 192 e ss.

Naturalmente, non si può sottacere che una operazione di questo tipo presenta anche un non secondario inconveniente, quello di poter essere compiuta solo se si rinuncia a qualsiasi pretesa di esaustività e si procede secondo una logica di tipo esemplificativo, ossia assumendo alcuni casi a paradigma delle diverse forme in cui, all'interno delle decisioni della Corte, si rinviene traccia della dottrina. Più che cercare di censire "quali dottrine" sono implicitamente citate dalla giurisprudenza costituzionale (tentativo che apparirebbe per lo meno velleitario) si tratta, allora, di ricostruire "come", ossia con quali modalità ricostruttive e argomentative, le decisioni della Corte fanno uso della dottrina.

Una indagine di questo tipo consente di addivenire alla conclusione che esiste un articolato quadro di ipotesi in cui la dottrina è implicitamente citata dalle decisioni della Corte costituzionale e che i riferimenti impliciti presentano profili di interesse assai più significativi rispetto alle citazioni espresse di cui si è detto prima.

Proprio per sottolineare quest'aspetto è parso opportuno espungere dall'analisi quel complesso di casi in cui le decisioni del Giudice costituzionale fanno generico riferimento ad orientamenti interpretativi consolidati nella riflessione scientifica, che vengono assunti a "mera" base di partenza dell'*iter* argomentativo sviluppato, senza che, però, si possa isolare uno specifico "peso" del contributo scientifico, sia esso strettamente ermeneutico (nel senso di direttamente decisivo per la scelta di una interpretazione) o anche "soltanto" (ma si vedrà che l'espressione non è qui affatto svalutativa) metodologico o ricostruttivo. Si tratta di quei casi in cui le decisioni costituzionali ricorrono a formule di stile del tipo «è opinione largamente condivisa»²⁴, ovvero «secondo l'opinione largamente condivisa»²⁵, oppure «alla stregua dell'opinione largamente maggioritaria»²⁶ ovvero «secondo una diffusa opinione»²⁷. In tali ipotesi, infatti, le citazioni implicite operano in maniera non molto dissimile da quei prima ricordati riferimenti espressi alla "dottrina", che, senza condizionare direttamente la decisione, richiamano l'esistenza di un quadro dottrinario (e, spesso, giurisprudenziale) condiviso.

Se, invece, si centra l'attenzione sui casi di riferimenti impliciti che sembrano, come si vedrà a vario titolo, avere un "riflesso condizionante" sulla decisione costituzionale, ci si avvede che nel vasto panorama giurisprudenziale offerto dagli ormai quasi sessant'anni di attività della Corte è dato distinguere tre differenti modi in cui le sentenze del Giudice costituzionale paiono relazionarsi con la dottrina. Scopo della presente relazione è provare a

²⁴ Ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 171 del 2007 e 302 del 2000.

²⁵ Corte cost., sent. n. 144 del 2008. Ricorre, invece, alla formula «è opinione pacifica» la sentenza n. 1 del 2013.

²⁶ Così, ad esempio, Corte cost., sent. n. 161 del 2004.

²⁷ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 250 del 2010; 155 del 2005; 332 del 2002.

classificarli, descriverli ed esemplificarli, a seconda del grado di intensità con cui il riferimento dottrinario implicito si manifesta “condizionando” l’*iter* argomentativo e la decisione.

2. I riferimenti impliciti a singole interpretazioni dottrinarie. Alcuni esempi paradigmatici di “citazioni” adesive o polemiche in materia di novelle costituzionali dell’autonomia regionale: il caso della giurisprudenza sui vizi censurabili nel giudizio in via principale

Una prima, più diretta, forma che i riferimenti dottrinari impliciti assumono nelle decisioni della Corte costituzionale è quella che si rinviene in tutte le pronunzie in cui il processo interpretativo segue itinerari e giunge a conclusioni già maturati o avversati in dottrina ed espressi all’interno di singole tesi scientifiche. Si tratta, come si accennava, di una “formula” tutto sommato abbastanza immediata ed agevolmente distinguibile, perché la riflessione giuridica implicitamente citata condiziona direttamente il contenuto della motivazione e della decisione. E si tratta della tipologia di riferimento implicito in cui l’accesso della dottrina alla decisioni costituzionali si concretizza con maggiore frequenza. Ciò pare avvenire essenzialmente per ragioni strutturali, essendo, come noto, i due principali canali che “portano la dottrina alla Corte”, da un lato, l’istruttoria, che – come abbiamo sentito anche da Diletta Tega ieri – tiene in massima considerazione le opinioni espresse in sede scientifica in ordine alle varie opzioni interpretative possibili, dall’altro, la stessa composizione soggettiva del Giudice costituzionale, che contempla una costante ed autorevole, ancorché numericamente variabile, componente accademica, che immette direttamente nel circuito delle argomentazioni le posizioni scientifiche espresse in dottrina, sia proprie che non.

Questo tipo di citazione implicita – che assume talvolta valore adesivo, talaltra funzione “polemica” – ricorre prevalentemente nelle decisioni su questioni (uso qui l’espressione in senso atecnico di *issues*, quindi non nel senso di q.l.c.) che sono state oggetto di analisi scientifica particolarmente attenta, o per effetto dell’introduzione di novelle normative (soprattutto costituzionali) in cerca di assestamento giurisprudenziale o per il “tono costituzionale” particolarmente elevato che le contraddistingue. In tali casi, infatti, l’esistenza di alternative ermeneutiche già sviscerate in dottrina restituisce all’interprete della giurisprudenza l’impressione che le decisioni della Corte abbiano, con le proprie argomentazioni, inteso aderire (o criticare) all’una o all’altra posizione dottrina, pur non espressamente richiamata e di cui, magari, si riprende solo una parte del percorso argomentativo.

Come esempio di questo tipo di citazione implicita si può prendere la sentenza n. 274 del 2003, che, come noto, è intervenuta sulla *vexata quaestio* della c.d. “parità delle armi” tra Stato e Regioni nel giudizio in via princi-

pale²⁸, chiarendo che, anche dopo la novella dell'art. 127 Cost. operata dalla legge di revisione costituzionale del Titolo V, Parte II della Costituzione, soltanto lo Stato, cui è «riservata» la «peculiare posizione» di soggetto avente il compito di tutelare le esigenze unitarie della Repubblica, è legittimato ad impugnare per fare valere vizi ulteriori rispetto a quelli di competenza.

Come tutti ricorderanno, dopo la legge cost. n. 3 del 2001, si era sviluppato un intenso dibattito sul punto²⁹. Infatti, parificata l'iniziativa statale e regionale sotto il profilo del *quando* dell'impugnazione e superati i problemi applicativi del periodo transitorio³⁰, è apparso subito chiaro che la partita decisiva si sarebbe giocata sulla legittimazione ad agire. Il definitivo volto del sindacato in via principale, infatti, non poteva che dipendere da come sarebbe stato sciolto, presumibilmente in via giurisprudenziale, il nodo dei vizi censurabili dal ricorrente. E la dottrina non aveva mancato di evidenziare che ciò sarebbe potuto avvenire con esiti potenzialmente molto diversi, per lo meno dal punto di vista dei modelli teorici di riferimento: il perdurare dell'originaria distinzione tra i parametri invocabili dallo Stato e dalle Regioni³¹ avrebbe continuato ad impedire l'epifania di una nozione unitaria di parte; l'equiparazione «verso l'alto»³², consentendo anche alle Regioni di

²⁸ Che da tempo la dottrina indica come traduzione processuale del principio di leale collaborazione. Cfr., sul punto, P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989, pp. 473 e ss.; A. ANZON, «Leale collaborazione» tra Stato e Regioni, modalità applicative e controllo di costituzionalità, in *Giur. cost.*, 1998, pp. 3531 e ss.; C. SALAZAR, *L'accesso al giudizio in via principale e la «parità delle armi» tra Stato e Regioni: qualche considerazione sul presente ed uno sguardo sul possibile futuro*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, pp. 238 e ss.

²⁹ Tutta la vicenda dottrina e giurisprudenziale cui nel testo si fa sinteticamente cenno è stata criticamente analizzata in sede monografica da C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Padova, 2005, *passim*, e, quanto al suo epilogo, pp. 256 e ss.

³⁰ Cfr. in particolare, P. NICOSIA, *Primi passi della Corte costituzionale nell'applicazione del nuovo art. 127 della Costituzione*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*; A. RUGGERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, p. 39; A. CONCARO, *La riforma del titolo V: problemi di diritto intertemporale*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 1340-1.

³¹ Questa la previsione di R. ROMBOLI, in *Premessa a Le modifiche al titolo V della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 193.

³² Auspicata, tra gli altri, da F. DELLO SBARBA, *Le impugnazioni delle leggi statali e regionali*, in G. VOLPE (a cura di), *Alla ricerca dell'Italia federale*, Pisa, 2003, pp. 213 e ss.; D. BESSI, *L'interesse a ricorrere nel giudizio in via principale nel Titolo V novellato*, già in *Forum dei Quaderni costituzionali* ed ora in *Le Regioni*, 2004, p. 229; M. D'AMICO, *Le modifiche al processo costituzionale nell'art. 9 della legge 5 giugno 2003, n. 131*, in B. CARAVITA (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004, pp. 400 e ss. È questa la tesi sostenuta, prima della riforma, da G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, p. 163.

censurare vizi diversi da quelli d'incompetenza, avrebbe degradato le parti a meri contraddittori formali nell'interesse della costituzionalità dell'ordinamento; il livellamento "verso il basso"³³, impedendo anche allo Stato di doversi dell'incostituzionalità della normativa regionale per motivi diversi dalla tutela della propria sfera di competenza, avrebbe trasformato il giudizio in un vero e proprio conflitto di attribuzioni legislative.

In questo così articolato quadro dottrinario, la decisione della Corte pare contenere un riferimento implicito alla ricordata dottrina che si era espressa a favore dell'interpretazione "continuista" sulla base del rilievo che, non potendosi ritenere che la vicenda giurisprudenziale ancorata all'uso delle diverse espressioni «ecceda la sfera di competenza» e «leda la sua sfera di competenza» fosse sconosciuta al legislatore della revisione costituzionale, avrebbe dovuto concludersi che esso avesse inteso conservare la differenza di regime in tema di vizi censurabili³⁴. La sentenza n. 274 del 2003, infatti, richiama proprio l'argomento letterale del mantenimento delle due formule, così come interpretate dalla giurisprudenza prima della riforma.

A ben vedere, però, essa si spinge oltre e "puntella" in termini sistematici la dottrina implicitamente citata, così idealmente replicando alle posizioni dottrinarie disattese, che, per giungere a soluzioni differenti, avevano valorizzato altri elementi interpretativi, come l'equiordinazione degli enti costitutivi della Repubblica di cui al nuovo art. 114 Cost., oppure l'introduzione della clausola residuale in favore delle Regioni ad opera dell'art. 117, comma 4, Cost., oppure ancora la qualificazione del ricorso del Governo contro le leggi regionali come successivo, e non più preventivo, ai sensi dell'art. 127 Cost. novellato. Vi si afferma, infatti, che, nonostante i fattori ermeneutici ricavabili dal nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato resta pur sempre riservata, nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all'art. 5 della Costituzione, ma anche dalla «ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi

³³ È la soluzione caldeggiata da C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 195; E. GIANFRANCESCO, *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2001, p. 130; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 1230-1, con particolare riguardo ai parametri utilizzabili; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, ivi, pp. 1305 e ss.; A. D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2028; M. CAVINO, *Eccesso e invasione-lesione di competenza dopo la riforma del Titolo V della II parte della Costituzione*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1341.

³⁴ R. ROMBOLI, *op. e loc. ult. cit.*

internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative (art. 117, comma 1) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120, comma 2)»³⁵. Ma, probabilmente, il passaggio più significativo nella prospettiva evidenziata è quello successivo, in cui si contesta espressamente la bontà di uno degli argomenti prima ricordati affermando che «lo stesso art. 114 della Costituzione non comporta affatto una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro: basti considerare che solo allo Stato spetta il potere di revisione costituzionale e che i Comuni, le Città metropolitane e le Province (diverse da quelle autonome) non hanno potestà legislativa»³⁶.

2.1 (segue): l'affermazione pretoria del carattere preventivo del controllo di costituzionalità sugli statuti delle Regioni ordinarie

Altra vicenda giurisprudenziale che appare significativa nella prospettiva qui evidenziata – e che presenta molti profili di analogia con la precedente – è quella che si è sviluppata, dopo la riforma dell'art. 123 Cost. con la legge cost. n. 1 del 1999, intorno alla questione del carattere preventivo o successivo del controllo di costituzionalità degli statuti delle Regioni ordinarie. Anche in questo caso, infatti, ci si imbatte in una decisione della Corte, la sentenza n. 304 del 2002, che interviene su un problema interpretativo in materia regionale, determinato da una novella costituzionale e su cui si era sviluppato un amplissimo dibattito dottrinario.

Come tutti ricorderanno, infatti, fin dall'entrata in vigore della legge cost. 11 novembre 1999, n. 1, uno dei nodi maggiormente problematici nella ricostruzione della novellata autonomia statutaria delle Regioni ordinarie era subito apparso quello relativo ai profili procedimentali del controllo di costituzionalità dello statuto a seguito dell'impugnazione governativa³⁷. In particolare, le principali incertezze si erano appuntate sul carattere preventivo o successivo di tale controllo e ciò fondamentalmente a causa della laconicità e dell'ambiguità della formulazione normativa utilizzata dal legislatore della

³⁵ Corte cost., sent. n. 274 del 2003, punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

³⁶ Corte cost., sent. n. 274 del 2003, punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

³⁷ Per un'analisi complessiva che dia conto, preliminarmente, delle varie questioni ermeneutiche e delle diverse opzioni interpretative vedi R. TOSI, *Incertezze e ambiguità della nuova autonomia statutaria*, in *Le Regioni*, 1999, pp. 848 e ss.; A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, in *Rass. parl.*, 2000, pp. 610 e ss.; Q. CAMERLENGO, *Le fonti del diritto regionale in trasformazione*, Milano, 2000, pp. 33 e ss.; A. SPADARO, *Il limite costituzionale dell'«armonia con la Costituzione» e i rapporti fra lo statuto e le altre fonti del diritto*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 481 e ss.; A. M. POGGI, *L'autonomia statutaria delle regioni*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, cit., pp. 65-6; M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le costituzioni regionali?*, Bologna, 2002, pp. 103 e ss.

revisione costituzionale. Il nuovo testo dell'art. 123 Cost., infatti, si era limitato a prevedere, al comma 2, che «il Governo della Repubblica può promuovere la questione di legittimità costituzionale sugli statuti regionali davanti alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla loro pubblicazione» ed al comma 3 che «lo statuto è sottoposto a referendum popolare qualora entro tre mesi dalla sua pubblicazione ne faccia richiesta un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti il Consiglio regionale».

L'adozione di una siffatta formulazione letterale non poteva non lasciare dubbi in ordine alla decorrenza del termine di trenta giorni per la proposizione dell'impugnazione governativa, giacché non era chiaro se la pubblicazione che determinava il decorso del termine per la proposizione della questione di legittimità costituzionale della deliberazione statutaria avesse carattere notiziale oppure se il testo costituzionale intendesse fare riferimento alla pubblicazione successiva alla promulgazione. Unico dato certo sembrava essere, dunque, che lo statuto, analogamente alle leggi costituzionali approvate a maggioranza assoluta³⁸, era destinato ad una doppia pubblicazione: una prima, immediatamente dopo la seconda deliberazione consiliare, ai fini del decorso del termine per la proposizione del *referendum* ed una seconda, successiva alla promulgazione, ai fini dell'entrata in vigore dello statuto³⁹.

Entrambe le interpretazioni sono state sostenute in dottrina con varietà di argomenti⁴⁰. E di tale dibattito si rinviene traccia nell'articolata motivazione della sentenza, la quale pare contenere diverse citazioni implicite, sia di

³⁸ Sui punti di contatto tra il procedimento di formazione degli statuti regionali e l'iter formativo previsto per le leggi costituzionali dall'art. 138 Cost., vedi A. RUGGERI, *In tema di elezione diretta dei Presidenti regionali e di altri profili attinenti all'organizzazione regionale (prime notazioni)*, in *Le Regioni*, 1999, pp. 1067 e ss.

³⁹ Per la verità deve essere osservato come sia stata anche prospettata in dottrina l'ipotesi che la deliberazione statutaria fosse soggetta non a due ma a tre pubblicazioni: una prima notiziale, a partire dalla quale decorre il termine per la proposizione del ricorso governativo; una seconda, anch'essa notiziale, che fa decorrere il termine per la richiesta della consultazione referendaria; una terza necessaria, successiva alla promulgazione, con funzione integrativa dell'efficacia. Cfr. A. D'ATENA, *ult. cit.*, p. 613; U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti*, in *Le Regioni*, 2000, p. 596, i quali avanzavano quest'ipotesi nel tentativo di risolvere i problemi di coordinamento tra il controllo di costituzionalità ed il *referendum* popolare. Nello stesso senso, commentando la sent. n. 304 del 2002, si è espresso S. MANGIAMELI, *La nuova potestà statutaria davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2365. Giova osservare incidentalmente come la strada della doppia pubblicazione notiziale non sia rimasta una mera opzione teorica, ma sia stata intrapresa dai legislatori regionali che hanno disciplinato il *referendum* di cui al comma 2 dell'art. 123 Cost., anche se successivamente privata di prospettive dalla giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 12 del 2006. Sul punto sia consentito un rinvio al mio *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Milano, 2007, pp. 129-148.

⁴⁰ Il panorama dottrinario sul punto, volendo, si può trovare ricostruito nel mio *Il controllo di costituzionalità sugli statuti regionali. Le lacune del legislatore e la supplenza della Corte costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, pp. 658 e ss.

tipo adesivo che polemico. A tale conclusione è dato giungere se si ripercorrono i tratti salienti del percorso argomentativo sviluppato dalla decisione.

Il primo argomento utilizzato dalla sentenza per giustificare l'interpretazione offerta ha carattere sistematico e si fonda su due distinte considerazioni.

La prima ha ad oggetto l'impossibilità di giungere all'opposta conclusione del carattere successivo del controllo di costituzionalità sulla base di una rilevata analogia o simmetria tra statuti e leggi regionali. Al riguardo, vale la pena evidenziare che, prima dell'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001 recante le modifiche al Titolo V, Parte II della Costituzione, parte della dottrina aveva individuato nel parallelismo tra statuto e legge uno degli argomenti in grado di avvalorare la tesi del carattere preventivo del controllo. A seguito dell'intervenuta revisione costituzionale dell'art 127 Cost. e dell'introduzione del nuovo sistema di controlli sulla legislazione regionale, la Corte sente l'esigenza di chiarire che l'argomento non può nemmeno essere utilizzato a sostegno dell'opposta tesi, pure autorevolmente sostenuta in dottrina⁴¹, della natura successiva del giudizio costituzionale a causa del diverso valore, «inteso nel senso convenzionale di trattamento giuridico», che contraddistingue lo statuto rispetto alle ordinarie leggi regionali; valore che risulta comprovato dall'aggravato procedimento di formazione dell'atto che il legislatore del 1999 ha voluto introdurre.

La seconda considerazione svolta dalla Corte è, invece, relativa a quello che la stessa sentenza n. 304 del 2002 definisce il «ponderato equilibrio delle scelte» operato con la riforma dell'art. 123 Cost.; equilibrio rispetto al quale risulta essenziale il riconoscimento del carattere preventivo del sindacato di legittimità costituzionale. Afferma, infatti, la sentenza in esame che il pieno soddisfacimento delle istanze autonomistiche, attraverso l'attribuzione allo statuto di «un valore giuridico che lo colloca al vertice delle fonti regionali» e la scomparsa dell'approvazione parlamentare, può conciliarsi con il doveroso rispetto della legalità costituzionale solo attraverso la previsione di un controllo di costituzionalità da effettuarsi in via preventiva, essendo questa l'unica soluzione in grado di «impedire che eventuali vizi di legittimità dello statuto si riversino a cascata sull'attività legislativa e amministrativa della Regione, per la parte in cui queste siano destinate a trovare nello statuto medesimo il proprio fondamento esclusivo o concorrente»⁴².

⁴¹ T. GROPPi, *Quale garante per lo statuto regionale?*, in AA. VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati*, Milano, 2001, p. 295; E. LAMARQUE, *Il nuovo art. 127 della Costituzione e il giudizio di legittimità costituzionale in via di azione*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 98; M. CARLI, *L'autonomia statutaria*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione (sub artt. 121, 122, 123, 126. Supplemento legge cost. 22 novembre 1999, n. 1)*, Bologna-Roma, 2002, pp. 216 e 218.

⁴² Corte cost., sent. n. 304 del 2002, punto 1 del *Considerato in diritto*.

Anche questo passaggio sembra contenere una citazione implicita di tipo *latu sensu* “polemico”, la quale si coglie, però, a differenza della precedente, non nella critica di un argomento emerso nella riflessione scientifica, ma nella scelta di un percorso motivazionale diverso da quello proposto in dottrina. Al riguardo, vale, infatti, la pena mettere in evidenza come la Corte, nella ricostruzione sistematica dell’art. 123 Cost., faccia leva, individuando nel sindacato precedente l’entrata in vigore dello statuto lo strumento principe per garantire il rispetto della legalità costituzionale, sull’inscindibilità del binomio autonomia statutaria-controllo preventivo⁴³ e non sulle inammissibili conseguenze cui avrebbe dato luogo un sindacato di legittimità successivo al *referendum* popolare, argomento che pure sarebbe andato nella medesima direzione e che era stato ampiamente utilizzato dalla dottrina. Era stato, infatti, sostenuto che consentire l’accesso allo strumento referendario prima del decorso del termine per la proposizione del ricorso alla Corte, o prima della conclusione del giudizio di legittimità costituzionale e dell’eventuale integrazione del testo dichiarato parzialmente illegittimo da parte del Consiglio regionale, sarebbe stato «inopportuno, se non giuridicamente impossibile» per l’eventualità che la Corte si trovasse a sovrapporre la propria declaratoria di illegittimità costituzionale ad una pronuncia adesiva del corpo elettorale, alterando così i delicati equilibri che presiedono al circuito attraverso cui si struttura la stessa forma di governo⁴⁴.

Alle motivazioni di ordine sistematico la Corte ha, poi, affiancato altri due argomenti, un primo di carattere propriamente esegetico ed un secondo di natura, per così dire, logico-topografica. Ad entrambi si collegano citazioni implicite di tipo adesivo.

Il primo argomento ha ad oggetto l’individuazione del corretto significato da attribuire al termine «pubblicazione». Al riguardo, la Corte ha, in primo luogo, osservato che l’espressione ricorre tanto nel comma 2, in cui si disciplina il ricorso governativo, quanto nel comma 3, in cui si prevede la possibilità di attivare la consultazione referendaria. Ha proceduto, poi, rilevando come la pubblicazione di cui al comma 3 dell’art. 123 Cost. abbia sicuramente carattere notiziale, avendo il compito di far decorrere il termine di tre mesi per la proposizione del *referendum* e non di concretare la fase

⁴³ Critica la costruzione teorica di questo binomio C. FUSARO, *Autonomia statutaria sì, ma senza violare la Costituzione né eluderla*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1473, il quale osserva che se la finalità del sindacato fosse la prevenzione dei riflessi negativi che l’illegittimità costituzionale dello statuto determina sulla legislazione ed amministrazione regionale, il legislatore avrebbe introdotto un controllo obbligatorio più che preventivo.

⁴⁴ Così U. DE SIERVO, *op. e loc. ult. cit.*; ID., *I nuovi statuti nel sistema delle fonti*, in A. FERRARA (a cura di), *Verso una fase costituente delle Regioni?*, Milano, 2001, pp. 100 e ss.; R. TOSI, *ult. cit.*, p. 534; G. TARLI BARBIERI, *Il referendum nel procedimento di formazione dello statuto regionale*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive*, I, *La nuova forma di governo delle Regioni*, Torino, 2001, p. 141.

integrativa dell'efficacia, aprendo la via all'entrata in vigore dell'atto. Infine, da tale constatazione, sulla base della premessa che sarebbe «assai arduo immaginare, in assenza di una esplicita indicazione in tal senso da parte del legislatore costituzionale, che quella stessa parola *pubblicazione* [...] abbia un significato totalmente disomogeneo»⁴⁵ quando viene utilizzata nel contesto del comma 2, ha ricavato la conclusione, già formulata su questa base in dottrina⁴⁶, che anche in quel caso il termine si riferisce ad una forma di pubblicità notiziale e non necessaria.

Il secondo argomento cui si accennava è, invece, relativo alla “architettura logica” del novellato testo dell'art. 123 Cost. In proposito, la Corte ha affermato che l'interpretazione che porta a qualificare il ricorso governativo come preventivo è confermata dall'analisi della struttura dell'articolo, poiché «le diverse disposizioni delle quali la disciplina degli statuti regionali si compone sono poste in una successione che corrisponde pienamente all'articolazione del controllo in due fasi distinte ed autonome: il giudizio di legittimità e il referendum»⁴⁷. Anche in questo passaggio sembra potersi cogliere un'ulteriore citazione implicita della dottrina, che viene, però, qui richiamata con una variante argomentativa. Mentre, infatti, gli autori implicitamente citati avevano posto l'accento sulla struttura della disposizione valorizzando l'idea che il *referendum* previsto nel terzo ed ultimo comma fosse un istituto “di chiusura” del procedimento di formazione degli statuti e, quindi, non potesse che venire dopo il controllo della Corte⁴⁸, la sentenza ha privilegiato un argomento *a contrario*, facente leva sulla constatazione che, se si accogliesse la denegata tesi secondo cui il controllo di costituzionalità deve avere ad oggetto deliberazioni statutarie già entrate in vigore, la sequenza procedimentale prevista dal legislatore del 1999 avrebbe un andamento logicamente non coerente, perché «sarebbe disciplinato prima, nel secondo comma, un controllo di costituzionalità temporalmente successivo, e quindi, nel terzo, una consultazione popolare avente ad oggetto quello stesso atto la cui validità potrebbe essere, in tutto o in parte, negata dalla Corte costituzionale»⁴⁹.

2.2 (segue): le sentenze sulla titolarità del potere regolamentare regionale

Come ulteriore esempio di riferimento implicito operato dalla giurisprudenza costituzionale nell'ambito di questioni di costituzionalità che intervengono a chiarire il significato di novelle costituzionali particolarmente

⁴⁵ Punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Vedi A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, cit., p. 611.

⁴⁷ Sempre punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ Vedi R. TOSI, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie: procedimento e limiti*, in *Le Regioni*, 2000, p. 531; U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 596.

⁴⁹ Ancora punto 2 del *Considerato in diritto*.

controverse in dottrina si può citare la conosciutissima vicenda che ha preso le mosse dalla soppressione, nel testo dell'art. 121 Cost., delle parole «e regolamentari», disposta dalla legge cost. n. 1 del 1999. È noto che sul punto, dopo l'entrata in vigore della ricordata riforma, si è avuto in dottrina un ampio dibattito dottrinario che ha cercato di chiarire se il nuovo testo costituzionale importasse l'immediata sottrazione della potestà regolamentare al Consiglio⁵⁰ oppure se la norma intendesse soltanto eliminare la riserva a favore dell'organo assembleare, affidando la scelta definitiva sull'allocatione del potere regolamentare allo statuto⁵¹. La stessa incertezza si era riscontrata anche nella prima giurisprudenza amministrativa che si era occupata della questione, la quale oscillava senza fornire indicazioni risolutive tra la prima e la seconda interpretazione⁵². Non era mancata, invece, una netta presa di posizione del Dipartimento per gli affari regionali della Presidenza del Consiglio, il quale, con una direttiva (del 17 marzo 2000) rivolta ai Commissari di governo, aveva sposato la tesi dell'immediato trasferimento della competenza alla Giunta, dando così il la ad una corposa serie di rinvii di leggi regionali che prevedevano l'adozione di regolamenti da parte del Consiglio⁵³.

⁵⁰ Così, tra gli altri, B. CARAVITA, *La funzione normativa tra Consiglio e Giunta*, in AA. VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione*, cit., pp. 110 e ss.; ID., *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, 2002, pp. 100 e ss.; C. CIRRI, *Considerazioni sul potere regolamentare delle Regioni dopo la l. cost. 1/1999*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive*, vol. I, cit., pp. 209 e ss.; A. RUGGERI, *Le fonti di diritto regionale, ieri, oggi, domani*, Torino, 2001, pp. 115 e ss.; G. TARLI BARBIERI, *La potestà regolamentare delle Regioni dopo la l. cost. 1/1999*, in *Le Regioni*, 2000, pp. 643 e ss.; ID., *Appunti sul potere regolamentare delle Regioni nel processo di riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 417 e ss.; G. D'AMICO, *La controversa titolarità della potestà regolamentare regionale tra modello comunale e modello statale*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, pp. 137 e ss.; E. CATELANI, *La potestà regolamentare delle Regioni*, in G. VOLPE (a cura di), *Alla ricerca dell'Italia federale*, cit., pp. 121 e ss.; A. LUCARELLI, *Finalmente dignità ai regolamenti regionali! Il "nuovo" art. 117 Cost. ed il potere regolamentare regionale nelle materie concorrenti*, in *Federalismi.it*; O. ZANASI, *Una possibile lettura dell'art. 121 della Costituzione in materia di potestà regolamentare*, ivi.

⁵¹ Vedi, tra gli altri, Q. CAMERLENGO, *Le fonti regionali del diritto in trasformazione*, Milano, 2000, pp. 124 e ss.; U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti*, cit., pp. 591 e ss.; R. TOSI, *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie*, cit., pp. 543 e ss.; ID., *La competenza regolamentare dei Consigli regionali (abrogazione, illegittimità costituzionale o altro ancora?)*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 123 e ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti nel testo unico dell'edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, pp. 24 e ss.; A. D'ATENA, *Statuti regionali e sistema delle fonti: tre domande*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*; M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo*, cit., pp. 421 e ss.; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, p. 145; C. CALVIERI, *Stato regionale in trasformazione: il modello autonomistico italiano*, Torino, 2002, p. 125.

⁵² Cfr. Q. CAMERLENGO, *La titolarità del potere regolamentare nella transizione verso il nuovo assetto statutario delle Regioni di diritto comune*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, pp. 61 e ss.; E. BALBONI, M. MASSA, *Un giudizio amministrativo dal tono costituzionale: la potestà regolamentare regionale dopo la legge cost. n. 1 del 1999*, in *Le Regioni*, 2002, pp. 609 e ss.

⁵³ Sulle vicende istituzionali successive all'entrata in vigore della legge cost. n. 1 del 1999

È altrettanto noto che in direzione diametralmente opposta a quella indicata dall'esecutivo si è orientata, dopo un primo periodo di incertezza⁵⁴, la giurisprudenza costituzionale con le celeberrime sentenze nn. 313 e 324 del 2003⁵⁵. In particolare, la prima di queste due sentenze ha affermato che la decisione sulla spettanza della potestà regolamentare «non può che essere contenuta in una disposizione dello statuto regionale, modificativa di quello attualmente vigente, con la conseguenza che, nel frattempo, vale la distribuzione delle competenze normative già stabilita

vedi, per tutti, G. TARLI BARBIERI, *La potestà regolamentare delle Regioni*, cit., pp. 647 e ss. Una critica di metodo alla citata interpretazione fornita dal Governo si legge in U. DE SIERVO, *Le potestà regolamentari*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Le fonti del diritto regionale*, cit., p. 161. Per una valutazione – sempre critica – della coerenza della condotta governativa in materia di ricorsi sulla potestà regolamentare, vedi G. TARLI BARBIERI, *La Corte costituzionale “riconsegna” il potere regolamentare ai Consigli regionali, nella “transizione infinita” verso i nuovi Statuti*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2995 e B. CARAVITA, *L'autonomia statutaria*, in *Le Regioni*, 2004, p. 327.

⁵⁴ Cfr. l'ord. n. 87 del 2001, in *Le Regioni*, 2001, p. 751, in cui la Corte, affermando che la «modifica introdotta dalla legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1 [...] ha eliminato l'obbligatorietà dell'approvazione dei regolamenti da parte del Consiglio regionale o in altri termini ha consentito di fare venire meno la riserva esclusiva di competenza dei Consigli regionali del potere di adottare regolamenti», dava un primo segnale a favore della tesi della competenza statutaria. Nello stesso senso vedi P. GIANGASPERO, *La Corte interviene sul problema del riparto della competenza regolamentare nelle Regioni ordinarie*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 760 e ss.; A. RUGGERI, *Le fonti di diritto regionale*, cit., p. 115, nota 130; M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni*, cit., p. 425; G. PARODI, *La nuova disciplina costituzionale del potere regolamentare*, in G.F. FERRARI, G. PARODI (a cura di), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Padova, 2003, p. 127. *Contra*, B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma*, cit., p. 104.

⁵⁵ Corte cost., sentt. nn. 313 e 324 del 2003, risp. punti 7.4 e 4 del *Considerato in diritto*. A commento di tale giurisprudenza, anche per una più analitica ricostruzione dell'intenso dibattito che l'ha preceduta, si rinvia, per prima approssimazione, ad A. RUGGERI, *L'autonomia statutaria al banco di prova del riordino del sistema regionale delle fonti (a margine di Corte cost. n. 313 del 2003)*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*; E. BALBONI, *Il ruolo degli Statuti: «l'autonomia è la regola; i limiti sono l'eccezione»*, ivi; ID., *La potestà regolamentare regionale nel quadro dell'autonomia statutaria*, ivi ed in *Le Regioni*, 2004, pp. 648 e ss.; D. BESSI, *La titolarità del potere regolamentare regionale: la scelta spetta agli statuti*, in *Consulta on line*; V. COCOZZA, *Osservazioni in tema di potestà regolamentare dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 2003*, in *Federalismi.it*, 11/2003; L. SALVEMINI, *Ulteriori riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 313/2003*, ivi, 12/2003; A. LUCARELLI, *Forme di governo e potere regolamentare nel regime transitorio regionale (a margine di Corte cost. n. 313 del 2003)*, ivi, 13/2003; M. LUCIANI, *I regolamenti regionali restano (per ora) ai Consigli*, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 2984 e ss.; G. TARLI BARBIERI, *La Corte costituzionale “riconsegna”*, cit.; O. ZANASI, *Quando lo statuto regionale consente alla Giunta l'esercizio del potere regolamentare*, in *Federalismi.it*, 18/2004; P. GIANGASPERO, *Statuti regionali ordinari e potere regolamentare regionale*, in *Le Regioni*, 2004, pp. 658 e ss.; V. TAMBURRINI, *La titolarità della potestà regolamentare delle regioni: profili problematici*, in *Quad. reg.*, 2004, pp. 181 e ss. e, più di recente, a A. IANNUZZI, *Regolamenti delle Regioni. Questioni teoriche e aspetti problematici*, Napoli, 2012, pp. 109 e ss.

nello statuto medesimo, di per sé non incompatibile con il nuovo art. 121 della Costituzione». Come noto, le due decisioni sono state, poi, richiamate dalla sentenza n. 2 del 2004 sullo statuto calabrese, in cui la Corte ha per la prima volta fatto applicazione nel giudizio statutario della regola individuata nell'ambito del controllo sulle leggi regionali⁵⁶, riconoscendo la piena legittimità costituzionale di una norma statutaria che attribuiva al Consiglio la potestà regolamentare di attuazione e di integrazione in materia di legislazione esclusiva dello Stato che da questo fosse stata delegata alla Regione⁵⁷.

Ciò che, però, vale la pena mettere in evidenza nella nostra prospettiva è che la sentenza n. 313 perviene a questa conclusione attraverso una citazione polemica nei confronti degli argomenti che la dottrina aveva utilizzato per sostenere la tesi denegata. Tali argomenti, infatti, vengono prima analiticamente richiamati⁵⁸ e, poi, premesso che si tratta di «tanti [argomenti]

⁵⁶ Segnatamente, il giudizio conclusosi con la sentenza n. 313 ha avuto ad oggetto la legge regionale Lombardia n. 2 del 2002; quello deciso con la sentenza n. 324, invece, la legge regionale Campania n. 9 del 2002.

⁵⁷ Cfr. Corte cost., sent 2 del 2004, punto 7 del *Considerato in diritto*, in cui il Giudice delle leggi, non sottraendosi a valutazioni di opportunità costituzionale, aggiunge che l'attribuzione al Consiglio di tale potestà regolamentare «appare tutt'altro che irragionevole, in considerazione della probabile maggiore rilevanza di questa ipotetica normazione secondaria regionale di attuazione o integrazione della legislazione esclusiva statale (e ciò anche al di là della specifica particolare importanza dell'una o dell'altra materia)».

⁵⁸ Più in dettaglio, si legge nella sentenza che la tesi secondo cui la modifica dell'art. 121, comma 2, della Costituzione avrebbe comportato l'immediata attribuzione della potestà regolamentare alla Giunta regionale, o con portata assoluta o, in subordine, almeno fino a quando i nuovi statuti regionali, da approvarsi a norma dell'art. 123 della Costituzione, non avessero disposto altrimenti si basa sui seguenti argomenti, addotti dalla difesa della Regione Lombardia: (a) la riconducibilità, come principio, della potestà regolamentare, quanto meno di quella esecutivo-attuativa, alla natura di «organo esecutivo» della Giunta regionale (art. 121, comma 3, della Costituzione) e quindi l'immediata espansione di tale principio, una volta eliminata la previsione espressa, da parte dell'art. 121 della Costituzione, della competenza regolamentare del Consiglio, da concepirsi come derogatoria del principio; (b) il potere riconosciuto al Presidente della Giunta di «emanare» i regolamenti regionali – potere distinto da quello di «promulgare» le leggi regionali (art. 121, comma 4) –: emanazione che presupporrebbe l'idea di una partecipazione del vertice dell'esecutivo regionale alla formazione degli atti regolamentari; (c) l'attuale «forma di governo» regionale, caratterizzata dal rafforzamento dell'organo esecutivo risultante dal nuovo art. 123 della Costituzione, al quale dovrebbe corrispondere il rafforzamento dei suoi poteri normativi, tramite l'assegnazione della potestà regolamentare; (d) l'aumento delle competenze legislative regionali cui consegue, a norma dell'art. 117, comma 6, Cost. l'espansione della potestà regolamentare, con la conseguente incongruità, anche sotto il profilo del principio di «buon andamento» dell'amministrazione, di una perdurante potestà regolamentare consiliare, la quale sarebbe stata prevista, nell'originario art. 121 della Costituzione, più in funzione attuativa delle leggi dello Stato che non delle leggi della Regione; (e) gli orientamenti favorevoli alla competenza regolamentare delle Giunte regionali manifestati da alcune Regioni, durante l'elaborazione della legge costituzionale n. 1 del 1999, e varie prese di posizione risultanti dai lavori pre-

(e non tutti ugualmente significativi)», contestati con due sintetici rilievi interpretativi.

In primo luogo, la motivazione della decisione evidenzia che la tesi dottrina disattesa presuppone concettualmente un'alternativa rigida, ossia che la competenza regolamentare sia sempre del Consiglio o sempre della Giunta, per cui, se non appartiene per intero ad uno dei due organi, deve appartenere necessariamente all'altro. Solo muovendo da tale premessa implicita, infatti, secondo la sentenza, si può concludere che non avendola (più) l'art. 121 della Costituzione assegnata al Consiglio, essa sarebbe «implicitamente ma necessariamente assegnata alla Giunta». Al riguardo, però, la Corte osserva che le scelte organizzative in proposito possono essere molteplici e che non si può escludere che il potere regolamentare non sia assegnato in via esclusiva al Consiglio o alla Giunta ma che sia lo statuto a ripartirlo in maniera articolata tra i due organi oppure che il medesimo statuto riconosca al legislatore regionale la facoltà di disciplinarlo in funzione della materia e dell'ampiezza di scelta che la legge stessa intende lasciare all'apprezzamento discrezionale del potere regolamentare. Per cui, non esistendo la rigida alternativa su cui si fonda l'argomentazione della difesa regionale, il silenzio che il nuovo secondo comma dell'art. 121 Cost. serba circa la spettanza attuale del potere regolamentare non può essere interpretato altro che come vuoto di normazione che spetta alla Regione colmare nell'esercizio della propria autonomia statutaria.

In secondo luogo, la sentenza sottolinea che l'interpretazione dottrina disattesa disconosce che «l'autonomia è la regola; i limiti sono l'eccezione», per cui, in difetto di una espressa previsione costituzionale non si può ritenere che la scelta di allocare il potere regolamentare sia sottratta allo statuto quale fonte tipica di espressione dell'autonomia regionale. A tale rilievo la sentenza aggiunge polemicamente che la difesa della Regione Lombardia pecca di «costruttivismo interpretativo» quando pretende di desumere da una presunta forma di governo regionale, implicitamente stabilita dagli articoli 121 e 123 della Costituzione, la spettanza del potere regolamentare alla Giunta regionale. Al riguardo, proprio stigmatizzando la corrispondente posizione emersa in dottrina, la Corte osserva che un simile «modo di ragionare», «oltre al rischio di sovrapporre modelli concettuali alle regole particolari», comporta anche quello di «comprimere indebitamente la potestà statutaria di tutte le regioni ad autonomia ordinaria, tramite non controllabili inferenze e deduzioni da concetti generali, assunti a priori».

paratori; (f) infine, l'interpretazione – ancora nel medesimo senso – della Presidenza del Consiglio dei ministri, di giudici amministrativi e di alcune Commissioni statali di controllo sugli atti amministrativi delle Regioni ordinarie.

3. I riferimenti dottrinari impliciti come presupposti teorici comuni a più decisioni. Alcuni significativi esempi: l'interpretazione giurisprudenziale delle libertà di cui all'art. 21 Cost.

Dalla lettura delle decisioni della Corte emerge anche una seconda modalità in cui la giurisprudenza costituzionale sembra operare citazioni dottrinarie implicite, la quale esprime un grado di "intensità condizionante" inferiore e un collegamento con la decisione meno diretto ed immediato. Intendo fare riferimento a tutti quei casi in cui le posizioni scientifiche espresse in dottrina vengono in considerazione non tanto come proposte interpretative delle singole norme costituzionali o legislative che la Corte si trova ad applicare all'interno del giudizio di costituzionalità, quanto piuttosto come presupposti teorici impliciti comuni a più decisioni particolarmente rilevanti per le affermazioni di principio in esse contenute.

Anche se spesso le citazioni implicite di questo tipo sono meno facilmente intelleggibili di quanto avviene quando ci si trova dinnanzi a riferimenti dottrinari di matrice più direttamente interpretativa, se si guarda "dietro il testo" delle decisioni ci si avvede che non sono così rari i casi in cui alcune teorie elaborate dalla dottrina vengono implicitamente richiamate come contesto ricostruttivo di riferimento in cui collocare "a valle" le singole interpretazioni fornite per la definizione del giudizio. In questo contesto, come si accennava, pare più corretto parlare di "teorie" che di "singole interpretazioni" della dottrina perché la riflessione scientifica viene qui in considerazione come formulazione logicamente coerente e tendenzialmente astratta di un insieme di definizioni e principî generali che consente di descrivere, interpretare e classificare, secondo vari livelli di generalità, differenti aspetti del fenomeno giuridico. E di conseguenza si tratta di riferimenti dottrinari che sono suscettibili di produrre riflessi interpretativi anche su più questioni e, quindi, di riferimenti che, sempre implicitamente, legano più decisioni.

Alcune esemplificazioni sono, forse, in grado di esplicitare quanto si va affermando. Per tale ragione ad esse si deve procedere senza indugio.

Un primo esempio può essere efficacemente rappresentato dalla giurisprudenza costituzionale che, muovendo dall'interpretazione dell'art. 21 Cost., è giunta ad affermare l'esistenza di un vero e proprio autonomo "diritto ad essere informati". Si tratta di una vicenda particolarmente significativa perché riflette in maniera sufficientemente chiara come il mutamento nei presupposti teorici della ricostruzione di un istituto determina, in modo abbastanza diretto, il raggiungimento di differenti soluzioni interpretative.

Come noto, la tutela costituzionale dell'art. 21 Cost. è originariamente apparsa ancorata, secondo la celebre impostazione espositiana, ad una dimensione "individualistica", in quanto incentrata sulla strumentalità della libertà d'espressione rispetto alla manifestazione del pensiero come predi-

cato intangibile della persona umana⁵⁹. È altrettanto noto, però, che quella concezione è stata fortemente criticata da quella dottrina che sosteneva la tesi che la libertà di cui all'art. 21 Cost. fosse funzionale non solo all'espressione della personalità, ma anche al buon funzionamento del regime democratico⁶⁰.

Aderendo progressivamente a questo secondo orientamento teorico-ricostruttivo, la giurisprudenza della Corte ha proiettato la tutela costituzionale ben al di là della manifestazione del pensiero, ricostruendo uno strettissimo nesso tra libertà d'informazione e democrazia pluralistica. È questa, infatti, la cifra comune di numerose sentenze in materia. La Corte costituzionale ha, infatti, così chiarito che la libertà di espressione è la «pietra angolare dell'ordine democratico»⁶¹, ossia il «fondamento della democrazia»⁶², e, quindi, proprio per questo motivo, «il più alto, forse dei diritti fondamentali»⁶³. Per questa via, dunque, essa, sviluppando una prospettiva che non era affatto rimasta estranea ai lavori della Costituente⁶⁴, ha affermato l'esistenza di una «libertà di informazione»⁶⁵, intesa come libertà, da un lato, di acquisire, dare e divulgare notizie, dall'altro, di esprimere opinioni e commenti sui fatti di pubblico interesse⁶⁶. Di conseguenza, con le proprie sentenze, la Corte costituzionale ha sempre più tenuto distinta la disciplina dei contenuti da quella dei mezzi di comunicazione di massa, ricavando da un «interesse generale» all'informazione⁶⁷ la qualificazione degli strumenti d'informazione di massa come «servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse»⁶⁸.

È certamente questo il primo significativo momento in cui la giurisprudenza costituzionale, nell'assumere ad oggetto della tutela il mezzo di diffusione in quanto tale, si apre ad una prospettiva «funzionalistica», colmando le lacune testuali dell'art. 21 Cost. ed avvicinando il nostro «diritto costitu-

⁵⁹ Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, ripresa da Alessandro Pace, in A. PACE, M. MANETTI, *Commentario della Costituzione. Art. 21. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna, 2006, pp. 37 e ss.

⁶⁰ Cfr., per tutti, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pp. 227 e ss.; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, pp. 96 e ss.

⁶¹ Così Corte cost., sent. n. 84 del 1969.

⁶² In questi termini Corte cost., sent. n. 172 del 1972.

⁶³ Questa l'espressione usata da Corte cost., sent. n. 138 del 1985.

⁶⁴ Sul punto cfr. P. CARETTI, *Comunicazione e informazione*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, pp. 223 e ss.

⁶⁵ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 172 del 1972.

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 25 del 1965; 105 del 1972; 20, 86, 225 del 1974; 1, 18 del 1981; 348 del 1990.

⁶⁷ Di cui si parla per la prima volta come oggetto di tutela indiretta dell'art. 21 in Corte cost., sent. n. 105 del 1972.

⁶⁸ Così Corte cost., sent. n. 94 del 1977.

zionale vivente” all’art. 10 C.e.d.u. e alle altre principali dichiarazioni internazionali dei diritti ed alle Costituzioni più moderne⁶⁹.

In questa prima fase, però, l’attenzione della giurisprudenza costituzionale si concentra essenzialmente sul ruolo svolto dalla stampa come strumento essenziale per il soddisfacimento di un «interesse generale» all’informazione, interpretato ancora quale risvolto passivo della libertà di manifestazione del pensiero⁷⁰, secondo la nota impostazione di Sergio Fois⁷¹. Emblematica in questa prospettiva la circostanza che, anche nel contesto delle prime aperture giurisprudenziali alla presenza dei privati nell’emittenza radiotelevisiva di carattere nazionale, la Corte subordinasse tale eventualità alla capacità del legislatore di impedire il formarsi di concentrazioni monopolistiche o oligopolistiche non solo nell’ambito delle connessioni fra le varie emittenti, ma anche in quello dei collegamenti tra le imprese operanti nei vari settori dell’informazione, incluse quelle pubblicitarie⁷², e ciò al dichiarato fine di assicurare che, attraverso una adeguata limitazione della pubblicità, «si eviti il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio ad una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela»⁷³.

Il vero e proprio salto di qualità nell’adesione implicita ad una teoria “funzionalistica” della tutela si realizza, invece, proprio quando la giurisprudenza costituzionale inizia ad ammettere l’esistenza non solo di un interesse, ma di un «diritto all’informazione» dell’opinione pubblica⁷⁴, cui viene cor-

⁶⁹ Sul punto cfr., per tutti, E. CHELI, *Libertà d’informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de’ Santi*, Milano, 2007, pp. 1405 e ss., part. p. 1408, cui si rinvia per una completa ricostruzione critica di tutta la giurisprudenza considerata.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 9 del 1965; 11 del 1968; 122 del 1970; 172 del 1972.

⁷¹ Cfr. S. FOIS, *La libertà di “informazione”: scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione*, a cura di Aljs Vignudelli, Maggioli, 1991, pp. 202 e ss., secondo cui, appunto, «quello di ricevere informazioni è un vero e proprio diritto di libertà ma tuttavia specularmente connesso al diritto di diffondere le informazioni, cioè come semplice diritto a ricevere con qualsiasi mezzo ogni informazione se ed in quanto essa sia pubblicamente diffusa [...]. Nel nostro ordinamento costituzionale il cosiddetto diritto ad essere informati è quindi tutelato indirettamente, principalmente attraverso la tutela del diritto di cronaca». *Contra*, tra i primi, N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. radiodiff. e telecom.*, 1978, p. 4.

⁷² Cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1981.

⁷³ Così Corte cost., sent. n. 231 del 1985, che richiama sul punto la precedente sentenza n. 225 del 1975. Tale giurisprudenza, peraltro, sembra piuttosto chiaramente sviluppare la tesi del noto scritto di E. CHELI, *Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 684 e ss., part. p. 689, in cui si evidenzia come giammai i controlli previsti per l’attività economica possono essere utilizzati per limitare il contenuto della medesima quando essa rappresenta il frutto dell’esercizio di una libertà costituzionalmente garantita.

⁷⁴ In quanto tale, come ha rilevato A. PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione. Pro-*

relato il necessario rispetto del valore primario del pluralismo come requisito dell'intero sistema dell'informazione, non solo della stampa, e, quindi, in particolare, del servizio radiotelevisivo.

È, come noto, per la prima volta con la sentenza n. 153 del 1987 che la Corte individua un diritto all'informazione come contraltare degli obblighi posti a carico del concessionario del servizio pubblico radiotelevisivo. Ma è nelle successive sentenze nn. 826 del 1988 e, soprattutto, 112 del 1993 che il «diritto ad essere informati» esce dall'angusta prospettiva del rapporto sinallagmatico di utenza per trovare diretto fondamento nella forma di stato democratica, la quale esige l'esistenza di una opinione pubblica libera, nutrita dal pluralismo delle fonti di informazione, dall'imparzialità ed obiettività delle notizie fornite, dalla completezza, correttezza e continuità dell'attività informativa, nonché dal rispetto, da parte di quest'ultima, della dignità umana e degli altri valori costituzionalmente garantiti⁷⁵.

Il riconoscimento della tutela costituzionale del «diritto all'informazione» come «diritto ad essere informati» favorisce, così, l'emersione nella giurisprudenza costituzionale del principio costituzionale del «pluralismo informativo» come necessario pluralismo «esterno» in tutti i mezzi di informazione, non solo nella stampa. Prima che venisse esplicitato il nesso di complementarità tra «diritto all'informazione» e pluralismo delle fonti informative, cioè nel contesto della mera rilevanza costituzionale dell'«interesse generale» all'informazione, infatti, la giurisprudenza costituzionale aveva giustificato il monopolio del servizio pubblico radiotelevisivo affermando che esso era funzionale all'esigenza di assicurare il massimo grado di accesso «se non ai singoli cittadini, almeno a tutte quelle più rilevanti formazioni nelle quali il pluralismo sociale si esprime» ed aveva, quindi, fatto carico alla concessionaria pubblica (R.A.I.) di garantire un accesso al mezzo radiotelevisivo «aperto, nei limiti massimi consentiti, imparzialmente ai gruppi politici, religiosi, culturali nei quali si esprimono le varie ideologie presenti nella società»⁷⁶. Quando, però, lo sviluppo delle condizioni tecnologiche ha permesso il superamento (prima solo a livello locale e, poi, anche a livello nazio-

blemi costituzionali e indirizzi di giurisprudenza, Padova, 1983, pp. 236 e ss., considerato inizialmente dalla giurisprudenza costituzionale non direttamente esigibile dal singolo.

⁷⁵ Sul punto cfr. anche Corte cost., sent. n. 155 del 2002, in tema di obblighi imposti all'emittenza privata dalla legge l. 22 febbraio 2000, n. 28 sulla «*par condicio*» nella comunicazione politica, nonché, in dottrina, E. CHELI, *Libertà d'informazione e pluralismo informativo negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, cit.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 225 del 1974, punto 8 del *Considerato in diritto*, che sviluppa gli originari spunti presenti in Corte cost., sentenza n. 59 del 1960, laddove si chiarisce per la prima volta che la riserva del servizio radiotelevisivo in mano pubblica si giustifica, ai sensi dell'art. 43 Cost., per ragioni di «utilità generale», perché lo Stato è l'unico soggetto in grado di esercitarlo in condizioni di obiettività, imparzialità, completezza e continuità su tutto il territorio nazionale, garantendo la parità di accesso al mezzo per la diffusione del pensiero.

nale) del monopolio pubblico, il pluralismo c.d. “interno”, appunto quello assicurato dalla concorrenza per l’accesso all’unica fonte di informazione, non viene più considerato sufficiente dalla Corte per garantire l’effettività della tutela costituzionale della libertà d’informazione. La giurisprudenza costituzionale chiarisce, allora, che la garanzia del pluralismo richiede che si eviti l’accentramento dell’attività radiotelevisiva in situazioni di monopolio o oligopolio, dalle quali deriverebbe un potere di influenza sulla collettività incompatibile con il carattere democratico dell’ordinamento costituzionale. Il pluralismo nel sistema informativo radiotelevisivo viene conseguentemente definito, tanto nell’ambito dell’emittenza pubblica che di quella privata, come «possibilità di ingresso di quante più voci consentano i mezzi tecnici», da un lato, perché i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza il pericolo di essere emarginati a causa della concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi e senza essere privati della loro autonomia da parte dei monopolisti/oligopolisti, dall’altro, perché l’opinione pubblica abbia a disposizione una scelta effettiva tra una molteplicità di fonti informative; scelta che, secondo la giurisprudenza della Corte, non sarebbe effettiva se il pubblico al quale si rivolgono i mezzi di comunicazione non fosse in condizione di disporre di programmi che garantiscono l’espressione di tendenze eterogenee⁷⁷.

Dovrebbe a questo punto risultare chiaro quanto si diceva, ossia che tutta la giurisprudenza costituzionale che si è sviluppata intorno alle tematiche richiamate ha progressivamente finito per coagularsi intorno alla teoria funzionalistica della libertà di manifestazione del pensiero, riferendosi implicitamente ad essa e trovando unità proprio nella dimensione ultraindividuale del diritto.

3.1 (segue): la giurisprudenza costituzionale che presuppone la distinzione tra disposizione e norma

Una seconda significativa vicenda giurisprudenziale che è in grado di ben esplicitare la tipologia di citazione implicita di cui si discorre è quella relativa alla definizione dell’oggetto del giudizio di legittimità costituzionale; questione dalla quale, come noto, dipende la configurazione stessa, oltre che l’efficacia, degli strumenti attraverso cui il Giudice delle leggi affronta e risolve i “dubbi” di legittimità costituzionale che gli sono sottoposti.

È altrettanto noto che la dottrina, nell’affrontare tale complesso tema, si è originariamente divisa intorno alla rigida alternativa rappresentata dalla ricostruzione del controllo di costituzionalità come giudizio su disposizioni, da un lato, e come giudizio su norme, dall’altro⁷⁸. In particolare, la tesi secon-

⁷⁷ Sul punto cfr. Corte cost., sent. n. 826 del 1988.

⁷⁸ Sui termini teorici della distinzione tra disposizione e norma si rinvia, anche per ulte-

do cui il sindacato di costituzionalità ha sempre ad oggetto la formulazione linguistica testuale in cui si è concretamente e storicamente articolata la produzione giuridica fa tradizionalmente leva sul valore della certezza del diritto (scritto), considerando inammissibile che l'ordinamento possa essere innovato stabilmente solo sul piano delle interpretazioni senza alcun intervento sulle disposizioni⁷⁹. Per converso, la contraria tesi per la quale il controllo di conformità a Costituzione verte sempre su norme si radica nell'idea che per ragioni strutturali e funzionali la Corte non possa che confrontarsi con i significati che una disposizione assume in una data interpretazione⁸⁰. Versione "estrema" di tale seconda teoria è, poi, quella per la quale possono essere oggetto di giudizio da parte della Corte anche norme il cui fondamento nei testi (*rectius*, nelle disposizioni) non sia affatto verificato⁸¹.

riori riferimenti bibliografici, a R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, pp. 17 e ss. Per una prima impostazione dei problemi legati all'applicazione di questa dicotomia al giudizio costituzionale, vedi i classici T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, pp. 351 e ss.; G. GIANNOZZI, *Riflessioni intorno all'oggetto del processo costituzionale*, Milano, 1963. Per una ricognizione preliminare delle principali posizioni dottrinarie sulla questione, invece, vedi E. CATELANI, *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Milano, 1993.

⁷⁹ Questa la posizione espressa, tra gli altri, da T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit., pp. 361 e ss.; L. MONTESANO, *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pp. 524 e ss.; F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e l'attività "maieutica"*, in *Giur. it.*, 1961, IV, p. 180; A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, pp. 20 e ss.; N. ASSINI, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "guerra delle due Corti"*, Milano, 1973, *passim*.

⁸⁰ In questo senso già F. CARNELUTTI, *Limiti all'accertamento legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 5; ID., *Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata*, ivi, 1962, pp. 349 e ss.; M. S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 902; M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57, n. 1 c.p. e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in *Scuola positiva*, 1956, pp. 451 e ss. Il medesimo rilievo è, oggi, anche in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 1997 p. 129, i quali però, come si ricorderà di qui a poco, per questa via giungono all'elaborazione di una autonoma ed originale risposta al quesito in esame. Sugli argomenti interpretativi come strumento di definizione dell'oggetto del giudizio costituzionale, vedi E. CATELANI, *Questione nuova o vecchia? Gli argomenti come elementi di determinazione dell'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 1904 e ss. Si ritiene, infine, che possa - ai nostri limitati fini - essere ricondotta alla tesi del giudizio su norme la posizione di quanti individuano l'oggetto del giudizio di costituzionalità nel c.d. "diritto vivente", poiché anche nel contesto di tale dottrina il controllo della Corte deve essere esercitato su una o più tra le possibili interpretazioni della disposizione data. Sul punto, prescindendo in questa sede dai numerosi problemi teorici ed applicativi, si rinvia diffusamente ad A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994, che applica al problema dell'oggetto del giudizio la categoria già elaborata da T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 351 e ss.

⁸¹ Cfr. F. CARNELUTTI, *Limiti all'accertamento legislativo*, cit.; ID., *Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata*, cit.; G. CONSO, E. FAZZALARI,

A fronte di tale controverso orizzonte ricostruttivo la giurisprudenza della Corte costituzionale ha, come noto, aderito alla seconda delle possibili soluzioni e lo ha fatto non attraverso una presa di posizione esplicita, ma con una serie di orientamenti giurisprudenziali che implicitamente presuppongono che l'oggetto del controllo di costituzionalità siano le interpretazioni e non i testi normativi. Si pensi, ad esempio, a quel nutritissimo e ormai consolidatissimo "filone giurisprudenziale" che, nel porre fine al conflitto con la Corte di Cassazione in ordine al potere di interpretare la legge come momento prodromico alla definizione dell'oggetto del controllo di costituzionalità, ha elaborato la dottrina del "diritto vivente" assumendo che il sindacato di costituzionalità in via incidentale deve vertere sul diritto applicabile al caso di specie così come individuato e interpretato dal Giudice della nomoflaccia⁸².

Oppure a quell'orientamento della Corte secondo cui le "questioni di interpretazione", quelle, cioè, che lo stesso giudice *a quo* avrebbe potuto risolvere facendo uso dei propri poteri ermeneutici, devono essere dichiarate inammissibili; indirizzo giurisprudenziale cui si possono ricondurre sia le varie pronunce che, sotto forma di ordinanza⁸³, dichiarano l'inammissibilità delle questioni "incipiti", sia le sentenze in cui la Corte – anche prima della celebre sentenza n. 356 del 1996, laddove, come noto, si afferma che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» – ribadisce più volte il principio secondo cui il giudice di merito, tra più interpretazioni possibili, ha l'obbligo di adottare quella conforme a Costituzione, omettendo così di sollevare la questione di legittimità costituzionale⁸⁴.

Appunti per una discussione sui problemi attuali della Cassazione, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 78. *Contra*, G. UBERTIS, *Illegittimità costituzionale di norma inesistente?*, in *Diritto penale e processo*, 1999, pp. 704-5. Sul collegato tema dell'errore del giudice rimettente nell'individuazione dell'oggetto del giudizio sulle leggi nell'ipotesi in cui dall'erronea interpretazione della fattispecie potrebbe derivare la censura di una disciplina normativa diversa da quella effettivamente applicabile al giudizio di merito, vedi L. CASSETTI, *L'“aberratio ictus” del giudice “a quo” nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 1369 e ss.; ID., *Una mal posta questione di legittimità costituzionale della legge Merli*, in *Riv. giur. amb.*, 1995, pp. 295-8; M. D'AMICO, *L'“aberratio ictus” quale elemento di una nozione autonoma di irrilevanza per il giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 2143 e ss.; A. SACCOMANNO, *nota (senza titolo) a ord. Corte cost., n. 12/1994*, ivi, 1994, pp. 93-5; A. DI BLASI, *La “rilevanza” come applicabilità della legge o come influenza sulle sorti del giudizio principale: la riproposizione di una questione inammissibile*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 878 e ss.

⁸² Per una completa ricostruzione e corrispondente inquadramento teorico di tale giurisprudenza si rinvia ad A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, cit., *passim*.

⁸³ Vedi, tra le più risalenti, Corte cost., ordd. nn. 491, 515, 584 del 1987; 823 del 1988; 63, 417, del 1989; 459 del 1991; 410, 451, 481 del 1994; 82 del 1995; 101, 436 del 1996; 7, 39, 147, 188 del 1998; 314, 333 del 1999; 13, 27, 233, 418, 592 del 2000; 20 e 233 del 2001.

⁸⁴ Vedi, tra le prime, Corte cost., sentt. nn. 132 del 1972; 177 del 1973; 105 del 1981; 104

Oppure, ancora, si pensi alla giurisprudenza costituzionale che ha ampliato il novero delle sentenze che la Corte può adottare al termine del giudizio attraverso l'introduzione della tipologia delle sentenze interpretative di rigetto, con cui la Corte manifesta il carattere costituzionalmente vincolante di una tra le diverse possibili interpretazioni della legge⁸⁵. In tutti questi casi, infatti, il presupposto implicito su cui si basano gli orientamenti maturati dal Giudice costituzionale è che il controllo di legittimità costituzionale debba avere ad oggetto non gli enunciati linguistici testuali, ma i significati che essi assumono per effetto del processo interpretativo.

Parimenti, alla logica del giudizio su norme pare rinviare la giurisprudenza della Corte che ha deciso questioni di costituzionalità su norme "impugnate" e poi "trasfuse" senza modificazioni sostanziali in altre fonti, estendendo alle corrispondenti disposizioni di queste ultime le censure originariamente mosse sull'atto in esso raccolto, sulla base dell'assunto che le norme oggetto dell'atto di promovimento, nonostante le vicende che hanno interessato le disposizioni in cui erano incorporate, continuano a vivere nell'ordinamento giuridico anche nella nuova "veste" o "sede" che dir si voglia. Si pensi, ad esempio alla giurisprudenza sul trasferimento della questione di costituzionalità in tema di norme riversate nei testi unici⁸⁶ o introdotte con decreto-legge e convertite⁸⁷.

Come noto, ben presto le evidenti ed ineliminabili strettoie cui tale dicotomia conduce hanno indotto anche la dottrina ad abbandonare la rigida impostazione del problema che si è sommariamente richiamata⁸⁸. Ne sono

del 1983; 171 del 1986; 24 del 1989; 8, 342 del 1992; 478 del 1993; 79, 121, 149, 226, 255, 443 del 1994; 19, 20, 110, 361, 437, 473, 499 del 1995; 31, 44, 96, 98, 171, 216, 234, 307, 321, 351, 356, 389, 418, 421 del 1996; 44, 46, 99, 192, 244, 299, 350, 354, 361, 363 del 1997; 5, 10, 11, 32, 86, 117, 140, 167, 195, 269, 452, 453 del 1998; 65, 200, 202, 271, 314, 333, 386 del 1999; 17, 113 del 2000; 336 del 2001.

⁸⁵ Valorizza, di recente, il profilo qui di interesse C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013, pp. 93 e ss., cui si rinvia anche per i necessari ragguagli giurisprudenziali sull'evoluzione dell'istituto.

⁸⁶ Si veda Corte cost., ordd. nn. 11 e 458 del 2002, nonché le osservazioni in materia di F. BERTOLINI, *Corte costituzionale e trasferimento della questione di legittimità fra valore ricognitivo e valore innovativo dei testi unici legislativi*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 75 e ss.; G. D'ELIA, *Terzietà del giudice e trasferimento della questione nel processo costituzionale*, ivi, pp. 3812 e ss.

⁸⁷ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 29 del 1995 e 84 del 1996. Per una rassegna di tale giurisprudenza, unitamente ad una sua valutazione critica, vedi A. CELOTTO, *nota (senza titolo) a Corte cost., n. 84/1996*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 775-7; C. CALVIERI, *Decreto legge e par condicio: possibili dilemmi derivanti dall'eventuale trasferimento della questione di legittimità costituzionale sulla disposizione reiterante avente analogo contenuto normativo*, ivi, pp. 1267 e ss.

⁸⁸ Secondo G. VOLPE, *La determinazione della questione di legittimità costituzionale*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, pp. 189 e ss., ad abbandonare la dicotomia sarebbe stata la stessa Corte attraverso il costante richiamo

scaturiti gli esiti più diversi. Per un verso, si è sottolineato come l'esperienza concreta del controllo di costituzionalità delle leggi mostri come il giudizio assume ad oggetto la disposizione (nel senso che la Corte ad essa riferisce la sua pronuncia) quando sussiste corrispondenza univoca con la norma, mentre verte sulla norma quando la disposizione esprime più enunciati normativi dei quali solo alcuni sono in contrasto con la Costituzione⁸⁹. Per l'altro, argomentando sulla base dell'effetto estensivo della pronuncia di accoglimento nei confronti della disposizione (ancorché oggetto sia una sola interpretazione, la caducazione colpisce tutte le norme astrattamente desumibili dalla disposizione) e del carattere concreto del giudizio (*rectius*, della centralità del "fatto" nel processo costituzionale) si è sostenuto che il sindacato della Corte ha, in realtà, ad oggetto la «situazione normativa», definita come «il complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni ed idonei a variamente comporre la questione ed a confluire nel giudizio di costituzionalità»⁹⁰.

Ma, al di là degli esiti del dibattito sull'oggetto del giudizio di costituzionalità, ciò che più di ogni altro aspetto della vicenda qui richiamata preme mettere in evidenza in questa sede è che tutti gli orientamenti giurisprudenziali fin qui ricordati rinviano implicitamente, in quanto la presuppongono (nel senso che non si possono logicamente concepire senza di essa), ad una specifica teoria delle fonti, quella elaborata da Vezio Crisafulli in ordine alla distinzione tra disposizione e norma.

all'obbligo del giudice di prospettare la questione individuando un'unica norma. Il Giudice delle leggi avrebbe così posto fine all'«utilizzazione in proprio della dissociazione disposizione-norma», originariamente nata per operare sul piano dell'interpretazione giudiziaria per consentire di modellare la formulazione astratta al caso concreto e tramutarsi, ad opera della giurisprudenza costituzionale, in uno strumento «per creare altre disposizioni, astratte e generali, approfittando della propria forza di trasformazione dell'interpretazione in creazione normativa». Ma vedi anche L. CARLASSARE, *Il diritto vivente di origine regolamentare all'esame della Corte*, ivi, pp. 91-3, la quale, invece, proprio dall'inammissibilità delle questioni plurime ed, in generale, dalla richiesta della Corte che il giudice indichi un'univoca interpretazione della disposizione, desume la riproposizione della tradizionale dicotomia tra disposizione e norma, la quale non sarebbe venuta meno, ma si tradurrebbe in «un rifiuto di esaminare la disposizione nella sua globalità».

⁸⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 281.

⁹⁰ Vedi A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore (premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, 1988, pp. 55 e ss.; ID., *Storia di un falso. Efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990, *passim*; A. SPADARO, *La "norma" o piuttosto la "situazione normativa" quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto "dottrinale" che dice e non dice*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 778 e ss.; B. ROMANO, *Il giudice per le indagini preliminari nella giurisprudenza costituzionale*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, p. 341; A. RUGGERI, A. SPADARO, *ult. cit.*, pp. 131-2, cui si riferisce il virgolettato.

Come a tutti noto, infatti, è proprio al costituzionalista siciliano⁹¹ che si deve la teorizzazione della differenza tra l'attività nomopoietica come produzione di testi normativi suscettibili di assumere significati diversi e l'attività interpretativa come attribuzione di senso in concreto alle formulazioni linguistiche testuali introdotte in astratto dal legislatore. Ma del pensiero crisafulliano è, soprattutto, la conseguente sottolineatura della circostanza che tra disposizione e norma non vi è alcuna corrispondenza necessaria, poiché esistono sia disposizioni senza norme che norme senza disposizioni⁹², ad apparire implicitamente richiamata dalla giurisprudenza costituzionale prima ricordata.

3.2 (segue): le decisioni sui “Parlamenti regionali” e sui referendum costituzionali regionali che evocano la rappresentanza nazionale

Altra vicenda che può essere significativamente citata come esempio di riferimento dottrinario implicito utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale come presupposto teorico comune a più decisioni è quella che si è dipanata nelle tre notissime sentenze n. 496 del 2000, n. 106 del 2002 e 306 del 2002 – e che ha avuto un significativo recente sviluppo nella sentenza n. 275 del 2014 – intorno al tema dei rapporti tra autonomia locale, sovranità e rappresentanza nazionale. Qui la “presupposizione teorica” sembra attenere agli stessi elementi costitutivi della forma di convivenza civile e politica delineata nella Costituzione repubblicana e si spinge, conseguentemente, su un piano più astratto di quelli venuti in considerazione negli esempi precedenti, con cui, però, la giurisprudenza in questione condivide la regolarità strutturale che si sta descrivendo in queste pagine.

Per ragioni di comodità espositiva, conviene prendere le mosse dalle sentenze del 2002⁹³. La prima, decidendo il conflitto di attribuzioni promos-

⁹¹ Peraltro, fin dai suoi primissimi passi scientifici, come ha messo in evidenza di recente A. D'ATENA, *Il giovane Crisafulli e le anticipazioni dell'opera della maturità*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 3/2014, p. 6.

⁹² Si vedano i classici V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 238 e ss, part. § 13; ID., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 196-7; ID., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, pp. 928 e ss.;

⁹³ Rispettivamente in *Giur. cost.*, 2002, pp. 866 e ss. e 2371 e ss. In via del tutto preliminare, su tale giurisprudenza vedi le osservazioni di F. SACCO, *I Consigli regionali non possono “appropriarsi” del nome Parlamento: la Consulta accoglie il ricorso statale contro la Regione Liguria*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*; G. SCACCIA, *Il Parlamento “nazionale”. Sunt nomina consequentia rerum?*, ivi; F. CUOCOLO, *Parlamento nazionale e “parlamenti” regionali*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 873 e ss.; C. PINELLI, *Continuità e discontinuità dell'impianto repubblicano nella prima pronuncia sul nuovo Titolo V*, ivi, pp. 878 e ss.; N. ZANON, *La funzione unitaria del Parlamento nazionale e la revisione del Titolo V*, ivi, pp. 884-5; A. MANGIA, *I consigli regionali e la fine della rappresentanza politica*, ivi, pp. 885 e ss.; N. LUPO, *Tra interpretazione letterale (della Costituzione) e interpretazione contenutistica (degli atti*

so dallo Stato avverso la delibera n. 62 del 15 dicembre 2000 del Consiglio regionale della Liguria, ha chiarito che non spetta a quest'ultimo "esortare" la Commissione statuto a prevedere che alla denominazione dell'organo rappresentativo come Consiglio regionale sia affiancata quella «Parlamento della Liguria». La seconda, decidendo una questione di legittimità costituzionale *ex art.* 123, comma 2, Cost. introdotta però con ricorso per conflitto di attribuzione, ha annullato la delibera statutaria di analogo contenuto adottata dal Consiglio regionale delle Marche in seconda votazione il 25 settembre 2001. Le due decisioni possono essere richiamate congiuntamente perché la sent. n. 306 è in gran parte motivata *per relationem* attraverso il richiamo al precedente maturato con la sentenza n. 106, con la sola precisazione che a salvare dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale la delibera della Regione Marche non vale la circostanza che essa, a differenza di quella della Regione Liguria, abbia «la forma della legge statutaria», perché – ribadisce la Corte – «anche gli statuti regionali [...] sono astretti dal limite dell'armonia con la Costituzione che [...] lungi dal consentire deroghe alla lettera delle singole disposizioni costituzionali, vincola le Regioni a rispettarne anche lo spirito»⁹⁴.

Per giungere alla definizione del conflitto con l'annullamento della delibera ligure, la sentenza n. 106 fa leva, in primo luogo, sull'argomento letterale ricavabile dagli artt. 55 e 121 Cost., per la parte in cui tali disposizioni denominano «Parlamento» il complesso organico formato dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica (art. 55) e «Consiglio regionale» l'organo titolare della potestà legislativa a livello regionale (art. 121). Nell'ottica del giudizio per conflitto di attribuzioni l'appropriazione del *nomen iuris* Parlamento da parte di una mera delibera del Consiglio regionale determina, infatti, secondo la Corte, una menomazione concreta ed attuale delle prerogative costituzionalmente garantite al ricorrente.

La stessa sentenza, però, precisa che «l'argomento letterale, seppure non privo di valore, non può tuttavia essere considerato decisivo se non vie-

introduttivi del giudizio): a proposito dei Parlamenti-Consigli regionali e dell'impugnazione dei nuovi statuti, in Le Regioni, 2002, pp. 1209 e ss.; ID., Dalla Corte costituzionale uno "stop" (definitivo?) ai parlamenti regionali. Nota a Corte cost. n. 106/2002, in Amministrazione in cammino; ID., L'importanza di chiamarsi Parlamento, in Diritto e giustizia, 18/2002, pp. 60 e ss.; F. PALERMO, "Nomina sunt consequentia rerum". Ovvero, il federalismo nella costituzione materiale, in Le Regioni, 2002, pp. 1198 e ss.; T. E. FROSINI, Il nomen Parlamento e la sovranità popolare, in Quad. cost., 2002, pp. 609-10; B. CARAVITA, Quando al destino non corrisponde il nome: i Consigli regionali tra sovranità popolare e integrazione europea, in Osservatorio sul federalismo; B. DI GIACOMO RUSSO, L'esclusività del nomen iuris Parlamento alla luce delle sentenze della Corte costituzionale n. 106 e 306 del 2002, in Forum dei Quaderni costituzionali; A. BONOMI, Unità nazionale-Regioni: "l'una contro l'altra armata"?, in Le Regioni, 2004, pp. 91 e ss.; R. DICKMANN, Popolo e popolazioni nella Costituzione e negli Statuti, in Federalismi.it, 22/2004.

⁹⁴ Corte cost., sent. n. 306 del 2002, punto 4 del *Considerato in diritto*.

ne saggiato alla luce degli altri canoni dell'interpretazione costituzionale». Come noto, il consolidamento ermeneutico dell'interpretazione proposta viene effettuato dalla Corte in due passaggi diversi.

In primo luogo, attraverso l'affermazione della piena compatibilità tra principio autonomistico e sovranità popolare, con conseguente rigetto della prospettazione della difesa erariale che individuava nel Parlamento l'organo in grado di esaurire le forme di esercizio della sovranità popolare⁹⁵. Sul punto, stigmatizzando in maniera assai decisa e significativa l'impostazione governativa, chiarisce la Corte che «le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale: si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti ed assumono una configurazione talmente ampia da ricomprendere certamente il riconoscimento e la garanzia delle autonomie territoriali»⁹⁶.

In secondo luogo, mediante la “demolizione” di quello che è parso a chi scrive di poter definire in altra sede⁹⁷ una sorta di “lamarckismo costituzionale” in ossequio al quale la Regione resistente affermava che la sostanziale parificazione di funzioni normative tra Parlamento e Consiglio regionale avvenuta con la l. cost. n. 3 del 2001 determinasse uno sviluppo dell'organo tale da consentirgli di assumere i tratti caratteristici di ciò che nel costituzionalismo moderno si è soliti chiamare Parlamento. Tale argomento viene disatteso dalla pronuncia, la quale osserva che la preclusione all'utilizzo del

⁹⁵ Vedi il ricorso governativo del 15 marzo 2001, in *G. U.*, 1^a serie speciale, n. 14 del 2001, con nota di F. SACCO, *Dai “Consigli” ai “Parlamenti” Regionali: lo Stato ricorre alla Corte costituzionale*, in *Associazioni Italiana dei Costituzionalisti*.

⁹⁶ Corte cost., sent. n. 106 del 2002, punto 3 del *Considerato in diritto*, in cui si legge anche che «per quanto riguarda queste ultime, risale alla Costituente la visione per la quale esse sono a loro volta partecipi dei percorsi di articolazione e diversificazione del potere politico strettamente legati, sul piano storico non meno che su quello ideale, all'affermarsi del principio democratico e della sovranità popolare». Anche solo incidentalmente si ricorda che tale impostazione dei rapporti tra principio autonomistico e sovranità popolare era stata già sostenuta in dottrina da G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, pp. 290 e ss.; A. PUBUSA, *Sovranità popolare e autonomie locali nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1983, *passim*; G. C. DE MARTIN, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Milano, 1984, pp. 47 e ss. Per la tesi contraria, che costituisce la matrice teorica dell'argomentazione dell'Avvocatura, vedi per tutti M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Parlamento (funzioni)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, pp. 760 e ss. Come rileva correttamente anche A. MANGIA, *ult. cit.*, p. 888, la visione democratica del fenomeno autonomistico già presente in dottrina tarda, invece, ad affermarsi nella giurisprudenza della Corte, la quale inizialmente ricostruisce il differente ruolo delle assemblee regionali, da un lato, e del Parlamento, dall'altro, in termini di contrapposizione tra autonomia politica e indirizzo politico generale (cfr., sul punto, già S. BARTOLE, *La “posizione” rispettiva dei Consigli regionali e della Camera nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 2565 e ss.).

⁹⁷ Sia consentito rinviare al mio *La “terza via”*, cit., p. 256.

nomen iuris controverso da parte dei Consigli non deriva tanto dalle funzioni rappresentative e dalla titolarità di competenze legislative, quanto dal fatto che solo il Parlamento «è sede della rappresentanza politica nazionale» e richiama a tal proposito l'art. 67 della Costituzione⁹⁸.

A questo punto giova evidenziare un aspetto che i commentatori di questa giurisprudenza non hanno tardato a mettere in evidenza, ossia che il richiamo all'unicità della rappresentanza politica nazionale (recepito dalla sent. n. 306 del 2002, attraverso il ricorso al parametro dell'«armonia con la Costituzione») rappresenta l'ideale *pendant* concettuale dell'infrazionabilità del popolo sovrano nel procedimento di revisione costituzionale che la Consulta aveva posto a fondamento della citata sent. n. 496 del 2000⁹⁹, con cui, come noto, è stata dichiarata l'incostituzionalità di una delibera legislativa della Regione Veneto che prevedeva la promovibilità di un *referendum* propositivo regionale per la presentazione, da parte della stessa Regione, di una proposta di legge costituzionale per l'attribuzione di forme e condizioni particolari di autonomia ex art. 116, comma 3, Cost. In proposito, la decisione, con affermazioni che sono state definite «così perentorie da apparire talvolta eccessive»¹⁰⁰, sostiene che il ruolo del popolo sovrano all'interno del procedimento di revisione costituzionale è stato distorto dalla legge regionale impugnata, perché l'art. 138 Cost. contempla solo un intervento eventuale e confermativo da parte della totalità del corpo elettorale, mentre nella disciplina censurata il popolo veniva chiamato a partecipare «nella sua parzialità di frazione

⁹⁸ Ancora, la Corte precisa che l'unicità della rappresentanza politica nazionale «imprime alle sue funzioni una caratterizzazione tipica ed infungibile. In tal senso il *nomen* Parlamento non ha un valore puramente lessicale, ma possiede anche una valenza qualificativa, connotando, con l'organo, la posizione esclusiva che esso occupa nell'organizzazione costituzionale. Ed è proprio la peculiare forza connotativa della parola ad impedire ogni sua declinazione intesa a circoscrivere in ambiti territorialmente più ristretti quella funzione di rappresentanza nazionale che solo il Parlamento può esprimere e che è ineluttabilmente evocata dall'impiego del relativo *nomen*» (punto 4 del *Considerato in diritto*).

⁹⁹ È questa riflessione largamente condivisa dalla pressoché totalità della già citata dottrina che ha commentato la sent. n. 106 del 2002. Sulla sent. n. 496 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 3798 e ss., si vedano, invece, le annotazioni di F. CUOCOLO, *Leggi di revisione costituzionale e referendum consultivo regionale*, ivi, pp. 3810 e ss.; S. BARTOLE, *Riforme federali e consultazioni referendarie regionali: un abbinamento discutibile*, ivi, pp. 3818 e ss.; N. ZANON, *Il corpo elettorale in sede referendaria non è il propulsore dell'innovazione costituzionale*, ivi, pp. 3823 e ss.; G. PAGANETTO, *Uso distortivo del referendum consultivo e dell'autonomia regionale*, ivi, pp. 3828 e ss.; E. BALBONI, *Il referendum consultivo nello Stato-comunità: perché vietarlo?*, in *Le Regioni*, 2001, pp. 216 e ss.; A. RUGGERI, *Ancora in tema di referendum regionali consultivi e di teoria delle fonti*, ivi, pp. 224 e ss.; L. PEGORARO, *Il referendum consultivo del Veneto: illegittimo o inopportuno?*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 126 e ss..

¹⁰⁰ N. ZANON, «Superiorità» della rappresentanza politica sul popolo nei procedimenti di innovazione costituzionale? (*Divagazioni a margine della sentenza n. 496 del 2000 della Corte costituzionale*), in L. CARLASSARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, 2001, p. 155.

autonoma insediata in una porzione del territorio nazionale, quasi che nella nostra Costituzione, ai fini della revisione, non esistesse un solo popolo, che dà forma all'unità politica della Nazione e vi fossero invece più popoli; e quasi che, in particolare, al corpo elettorale regionale potesse darsi l'opportunità di una doppia pronuncia sul medesimo quesito di revisione: una prima volta, preventivamente, come parte scorporata dal tutto, in fase consultiva, ed una seconda volta, eventuale e successiva, come componente dell'unitario corpo elettorale nazionale, in fase di decisione costituzionale»¹⁰¹.

Nella medesima direzione, infine, come si accennava, sembra andare anche la più recente sentenza n. 275 del 2014. Oggetto del giudizio di legittimità costituzionale è la legge elettorale regionale del Trentino Alto Adige nella parte in cui, non subordinando l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e, quindi, trasformando una maggioranza relativa di voti, anche limitata, in una maggioranza assoluta di seggi, finirebbe per determinare un'alterazione della rappresentanza democratica. Al riguardo la sentenza chiarisce che nel caso di specie non si può fare applicazione dei principi, pur diffusamente richiamati dal giudice rimettente, affermati dalla stessa giurisprudenza costituzionale nella nota sentenza n. 1 del 2014, evidenziando che, mentre «la normativa statale oggetto della richiamata sentenza n. 1 del 2014 riguarda l'elezione delle assemblee legislative nazionali, espressive al livello più elevato della sovranità popolare in una forma di governo parlamentare», «la legge regionale impugnata riguarda gli organi politico-amministrativi dei Comuni, e cioè il sindaco e il consiglio comunale, titolari di una limitata potestà di normazione secondaria e dotati ciascuno di una propria legittimazione elettorale diretta»¹⁰². L'elemento di continuità rispetto alla giurisprudenza prima ricordata si coglie nella circostanza che, precludendo l'automatica applicabilità ai sistemi elettorali regionali dei principi che governano l'elezione del Parlamento in termini di rapporto democratico tra governanti e governati, la Corte segna un ulteriore momento di cesura tra il circuito formativo della sovranità popolare imperniato sulla rappresentanza nazionale e l'autonomia politica regionale e locale.

Giova a questo punto evidenziare che l'orientamento fin qui ricostruito rappresenta uno dei casi di rara intensità in cui, anche attraverso la coincidenza del Giudice relatore¹⁰³, si pongono le condizioni per la formazione e il

¹⁰¹ Corte cost., sent. n. 496 del 2000, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁰² Corte cost., sent. n. 275 del 2014, punto 3.1 del *Considerato in diritto*, su cui cfr. L. TRUCCO, *Materia elettorale: la Corte costituzionale tiene ancora la regia, anche se cambia la trama del film (riflessioni a margine della sent. n. 275 del 2014)*, in *Consulta on line*, 2015, pp. 66 e ss..

¹⁰³ Il medesimo nelle sentt. nn. 496 del 2000 e 106 del 2002, ma non nella successive sentt. nn. 306 del 2002 e 274 del 2014. Delle ultime due, però, la prima – come visto – riprende largamente l'impostazione delle sentenze precedenti, filtrandole e convalidandole anche alla luce della diversa natura e struttura del giudizio statutario.

consolidamento di una citazione teorica implicita, specificamente rivolta ad un dato modo di concepire la Costituzione come forma instaurativa della convivenza sociale. Da questa giurisprudenza – e, in particolare, dai riferimenti che essa opera all’esistenza di «un solo popolo che dà forma all’unità politica della nazione» (sent. n. 496 del 2000), all’indeclinabilità in senso territoriale della sua rappresentanza (sent. n. 106 del 2002), all’imprescindibilità di tali elementi in ogni “visione armonica” della Costituzione (sent. n. 306 del 2002), nonché al Parlamento come espressione del «livello più elevato della sovranità popolare in una forma di governo parlamentare» (sent. n. 275 del 2014) – si coglie, infatti, l’eco di una concezione dell’ordinamento costituzionale tutta avviluppata intorno a quella che è stata efficacemente definita come la «persistente ossessione» del pensiero schmittiano¹⁰⁴, ovvero la questione del fondamento dell’unità politica del popolo, della sua incarnazione e della sua conservazione.

È appena il caso di ricordare in questa sede che, come noto, per Schmitt lo Stato non possiede una Costituzione, nel rispetto dei limiti tracciati dalla quale forma la sua volontà, ma è esso stesso la Costituzione, cioè «la condizione presente conforme a se stessa, uno *status* di unità e ordine»¹⁰⁵. I concetti assoluti così elaborati di Stato come unità politica del popolo e di Costituzione come decisione politica fondamentale sulle forme dell’unità politica¹⁰⁶ trovano la loro realizzazione nelle concrete esperienze storiche degli ordinamenti costituzionali attraverso gli inani sforzi di gettare un ponte tra le due opposte sponde dell’identità del popolo e della sua rappresentanza: da un lato, l’unità del popolo non può essere costruita come identità reale neppure in regime di democrazia diretta, dall’altro, la rappresentanza nel costruire virtualmente l’unità del popolo ne “diluisce” il vincolo federativo ancorato alla dialettica amico-nemico¹⁰⁷.

Nella ricostruzione della Corte, però, il contesto repubblicano parlamentare impone che la preoccupazione per la tutela dell’unità della rappresentanza del popolo-nazione, tipicamente schmittiana, si traduca in esiti assai distanti da quelli cui approda il teorico di *Der Hüter der Verfassung*. Nel pensiero decisionista, infatti, la rappresentanza dell’unità politica finisce per

¹⁰⁴ L’espressione tra virgolette è di G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, p. 104.

¹⁰⁵ Così si legge in C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. it. A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 16.

¹⁰⁶ *Ivi*, pp. 39 e 41, in cui vengono posti i pilastri fondamentali della rinnovata visione delle dinamiche instaurative della convivenza sociale che sorgono dalla critica dello stato liberale.

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 271, in cui il rapporto dialettico tra identità del popolo e sua rappresentanza unitaria viene così esplicitato: «Tutte le distinzioni delle vere e proprie forme di Stato, di qualunque specie siano, monarchia, aristocrazia, democrazia; monarchia e repubblica; monarchia e democrazia, ecc., si possono far risalire a questa contrapposizione decisiva di identità e rappresentanza».

postulare il riconoscimento del potere del sovrano, il quale unico incarna lo spirito del popolo¹⁰⁸. La presa d'atto della disgregazione degli interessi e dell'eterogeneità dei fini che l'epifania della *Massendemokratie* aveva portato con sé rappresenta il presupposto, in seno alla lucida ed intensa critica del pensiero politico liberale classico, della sistematica demolizione dei capisaldi del principio rappresentativo, in particolare del tradizionale assunto per cui il singolo eletto rappresenta tutto il popolo come uno-indistinto. Negli esiti della giurisprudenza della Corte, invece, pare intravedersi lo strenuo tentativo di addivenire ad una conclusione opposta, di narrare ancora una volta il "mito" della democrazia rappresentativa, di fare di esso l'"esempio" per il continuo rinnovamento della convivenza sociale e, quindi, per ciò stesso della Costituzione.

È stato acutamente osservato che la posizione di autonomia riconosciuta al singolo rappresentante nei confronti dei mandati conferiti dagli elettori costituisce il fondamento dell'attività rappresentativa del popolo come unità e che, conseguentemente, il tradizionale rapporto tra democrazia rappresentativa e libero mandato parlamentare deve essere capovolto nel senso di fare del secondo una regolarità strutturale, una forma, un principio organizzativo della prima¹⁰⁹. È questa, a parere di chi scrive, l'implicita chiave di lettura dell'emancipazione della rappresentanza nazionale dalle istanze territoriali (affermata dalla Corte), come del resto della "liberazione" da tutte le possibili istanze "particolari" che aspirano a disgregare l'uno sotto i colpi del molteplici. La rappresentanza nazionale cessa di essere il frutto "artificiale" dell'unità del popolo e diviene il presupposto fondamentale del processo di integrazione politica che crea l'unità dei rappresentati. In questo radicale mutamento di prospettiva si coglie il superamento dei distruttivi risultati cui è giunta la critica al pensiero liberale, altrimenti ineluttabili.

A questo punto, per convergere su quanto qui di più prossimo interesse, è necessario chiedersi: a quale concetto di Costituzione rimanda questa diversa impostazione dei problemi della rappresentanza? Nel rispondere a tale domanda si deve confessare come la mente spontaneamente corra alla riflessione del pensatore che più di ogni altro ha fatto "sistema" dell'idea per cui «né il popolo né la Nazione possono venire considerati come quell'unità, per così dire, naturale presupposta all'unità statale e che costituirebbe quest'ultima autonomamente» e che ha asservito tale idea alla realizzazione

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 372.

¹⁰⁹ N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991 pp. 323 e ss. Cfr. anche E.-W. BOECKENFOERDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, pp. 242 e ss. e M. PEDRAZZA GORLERO, *La irrappresentabilità degli interessi e la rappresentanza politica*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Democrazia*, cit., p. 40, il quale in prospettiva analoga parla di «matrice isomorfica» della democrazia di cui la rappresentanza politica costituisce uno degli elementi essenziali.

di un ambizioso ed originale progetto teorico per mettere al riparo il principio democratico-rappresentativo dagli assalti della tribolata età weimeriana, ossia Hermann Heller¹¹⁰.

È noto che il punto di partenza dal quale muove la riflessione helleriana per giungere a definire la rappresentanza generale «autorità del popolo come unità sul popolo stesso come molteplicità»¹¹¹ è la “spietata” critica alla concezione formale della Costituzione elaborata da Kelsen; critica che appare imperniata sull’affermazione che esiste un’autonoma normatività sociale indipendente e preesistente alle regole giuridiche: «con diritto intendiamo innanzi tutto i principi giuridici etici che fondano le norme giuridiche positive»¹¹². Il diritto non coincide più con le norme positive ed ogni pretesa di racchiudere l’ordinamento nella stretta logico-formale della *Grundnorm* risulta vana. Se esistono in ogni realtà storica dei principi giuridici etici che costituiscono il fondamento della produzione normativa, il potere che lo Stato esercita sugli individui che compongono la collettività organizzata si giustificano solo nella misura in cui essi siano orientati all’instaurazione di una forma di convivenza sociale che si ispira ed attua tali principi¹¹³.

Non è certo questa la sede per approfondire le complesse quanto interessanti tematiche offerte alla teoria costituzionale dal pensiero di Heller. Ci basta osservare come le poche considerazioni svolte consentano comunque di scorgere in questa visione della Costituzione una chiara dimensione “strumentale” rispetto alla creazione e al mantenimento di un ordinamento unitario, ossia alla risoluzione del problema schmittiano dell’unità del popolo in un contesto pluralista. L’ordinamento costituzionale appare, infatti, funzionalizzato all’instaurazione di una determinata etica, quell’etica che esiste già

¹¹⁰ Cfr. H. HELLER, *Staatlehre*, Leyden, 1971, trad. it. U. Pomarici, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988, *passim*, part. p. 255, cui si riferisce il virgolettato. Cfr. anche ID., *Die Souveräenitaet. Ein Beitrag zur Theorie des Staatsund Voelkerrechts* (1927), trad. it P. Pasquino, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, 1987, pp. 141-2. Su tale prospettiva come soluzione al problema della crisi della rappresentanza politica generale vedi, tra gli altri, A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985, p. 11; P. RIDOLA, *Rappresentanza e associazionismo*, in G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Roma-Bari, 1988, p. 107; ID., *La rappresentanza parlamentare fra unità politica e pluralismo*, in *Dir. e soc.*, 1994, pp. 709 e ss.; M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991, pp. 65 e ss.

¹¹¹ H. HELLER, *Die Souveräenitaet*, cit., p. 141.

¹¹² H. HELLER, *Staatlehre*, cit., p. 340. Per alcune riflessioni di carattere più generale sul concetto di Costituzione nel pensiero di Heller, vedi M. DOGLIANI, *Introduzione del diritto costituzionale*, Bologna, 1994, pp. 297 e ss.; P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, 1999, pp. 74 e ss.; G. VOLPE, *ult. cit.*, pp. 178 e ss.

¹¹³ H. HELLER, *ult. cit.*, p. 336: «Le immani pretese dello Stato non vengono giustificate dal fatto che esso assicura un ordine sociale qualsiasi sul territorio, ma dall’ambizione che esso mostra di un ordine giusto [...]. La legittimazione dello Stato può essere soltanto etica». Sulla differenza tra la concezione helleriana dello Stato etico e quella gentiliana dello Stato *in interiore homine*, vedi G. VOLPE, *ult. cit.*, p. 181.

nella realtà pregiuridica e che, proprio attraverso il rinnovato vigore del sistema rappresentativo, assurge al rango di diritto positivo. Ecco l'importanza della centralità della rappresentanza parlamentare ed ecco il motivo per cui l'enfasi che la ricordata giurisprudenza costituzionale pone sul trinomio popolo-sovranià-rappresentanza nazionale è suonata alle orecchie di chi scrive un chiaro, per quanto implicito, riferimento all'"ossessione schmittiana" per l'unità del popolo e alla teoria helleriana dei «principi giuridici etici».

4. I riferimenti dottrinari impliciti come "pregiudizi" in senso gadameriano. Alcuni esempi di "precomprensione" del caso: quella "internazionalistica" delle c.d. «sentenze gemelle»

Vi sono, infine, una serie di decisioni della Corte in cui la dottrina sembra essere implicitamente richiamata in una modalità ulteriormente diversa, che non fa leva né sulle singole interpretazioni avanzate all'interno del dibattito scientifico, né sui presupposti teorici impliciti degli orientamenti giurisprudenziali in cui quelle interpretazioni si inseriscono. Si intende fare riferimento qui a tutti quei casi in cui le decisioni del Giudice costituzionale paiono risentire di una scelta inespresa (definibile come metodologica solo con qualche forzatura) che, determinando l'angolo visuale dal quale la decisione guarda alla questione oggetto del giudizio, precede e guida l'adesione a presupposti teorici e singole soluzioni ermeneutiche eventualmente già emersi in dottrina oppure l'elaborazione di teorie e argomenti interpretativi utilizzabili a fini decisori¹¹⁴.

Come si avrà modo di evidenziare di qui a poco, in taluni di questi giudizi l'interprete ha l'impressione che tale scelta prospettica sia, in una qualche – e non certo facilmente determinabile – misura, veicolata dalla prevalenza di un "modo di guardare le cose", di una "mentalità" (si passi l'uso di queste espressioni atecniche) tipicamente espressivi del *modus procedendi* di una data disciplina giuridica, spesso (ma non necessariamente) individuabile

¹¹⁴ In una prospettiva che, se non si fraintende, non appare divergente da quella qui battuta, si veda A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, p. 160, a proposito dell'interpretazione costituzionale nel contesto degli ordinamenti multilivello ma con affermazione che denota valenza generale, scrive: «Per l'idea che mi sono venuto facendo sia dell'interpretazione conforme che dei bilanciamenti tra norme ovvero tra beni o interessi dalle stesse riconosciuti, la prima delle ponderazioni da fare – come di consueto, secondo una ragionevolezza assiologicamente orientata – è *interna ai processi interpretativi*, addirittura nella "precomprensione" che ne dà l'avvio e ne segna il verso: nel momento stesso, infatti, in cui si vagliano e pesano gli indirizzi giurisprudenziali, occorre muovere dalla premessa, linearmente discendente dalla *Costituzione come "sistema"* (ed anzi da questa obbligata), per cui nessuna Corte può considerarsi depositaria di "verità" inconfutabili di diritto costituzionale e, perciò, nessun indirizzo può dirsi, in modo esclusivo, "autentico", portatore».

nell'appartenenza disciplinare del Giudice relatore-redattore, mentre in altri la selezione della prospettiva adottata – comunque distinguibile con una certa chiarezza – appare comune a più ambiti della scienza giuridica o capace di travalicare i confini dei settori scientifici. In termini generali, per entrambe le fattispecie, pare potersi parlare di casi in cui la dottrina viene in esame alla stregua di un “pregiudizio” in senso gadameriano, ossia di una precomprensione della problematica affrontata che può dirsi non solo legittima, ma anche necessaria per chiarire il contesto ermeneutico in cui una determinata affermazione può considerarsi vera e una data verità può dirsi compresa¹¹⁵.

Si tratta di casi che, in base al grado di intensità del collegamento tra la dottrina e la singola decisione, esprimono la tipologia in cui il riferimento ha carattere più indiretto (e mediato) e il condizionamento sulla motivazione è meno intenso. In tale classe di ipotesi, infatti, il livello di citazione è inevitabilmente più astratto rispetto alle due precedentemente analizzate. E ciò essenzialmente per due ordini di motivi. In primo luogo, perché la scelta di guardare ad una questione da un punto di vista piuttosto che da un altro, ancorché influenzi in maniera decisiva l'esito del processo interpretativo, può risultare coerente con più teorie e più singole interpretazioni. In secondo luogo, perché la sensibilità che emerge dalle decisioni della Corte in ordine alla prospettiva dalla quale rapportarsi alle questioni, anche quando appare legata alle esigenze metodologiche di una determinata disciplina giuridica, può essere comune a più riferimenti dottrinari; mentre, quando travalica i confini disciplinari, può essere addirittura comune a più categorie di giuristi, giacché, come noto, tra i metodi delle varie discipline delle scienze giuridiche esiste un rapporto osmotico e ciascun giurista è aperto alle suggestioni che derivano da ambiti scientifici diversi dal proprio.

Alla luce di questo duplice rilievo si comprende, dunque, perché questo tipo di riferimenti impliciti presenti un livello di “rarefazione” maggiore di quello che si riscontra nei casi di citazione più puntuale a singole interpretazioni o teorie, come rende intuibile anche la circostanza che qui non viene in considerazione la proposta interpretativa o la teoria ricostruttiva di uno o più autori ma quel “qualcosa” di difficilmente definibile – ma allo stesso tempo distinguibile – che attiene all'angolo prospettico che il Giudice adotta quando affronta una questione e che, inevitabilmente, segna il “taglio” della decisione. Il che, peraltro, spiega anche il motivo per cui risulta particolarmente difficile (se non impossibile) al lettore della giurisprudenza costituzionale individuare l'oggetto di queste citazioni implicite (autori e opere). Ciò nonostante, è esperienza comune degli studiosi di giustizia costituzionale che la lettura della giurisprudenza della Corte restituisce anche l'immagine di questo diverso ed ulteriore modo di relazionarsi con la scienza giuridica.

¹¹⁵ H. GADAMER, *Verità e metodo (1960-1965)*, Milano 1990, specialmente p. 325 per quanto concerne la celebre «riabilitazione del pregiudizio».

Per tale motivo si è deciso di darne conto in questa sede, nella speranza che alcune esemplificazioni possano creare una certa condivisione in merito all'espletato tentativo di fornire alla categoria di decisioni in questione una certa autonomia concettuale rispetto alle altre due.

Un primo esempio di decisione di questo tipo può essere utilmente rappresentato dalla notissime «sentenze gemelle»¹¹⁶ ed in particolare dalla sentenza n. 349 del 2007, il cui Giudice relatore-redattore è il Prof. Giuseppe Tesaurò. Essa, infatti, si presta bene ad evidenziare quanto appena detto circa la rilevanza che la dottrina può assumere come strumento di selezione delle possibili e alternative prospettive da cui procedere alla disamina della questione. Più in particolare, la sentenza n. 349 del 2007, soprattutto se paragonata alla «gemella», manifesta una spiccata tendenza ad affrontare le stesse questioni già oggetto dell'immediato (forse *rectius*, contestuale) precedente da un angolo visuale diverso, tipico delle discipline internazionalistiche. Per indulgere nella metafora di Marta Cartabia si potrebbe dire che si tratta due gemelle eterozigote. Alcune notazioni possono, forse, rendere ragione di quanto si va affermando.

In primo luogo, vale la pena evidenziare che la sentenza n. 349 giunge ad escludere che l'art. 11 Cost. possa valere a fondare l'ingresso della C.e.d.u. nel nostro ordinamento affrontando un problema, proprio del diritto internazionale e non del diritto interno (anche se, certo, con importanti ricadute sul secondo), rimasto senza soluzione nella sentenza n. 348: quello della «comunitarizzazione» della C.e.d.u. da parte di quella giurisprudenza della Corte di giustizia che qualifica i diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione come «principi generali dell'ordinamento dell'Unione». A negare la rilevanza di questo fenomeno la sentenza perviene essenzialmente attraverso tre considerazioni, tutte giocate su un piano diverso da quello dell'ordinamento interno. In primo luogo, si richiama la circostanza che il sistema di tutela della Convenzione, per quanto la giurisprudenza in questione sia stata recepita dall'art. 6 Trattato UE e dalla Carta di Nizza, resta comunque «una realtà giuridica, funzionale e istituzionale distinta dalla Comunità europea». In secondo luogo, si sottolinea che, secondo la stessa giurisprudenza di Lussemburgo, i «principi generali» rilevano esclusivamente rispetto agli atti dell'Unione, agli atti nazionali di attuazione di normative dell'Unione ed alle deroghe nazionali a norme dell'Unione asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali. In terzo luogo, si osserva che, non avendo l'ordinamento dell'Unione specifica competenza in materia di diritti fondamentali, tutti gli Stati che ad esso appartengono e che sono membri anche del Consiglio d'Europa disciplinano autonomamente, e sottolinea la Corte «variamente ma saldamente», il proprio rapporto con l'ordinamento conven-

¹¹⁶ Si prende qui a prestito la felice espressione di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3564 e ss.

zionale, senza che, quindi, dal diritto dell'Unione possa venire l'imposizione di alcun modello di rapporti universalmente valido.

Lo "scarto" di prospettiva tra le due sentenze e la vocazione internazionalistica della seconda si colgono, poi, in relazione agli argomenti spesi per sottrarre la C.e.d.u. dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost. Sul punto, infatti, la sentenza n. 348 — richiamando i precedenti della Corte che avevano escluso che tra le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», in relazione alle quali opera il meccanismo di adattamento automatico, potessero ricomprendersi anche quelle pattizie, «ancorché generali» — afferma che le norme dei trattati internazionali bilaterali o multilaterali non possono fungere da autonomo parametro nel giudizio di legittimità costituzionale e non valgono nemmeno ad integrare come norme interposte il parametro dell'art. 10 Cost.¹¹⁷ La successiva sentenza n. 349, invece, nel ribadire che la norma costituzionale si riferisce esclusivamente al diritto internazionale consuetudinario, precisa che il meccanismo dell'adeguamento automatico può venire in considerazione per il diritto pattizio solo ove ci si trovi dinanzi a trattati che riproducono principi o norme consuetudinarie¹¹⁸. Il che, però, determina un'ulteriore problematica sul piano delle fonti del diritto internazionale. Per quanto, infatti, tale possibilità possa essere remota, l'apertura della sentenza n. 349 determina una "spaccatura in due" del regime

¹¹⁷ Corte cost., sent. n. 348 del 2007, punti 3.4 e 4.3 del *Considerato in diritto*, cui si rinvia per la puntuale indicazione dei precedenti.

¹¹⁸ Corte cost., sent. n. 349 del 2007, punto 6.1 del *Considerato in diritto*. Difficile stabilire se questa presa di posizione chiuda definitivamente ogni prospettiva di accesso alla tesi autorevolmente sostenuta da quella parte della dottrina che, da tempo, tentava di ancorare all'art. 10 Cost. l'ingresso nel nostro ordinamento del diritto internazionale pattizio per il tramite del principio consuetudinario del *pacta sunt servanda* (R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1949, p. 46, poi autorevolmente ripresa da P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Comun. intern.*, 1966, pp. 15 e ss.; A. D'ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. cost.*, 1967, pp. 614 e ss.). In definitiva, infatti, il residuo margine di operatività del ricorso all'art. 10 Cost. finisce per dipendere dal grado in cui si possa ritenere che i diritti fondamentali della Convenzione siano diventati principi del diritto internazionale consuetudinario; cosa, peraltro, controversa in dottrina. Sul punto cfr. V. ONIDA, *Adottare il "punto di vista" dei diritti fondamentali*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, p. 178, il quale ritiene che il contenuto della CEDU rientri ormai tutto nel diritto consuetudinario, e G. SORRENTI, *La CEDU tra vecchie (sostanziali) e nuove (formali) ipotesi di copertura*, ivi, p. 241, secondo cui può, al massimo, ammettersi che in tema di diritti fondamentali esistano delle «consuetudini regionali», restando, però, dubbio che il meccanismo di adattamento automatico dell'art. 10 Cost. si estenda anche ad esse (come sottolinea anche O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, p. 6).

formale della fonte C.e.d.u., perché se la singola norma pattizia è ripetitiva di una consuetudinaria (come avviene, ad esempio, per il divieto di tortura di cui all'art. 3 della Convenzione) essa entra nell'ordinamento per il tramite dell'adattamento automatico ed assume conseguentemente il rango di fonte costituzionale¹¹⁹, mentre se si tratta di norma esclusivamente derivata entra per il tramite del solo ordine di esecuzione e da esso ripete il rango di legge ordinaria¹²⁰.

Come noto, la negazione di qualsivoglia rilevanza della disciplina più propriamente internazionalistica della Costituzione repubblicana (art. 10 e 11) rappresenta la premessa su cui le "sentenze gemelle" costruiscono l'individuazione del parametro di costituzionalità della legge contrastante con la C.e.d.u. nel rispetto degli obblighi internazionali di cui al novellato comma 1 dell'art. 117 Cost. La sentenza n. 349, confermando la tendenza ricostruttiva già evidenziata, sottolinea al riguardo che la novella costituzionale del 2001, proprio attraverso l'introduzione dell'obbligo di conformità delle leggi alle norme pattizie, ha colmato la lacuna dell'ordinamento che, stante l'inidoneità degli art. 10 e 11 Cost., impediva di considerare incostituzionale la legge interna successiva contrastante con la C.e.d.u.; lacuna che la stessa sentenza considera particolarmente grave per effetto della spiccata vocazione internazionalistica della Costituzione repubblicana¹²¹.

E ancora, la differenza di prospettiva tra le due sentenze è piuttosto netta proprio in relazione alla qualificazione delle norme della C.e.d.u. come norme interposte nel giudizio di costituzionalità. Sul punto, la sentenza n. 348, affrontando la questione dalla prospettiva del diritto interno¹²², chiarisce inequivocamente che il parametro in questione diventa operativo solo se vengono determinati quali siano gli «obblighi internazionali» che, nel caso concreto, limitano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, cosa che avviene, appunto, per effetto delle norme convenzionali, che assolvono la «funzione

¹¹⁹ Lo osserva acutamente U. VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2007, pp. 46 e ss. Sul rango delle norme che entrano per il tramite della clausola di adattamento automatico, cfr., per tutti, A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, I, 1988, p. 6.

¹²⁰ In dottrina v. gli ormai classici lavori di M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, 1951, p. 23; A. LA PERGOLA, *Costituzione ed adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, p. 145; T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1962, pp. 37 e ss.

¹²¹ Corte cost., sent. n. 349 del 2007, punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

¹²² Non solo di prospettiva interna, ma di «concezione dell'ordinamento molto più impermeabile da contaminazioni di tipo comunicativo o cooperativo» parla P. RIDOLA, *Relazione*, in E. SCISO (a cura di), *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, Roma, 2008, p. 40, cogliendo in ciò una significativa differenza rispetto a Corte cost., sent. n. 349 del 2007, in cui si colgono più aperture «nella direzione della comunicazione tra ordinamenti».

[...] di concretizzare» il precetto costituzionale¹²³. Il medesimo fenomeno è osservato, invece, dallo speculare punto di vista del diritto internazionale, nella sentenza n. 349, in cui, ad ulteriore conferma della posizione inaugurata con l'immediato precedente, si afferma che «con l'art. 117, comma 1, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata norma interposta»¹²⁴. Attraverso questo percorso, e dalle due differenti prospettive evidenziate, dunque, la giurisprudenza costituzionale perviene alla conclusione già prospettata in dottrina da tutti coloro che, dopo la novella del 2001, avevano letto nell'art. 117 Cost. una norma di "copertura costituzionale" della legge di esecuzione¹²⁵.

Ciò che, da ultimo, vale la pena di evidenziare è che, per alcuni versi, la prospettiva spiccatamente internazionalistica da cui muove la giurisprudenza delle "sentenze gemelle", e in particolar modo la sentenza n. 349 per i motivi sopra visti, rappresenta forse anche la causa di alcune sue problematicità sul piano del diritto interno. In particolare, ci si intende riferire alla circostanza che l'interpretazione fornita dalla Corte non limita l'incostituzionalità alle sole ipotesi di contrasto con trattati la cui ratifica è stata previamente autorizzata dal Parlamento, riconoscendo così un potere del Governo di porre vincoli al futuro legislatore mediante la stipula di accordi in forma semplificata e alterando gli equilibri della forma di governo¹²⁶. Ma, soprattutto, ciò che merita di essere rimarcato è che l'affermata capacità della C.e.d.u. di integrare il parametro di cui all'art. 117 Cost. pone le premesse perché si instauri una forma di concorrenza tra i possibili parametri cui il giudice e le parti del giudi-

¹²³ Corte cost., sent. n. 348 del 2007, punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

¹²⁴ Corte cost., sent. n. 349 del 2007, punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

¹²⁵ Cfr., tra gli altri, M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2002; F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, pp. 1355 e ss.; P. CARETTI, *Il limite degli obblighi internazionali per la legge dello Stato e delle Regioni*, in ID., *Stato, Regioni, Enti locali tra innovazione e continuità*, Torino, 2003, pp. 61 e ss.; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, I, Bologna, 2003, p. 278; F. GHERA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali nei confronti della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, in F. MODUGNO, P. CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, 2003, pp. 68 e ss.; E. CATELANI, *I trattati internazionali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, p. 344.

¹²⁶ Lo sottolineano, tra gli altri, L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2008, pp. 305 e ss.; T. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controllimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, p. 4, il quale estende alla giurisprudenza costituzionale la critica già avanzata su queste basi da Augusto Barbera ed Enzo Cannizzaro alla formulazione testuale dell'art. 117 Cost.

zio *a quo* possono appellarsi per perorare la causa dell'incostituzionalità della norma interna¹²⁷. In caso di contrasto della legge statale o regionale con un diritto fondamentale tutelato sia dalla C.e.d.u. che dalla Costituzione, infatti, diventa possibile scegliere se promuovere il giudizio di costituzionalità censurando il contrasto con la norma convenzionale o con quella costituzionale a seconda di quale garantisce il più conveniente grado di tutela rispetto alla fattispecie concreta, anche in considerazione delle rispettive giurisprudenze.

4.1 (segue): la “precomprensione storica” nella giurisprudenza sull'accertamento del falso in materia elettorale

Un secondo esempio di riferimento implicito alla dottrina in funzione di strumento di precomprensione della questione può essere tratto dalla sentenza n. 304 del 2011 (Giudice relatore-redattore Prof. Paolo Grossi), la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di numerosi articoli del c.d. “Codice del processo amministrativo”, tra cui quelli che disciplinano il rito elettorale, di altre fonti vigenti e previgenti del sistema di giustizia amministrativa, nonché dell'art. 2700 del codice civile, sollevata dal Consiglio di Stato in riferimento agli artt. 24, 76 – parametro, questo, evocato con esclusivo riferimento alle norme del “Codice” –, 97, 103, 111, 113 e 117 della Costituzione, nella parte in cui precludono al giudice amministrativo di accertare anche solo incidentalmente la falsità degli atti pubblici nell'esercizio della sua giurisdizione in materia di contenzioso elettorale. Si tratta della nota vicenda che si è sviluppata intorno al c.d. “caso Cota”, sfociata poi con l'annullamento delle operazioni elettorali dell'11 febbraio del 2014 da parte del Consiglio di Stato.

Per quanto qui di più prossimo interesse, secondo l'ordinanza di rimessione¹²⁸, per effetto del riconoscimento al giudice amministrativo dei nuovi poteri istruttori previsti dal codice del processo, si sarebbe potuta considerare venuta meno la *ratio* originaria dell'obbligo di devoluzione al giudice ordinario dell'incidente di falso in riferimento agli atti muniti di fede privilegiata a norma dell'art. 2700 c.c., la quale era tradizionalmente giustificata, appunto, dalla carenza di strumenti di accertamento in grado di rendere possibile la verifica incidentale della falsità. Per tale ragione, a parere del Consiglio di Stato, il permanere nel nuovo contesto normativo del divieto per il giudice amministrativo di conoscere *incidenter tantum* del falso negli atti del procedimento elettorale avrebbe determinato un'irragionevole perdita di concentrazione dell'attività processuale, come tale contraria agli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., nonché 117, comma 1, Cost., in riferimento agli

¹²⁷ Come rileva F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, n. 1, p. 8.

¹²⁸ In *G.U.* 27 aprile 2011, n. 18, su cui M. CROCE, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela nel contenzioso elettorale*, in *Quad. cost.*, 2011, pp. 402 e ss.

artt. 6 (ragionevole durata del processo) e 13 (diritto ad un rimedio effettivo) della C.e.d.u., in quanto l'attesa del giudicato civile sull'incidente di falso frustra in concreto la possibilità di una tutela giurisdizionale pronta ed efficace, potendo la pronuncia irrevocabile sul falso intervenire anche a distanza di tempo tale da non determinare più alcuna conseguenza reale sulla competizione elettorale (addirittura, a consiliaura finita). Al riguardo, l'ordinanza di rimessione richiamava diffusamente il precedente della Corte costituzionale rappresentato dalla sentenza 7 luglio 2010, n. 236, con cui il Giudice delle leggi, nell'affermare l'autonoma impugnabilità degli atti preparatori delle operazioni elettorali, poi recepita – come noto – dalla codificazione del processo amministrativo attraverso la previsione di un apposito rito speciale per la definizione dei ricorsi contro gli atti di esclusione di liste o candidati (art. 129)¹²⁹, aveva evidenziato che nel contenzioso elettorale deve essere garantita «la possibilità di una tutela giurisdizionale efficace e tempestiva delle situazioni soggettive immediatamente lese» ed aveva sottolineato come il tradizionale orientamento della giustizia amministrativa sull'impugnabilità degli atti di esclusione solo all'esito del procedimento elettorale, insieme alla proclamazione degli eletti¹³⁰, fosse gravemente pregiudizievole dell'interesse degli esclusi, non consentendo la tutela cautelare¹³¹.

¹²⁹ Sulla disciplina processuale dei due riti speciali del contenzioso elettorale, anche di quello sulle operazioni di scrutinio, cfr., preliminarmente, R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, pp. 619 e ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, pp. 354 e ss. Sui residui dubbi di legittimità costituzionale della nuova disciplina codicistica, nella parte in cui non consentiva l'autonoma impugnabilità degli atti di ammissione di candidati o liste, oltre che degli atti di esclusione, cfr., invece, P. QUINTO, *Il nuovo Codice, il giudizio elettorale e la Corte costituzionale: una singolare coincidenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Al riguardo si ricordi che il comunicato stampa del Governo n. 149 del 3 agosto 2011 aveva reso nota l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri di uno schema di decreto legislativo integrativo e correttivo del codice, qualificando come «particolarmente innovativo l'intervento che riguarda il rito elettorale, di cui s'intende modificare l'impostazione per coordinarla con quella rilevabile dagli spunti forniti dalla recente sentenza della Corte Costituzionale (n. 236 del 2010) in materia di impugnativa degli atti del procedimento preparatorio alle elezioni amministrative». Tale modifica è stata apportata dall'art. 1, d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, il quale ha novellato l'art. 129, comma 1, che oggi individua l'area degli atti impugnabili senza attendere la fine del procedimento mediante la formula «provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio». Sui permanenti profili di incostituzionalità della disciplina si veda M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, 2013, pp. 53-6, al quale si rinvia adesivamente anche in ordine al rilievo che la soluzione raggiunta dalla Corte nella decisione in questione difficilmente potrebbe essere ritenuta conforme al citato precedente rappresentato dalla sentenza n. 236 del 2010 se la medesima questione venisse sollevata in relazione al contenzioso pre-elettorale (pp. 59 e ss.).

¹³⁰ Cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24 novembre 2005, n. 10. Sulle problematiche sollecitate da questa giurisprudenza, cfr. A. PAJNO, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 1689 e ss.

¹³¹ Corte cost., sent. n. 236 del 2010, con le osservazioni di R. CHIEPPA, *Riflessi della sent.*

Ciò che rileva ai nostri fini è che la sentenza n. 304 del 2011, come si avrà modo di esplicitare di qui a poco, affronta la problematica muovendo da una prospettiva diversa da quella del ricordato precedente¹³², che si contraddistingue per il fatto di dare assoluta prevalenza, nel percorso argomentativo e nell'esito della decisione, alle istanze di continuità dell'ordinamento e di certezza del diritto rispetto a quelle legate all'effettività della tutela e alla celerità del giudizio. Così facendo, essa opera una precomprensione della questione, che va nel senso della massima valorizzazione della dimensione storica del fenomeno. Da questo punto di vista, dunque, proprio come nel caso del "pregiudizio internazionalistico" cui si riferiva l'esemplificazione precedente, ci si trova dinnanzi a un caso in cui la prospettiva adottata sembra tradursi in un *modus arguendi* tipicamente riconducibile ad una data disciplina giuridica, per di più coerente con l'appartenenza disciplinare del Giudice relatore-redattore.

Il "pregiudizio storico" della decisione si coglie, innanzitutto, nella circostanza che la sentenza, al fine di decidere nel merito la questione e, per così dire, di difendere l'identità dell'ordinamento per come essa ci è stata consegnata dalla sua ultracentenaria evoluzione, non affronta nessuna delle eccezioni di inammissibilità prospettate dalle parti costituite¹³³. Così come non indulge, sempre ai fini di una possibile pronuncia di rito, su un aspetto la cui problematicità emergeva dalla stessa ordinanza di rimessione, nella parte in cui essa, quasi a prevenire possibili eccezioni sul punto, si sforzava di chiarire che «il problema che si intende sollevare non è la durata del processo civile di accertamento del falso (che è un elemento di fatto inidoneo ad essere valutato in un giudizio di costituzionalità), ma la preclusione per il giudice amministrativo di garantire una tutela effettiva, accertando incidentalmente la falsità di atti pubblici del procedimento elettorale». Come i primi commenti alla sentenza non hanno mancato di mettere in evidenza, infatti, la ca-

n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico), in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2905 e ss., e E. LEHNER, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni locali e regionali*, *ivi*, pp. 2908 e ss.

¹³² Da cui, infatti, non a caso, la sentenza prende le distanze, osservando che la questione dell'autonoma impugnabilità degli atti preparatori del procedimento elettorale immediatamente lesivi comportava la risoluzione di un problema di «preclusione della azione di impugnativa», mentre l'incidente di falso si riferirebbe al diverso caso dell'introduzione di «una riserva di giurisdizione». Su tale *distinguishing* è parso a chi scrive di poter esprimere qualche riserva in A. CARDONE, *"Unitarietà" della giurisdizione e concentrazione del rito nell'accertamento del falso in materia elettorale*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 4275-6.

¹³³ Particolarmente "insidiosa" appariva quella avanzata dalla difesa dei consiglieri regionali, già parti del giudizio *a quo*, la quale rilevava che, ove la questione fosse stata accolta, sarebbe stato il T.a.r. Piemonte a dover effettuare le verifiche sul presunto falso e non certo il Consiglio di Stato, con conseguente difetto di incidentalità, vertendosi in un'ipotesi al limite della *fictio litis*.

renza di effettività della tutela derivante dall'unità della giurisdizione in tema di incidente di falso dipende prevalentemente dalla condizione di fatto in cui versa il processo civile¹³⁴ e il rilievo avrebbe potuto essere astrattamente asservito ad una decisione di inammissibilità, per lo meno in relazione al profilo più evidente di "deriva fattuale" del parametro, quello della ragionevole durata. La Corte, invece, si limita, per un verso, a giudicare «non condivisibile» la «presupposizione» che all'eliminazione della pregiudiziale di falso corrisponda una maggiore celerità del contenzioso elettorale¹³⁵, per l'altro, nel rigettare laconicamente la censura relativa all'art. 111 Cost., ad affermare che l'esistenza di una pregiudizialità non incide sulla ragionevole durata del processo, citando, al riguardo, la pregiudiziale comunitaria e quella costituzionale, mai considerate lesive del criterio in questione¹³⁶.

Ma è, soprattutto, il *corpus* dell'argomentazione di merito a manifestare il "pregiudizio" di cui si discute. Non a caso, infatti, il primo argomento utilizzato a sostegno del rigetto della censura relativa alla violazione dei principi di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo è quello storico, tutto basato sulle perduranti ragioni di attualità dell'«ultracentenaria tradizione» di riservare al giudice civile la risoluzione dell'incidente di falso in tema di atti muniti di fede privilegiata. La sentenza in commento, infatti, ricorda che tale «risalente e costante tradizione», da un lato, nasce per l'esigenza di assicurare «una sede e un modello processuale unitari: così da evitare, ad un tempo, il rischio di contrastanti pronunce – che minerebbero la fiducia verso determinati atti [...] di essenziale risalto agli effetti dei rapporti intersoggettivi – e il ricorso a modelli variegati di accertamento, dipendenti dalle specificità dei procedimenti all'interno dei quali simili questioni "pregiudicanti" possono intervenire», dall'altro, risponde «anche a persistenti valori ed esigenze di primario risalto». Tra di essi viene annoverata la tutela della fede pubblica, «che in determinate ipotesi – quale è quella degli atti muniti di valore fidefacente

¹³⁴ Cfr. M. MASSA, *Per annullare elezioni falsificate occorre attendere i tempi della giustizia civile*, in *dirittiregionali.org*, 15 novembre 2011, p. 3.

¹³⁵ Cfr. Punto 5 del *Considerato in diritto*. Sul punto si potrebbe osservare che, essendo il giudizio civile articolato su tre gradi e quello amministrativo su due, la pregiudiziale di falso allunga i tempi del contenzioso elettorale, anche a prescindere dal "fatto" delle lungaggini del processo civile, perché espone il ricorrente a sopportare potenzialmente cinque gradi di giudizio invece dei due che si avrebbero se il giudice amministrativo potesse sindacare incidentalmente la falsità.

¹³⁶ Cfr. Punto 6.2 del *Considerato in diritto*. Il parallelismo instaurato, però, sembra provare troppo. Il dato che l'ordinamento accetti l'allungamento dei tempi processuali per garantire il rispetto della Costituzione e degli obblighi comunitari, infatti, prova che, in relazione a quelle esigenze, una durata più lunga è comunque ragionevole, ma non che ogni perdita di concentrazione del processo derivante da pregiudizialità necessarie sia, in quanto tale, ragionevole. Il paragone con le pregiudizialità costituzionale e comunitaria solleva perplessità anche perché in entrambi casi l'incidente comporta l'espletamento di un solo grado di giudizio (rispettivamente, davanti alla Corte costituzionale ed alla Corte di giustizia) e non di tre, come nel caso dell'accertamento civile del falso.

privilegiato a norma dell'art. 2700 cod. civ. – deve essere assicurata a prescindere dalla sede processuale in cui l'autenticità dell'atto sia stata, incidentalmente, messa in dubbio». Più specificamente, la pronunzia rileva che «la certezza e la speditezza del traffico giuridico [...] potrebbero risultare, infatti, non adeguatamente assicurate ove l'accertamento sulla autenticità dell'atto fosse rimesso ad un mero "incidente", risolto all'interno di un determinato procedimento giurisdizionale, senza che tale verifica avesse effetti giuridici al di là delle parti e dell'oggetto dello specifico procedimento»¹³⁷.

Il "peso" della prospettiva storica da cui il Giudice costituzionale muove nell'affrontare la questione emerge, infine, dall'altro pilastro dell'argomentazione principale della sentenza, rappresentato dall'asserita irragionevolezza di qualsiasi soluzione che mini la certezza del diritto derivante dall'intangibilità del valore probatorio dell'atto pubblico *ex art. 2700 c.c.* Anche in relazione a questo profilo della motivazione emerge, infatti, come i valori tradizionali degli ordinamenti giuridici statuali siano considerati prevalenti rispetto alle esigenze di effettività, concentrazione e speditezza degli strumenti di tutela giudiziaria, tipiche degli ordinamenti pluralistici contemporanei¹³⁸, immersi in una fitta trama di rapporti tra istanze giurisdizionali (anche sovra e internazionali). E ciò, a ben vedere e al di là delle formule di stile, non per effetto di un bilanciamento razionalmente verificabile, ma appunto per una presa di posizione che è implicita nella prospettiva adottata.

Non a caso, allora, la sentenza afferma al riguardo che il ragionevole temperamento delle esigenze di celerità del rito, da un lato, e di certezza del diritto, dall'altro, non può ammettere deroghe alla giurisdizione unitaria del giudice ordinario, risultando altrimenti le seconde «totalmente pretermesse a vantaggio di una ipotetica maggiore speditezza del procedimento». E osserva, in particolare, sempre a sostegno di tale affermazione, che intaccare l'"unitarietà" della giurisdizione civile sul falso documentale equivarrebbe ad «affievolire» l'efficacia e la qualità dell'atto munito di fede privilegiata proprio in relazione agli atti del procedimento elettorale, perché l'accertamento solo incidentale della falsità da parte del giudice amministrativo frustrerebbe il valore probatorio dell'atto pubblico, che non sarebbe più fidefacente «fino a querela di falso». In realtà, infatti, in questo passaggio non vi è alcun bilanciamento ma solo la presa d'atto che un valore, quello appunto che compendia – forse meglio di ogni altro – l'orizzonte concettuale dello Stato moderno¹³⁹, non può essere intaccato per effetto di considerazioni relative ad altre esigenze originariamente estranee a quell'orizzonte.

¹³⁷ Cfr. Punto 5 del *Considerato in diritto*, cui si riferiscono anche i virgolettati che precedono.

¹³⁸ Come rileva E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, 2006, pp. 39 e ss.

¹³⁹ Cfr., per tutti, il recente P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 921 e ss., al quale si rinvia anche per la concettualizzazione dei limiti che quell'orizzonte teorico manifesta nell'attuale contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei.

4.2 (segue): la giurisprudenza per “valori” come esempio di “pregiudizio assiologico”

Un'ulteriore esemplificazione di citazione dottrina implicita che risponde alla logica del “pregiudizio” si può effettuare a partire dalle sentenze della Corte costituzionale che rimandano all'esistenza di una sfera di “valori”, e in particolar modo presuppongono un “valore della persona”, che precede e condiziona l'ordinamento giuridico positivo. Ci si trova in questo caso di fronte a riferimenti dottrinari che rispondono ad una logica sostanzialmente analoga a quella che si è avuto modo di rilevare in relazione al “pregiudizio internazionalistico” e alla “precomprensione storica”. Nei casi di “pregiudizio assiologico”, però, i riferimenti dottrinari impliciti manifestano una spiccata tendenza a travalicare i confini delle implicazioni metodologiche e prospettive legate alle singole discipline giuridiche. Si tratta, infatti, di “citazioni silenziose” che rimandano a concezioni extragiuridiche comuni a differenti rami della scienza giuridica e che, pertanto, se, da un lato, come nei casi precedenti, trovano il proprio punto di emersione nella “personalità” del Giudice relatore-redattore (per dirla ancora con Weber), dall'altro, non appaiono tipicamente legate all'una o all'altra disciplina giuridica di cui l'estensore è cultore.

Per rendere più chiaro a cosa ci si intenda riferire quando si parla di “pregiudizio assiologico” si può utilmente prendere le mosse da alcune sentenze della Corte costituzionale in materia civile redatte dal Giudice relatore Prof. Luigi Mengoni.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 30 del 1996, che interviene su temi lavoristici, in cui la Corte afferma che la subordinazione che caratterizza il rapporto di lavoro è determinata dal concorso delle due condizioni rappresentate dall'«alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata» e dall'«alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce». Solo quando ricorrono queste due condizioni – si legge nella sentenza¹⁴⁰ – «la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, comportante l'incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato». Ebbene, queste affermazioni della Corte sulla nozione di subordinazione¹⁴¹ assumono un signifi-

¹⁴⁰ Corte cost., sent. n. 30 del 1996, *Considerato in diritto*.

¹⁴¹ Ma, come è stato rilevato in dottrina, molti sono i casi in cui la giurisprudenza della Corte guarda al lavoratore non come parte di una speciale relazione giuridica con il datore,

cato particolarmente rilevante nella nostra prospettiva se si pone attenzione al rilievo che esse denotano una marcata contiguità con le idee scientifiche del Giudice relatore-redattore. In particolar modo, se le si legge alla luce di quanto opportunamente evidenziato in dottrina circa il suo pensiero, ossia che «la produzione lavoristica di Mengoni è tutta tesa a superare l'originaria ideologia liberale, pure valorizzata, trovando un principio ispiratore nella necessità di salvaguardia della persona»¹⁴². E, soprattutto, se si tiene presente che per Mengoni la rottura del diritto del lavoro col diritto comune dei contratti e delle obbligazioni ha un fondamento etico rinvenibile proprio nel principio della personalità del lavoro. È da tale principio che discende la conclusione che non si può considerare la persona fisica del lavoratore come l'oggetto del contratto di lavoro, né ritenere che il prestatore di lavoro sia obbligato verso il datore in quanto soggetto di un obbligo corrispettivo al diritto della controparte. Secondo Mengoni, infatti, in quanto, da un lato, «la capacità di essere soggetto di doveri preserva la persona dalla degradazione ad oggetto di diritto», con la conseguenza che la questione «su cosa cada il diritto», tipica dei diritti reali, non si pone per l'obbligazione di lavoro subordinato, dall'altro, «il contratto di lavoro non forma un'eccezione al principio di nullità degli atti di disposizione del proprio corpo» perché «il bene offerto sul mercato del lavoro non è il suo corpo (ovvero nel linguaggio paleo industriale, la sua forza-lavoro), bensì la sua professionalità»¹⁴³.

Oppure si pensi alla sentenza n. 344 del 1996, con cui la Corte costituzionale, in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali, affrontando le condizioni di compatibilità costituzionale di quella che è stata efficacemente definita come una forma legislativa di «pluralismo estremo»¹⁴⁴, afferma che «quando sia stata raggiunta un'intesa a entrambi i livelli contrattuali e la Commissione di garanzia non abbia espresso una valutazione di inidoneità, fonte diretta dell'obbligo dei lavoratori di effettuare le prestazioni riconosciute indispensabili è il regolamento di servizio in quanto atto di esercizio (a formazione "procedimentalizzata" e quindi a contenuto vincolato) del

ma in funzione della tutela dei valori della persona e della solidarietà sociale. Cfr. per tutti, sul punto, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, pp. 126 e ss.; L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, pp. 1 e ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Lavoro. La Giurisprudenza costituzionale (1 luglio 1989 – 31 dicembre 2005)*, IX, Roma, 2006, pp. 50-1.

¹⁴² M. NAPOLI, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e d'umanità, cultore di diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, fasc. 94, 2002, p. 154.

¹⁴³ L. MENGONI, in G. GIUGNI, L. MENGONI, B. VENEZIANI, *Tre commenti alla "Critique du droit du travail" di Supiot*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, fasc. 67, 1995, pp. 475-6.

¹⁴⁴ T. TREU, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: un caso estremo di regolazione pluralistica*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Milano, 1995, p. 1325.

potere direttivo del datore di lavoro». Anche questa pronuncia, come la precedente, presuppone una specifica prospettiva assiologica, che qui manifesta tutta la propria impronta solidaristica (tanto che al riguardo si è parlato di «solidarietà vincolata»)¹⁴⁵, e che, in sede scientifica, ha tanto impegnato lo stesso Mengoni¹⁴⁶.

Oppure ancora si pensi alla nota sentenza additiva n. 184 del 1990, con cui la Corte costituzionale, sempre relatore-redattore Mengoni, è intervenuta in tema di esclusione dei fratelli e delle sorelle naturali dalle categorie dei successibili *ab intestato*, cui l'art. 565 c.c., come risultante dalla riforma del diritto di famiglia, negava il diritto di successione reciproca pur in mancanza di altri successibili all'infuori dello Stato. Al riguardo, la Corte afferma che nei rapporti con i parenti del genitore le disparità di trattamento introdotte dal legislatore con riferimento alle due specie di filiazione (legittima e naturale) «non possono essere conservate più di quanto richiedano un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco»¹⁴⁷, con la conseguenza che non vi sono ragioni idonee a giustificare l'esclusione del diritto di successione tra fratelli e sorelle naturali quando, mancando altri successibili per titolo di *coniugio* o di parentela, il favore per i figli naturali non entra in conflitto col principio della successione familiare, né con l'interesse dello Stato. Anche in tale sentenza, infatti, è la precomprensione del caso, effettuata in funzione del «valore» della persona, ad orientare la decisione dell'interprete.

Insomma, alla luce di questa giurisprudenza non dovrebbe risultare difficilmente comprensibile in quale senso lo stesso Autore affermasse che la natura del sindacato di costituzionalità implica inevitabilmente valutazioni di carattere meta-giuridico, in quanto «rinvia a valori metalegislativi riconosciuti come criteri di legittimazione di diritto positivo», e perché conseguentemente ritenesse che la giurisprudenza costituzionale sia «essenzialmente una giurisprudenza valutativa»¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Corte cost., sent. n. 344 del 1996, punto 3 del *Considerato in diritto*. Si vedano sulla sentenza, almeno, A. D'ATENA, *L'efficacia degli accordi contemplati dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3025 e ss; M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 1 e ss.

¹⁴⁶ L. MENGONI, *Fondata sul lavoro. La Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in L. MENGONI, U. ROMAGNOLI, G. GIUGNI, T. TREU (a cura di Mario Napoli), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, p. 13, in cui significativamente si legge che «la solidarietà è non tanto una virtù morale, che si esplica nei rapporti interindividuali con atti personalizzati nei confronti di singole persone in situazioni determinate, quanto un principio giuridico oggettivo complementare del principio di uguale trattamento enunciato nell'art. 3. L'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge non è completa se non viene integrata dal dovere solidale di tutti di sobbarcarsi, in proporzione alle proprie possibilità, il peso comune costituito dai costi dello stare insieme in società».

¹⁴⁷ Corte cost., sent. n. 184 del 1990, punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁸ L. MENGONI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale (1956-1989)*, VIII, Roma, 1990, pp. 39 e ss.

Si potrebbero, certo, individuare altri esempi, ma si spera che quelli proposti risultino sufficienti per evidenziare che in tutte le decisioni citate si coglie senza troppa difficoltà la tensione assiologica del pensiero del Giudice relatore-redattore, la cui cifra forse più significativa risiede proprio nel tentativo di costruire una «scienza giuridica aperta all'umanità del diritto, come misura di una vita degna dell'uomo»¹⁴⁹. E in questa ricerca si consuma non a caso lo sforzo per più aspetti inane – che l'Autore condivide con tutta la dottrina impegnata ad affrontare i problemi teorici del pluralismo – di gettare un ponte tra la sfera del diritto e quella della morale. Tale tentativo si apprezza con particolare evidenza nell'elaborazione dell'idea che è il diritto costituzionale a trasformare, attraverso i principi, il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico; idea accompagnata dal rilievo che «la positivizzazione non spoglia questi principî del loro statuto ontologico e logico originario, ma li riveste di un nuovo tipo di vigenza costituita dalla validità formale propria del diritto positivo» riconoscendo ad essi «una duplice qualità, l'appartenenza necessaria insieme al diritto e alla morale»¹⁵⁰.

Come si diceva in apertura del presente paragrafo, però, i riferimenti impliciti di tipo “gadameriano” talvolta travalicano i confini disciplinari e non sono monopolio delle singole personalità che la composizione della Corte esprime attraverso i suoi Giudici scientificamente più autorevoli. Proprio il caso del “pregiudizio assiologico” si presta bene ad evidenziare quanto appena affermato¹⁵¹.

Infatti, da un lato, vi sono sentenze sempre in materia civile in cui si rinviene la stessa prospettiva ma in cui il “veicolo” della precomprensione non è l'identità del Giudice relatore-redattore (non è, cioè, il “privatista ermeneuta” Mengoni), dall'altro, vi sono casi in cui il medesimo “pregiudizio assiologico” si coglie anche al di fuori della scienza privatistica. Rientra nella prima tipologia, ad esempio, la sentenza n. 494 del 2002, Giudice relatore-redattore Prof. Gustavo Zagrebelsky, in cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1, c.c., nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali, e le relative indagini, nei casi in cui è vietato, a norma dell'art. 251, comma 1, c.c., il riconoscimento dei figli incestuosi. La sentenza, infatti, riconosce al figlio incestuoso la stessa tutela di cui godono gli altri figli nati fuori dal matrimonio, indipendentemente dal fatto che la condotta dei genitori può risultare eticamente censura-

¹⁴⁹ Così M. GRANDI, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, I, p. 3.

¹⁵⁰ L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pp. 117-8, cui si riferisce anche il virgolettato che precede.

¹⁵¹ Ma, naturalmente, la stessa cosa vale anche per le altre figure di riferimento implicito di tipo “gadameriano”, in relazione alle quali la prospettiva adottata per la risoluzione del caso talvolta accomuna Giudici di estrazione scientifica, professionale e culturale differente. Si pensi, a titolo di mero esempio, alla “precomprensione storica” dell'istituto della grazia nella celebre sentenza n. 2000 del 2006, Giudice relatore-redattore il magistrato Alfonso Quaranta.

bile e finanche penalmente rilevante, proprio perché il medesimo, in quanto persona, non ha motivo di essere discriminato per effetto di colpe che non gli sono addebitabili¹⁵².

Come esempio di decisioni che condividono con le “sentenze Mengoni” il “pregiudizio assiologico” al di fuori dell’ambito civilistico si possono, invece, ricordare alcune note sentenze del Giudice relatore-redattore Prof. Antonio Baldassarre.

Si pensi, innanzitutto alla celeberrima sentenza n. 1146 del 1988, con cui la Corte ha affermato che la Costituzione italiana contiene alcuni «principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali», riconducendo all’interno di tale categoria non solo i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), ma anche quei «principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»¹⁵³ o, per dirla con le parole del relatore, quei principi che esprimono una «supra-costituzionalità»¹⁵⁴. È cosa tanto nota da meritare appena di essere ricordata in questa sede che la sentenza n. 1146 del 1988 concorre a definire lo statuto giurisprudenziale dei principi supremi già delineato con le sentenze che, da un lato, avevano ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, pur dotate della particolare “copertura costituzionale” fornita dall’art. 7, comma 2, Cost., «non si sottraggono all’accertamento della loro conformità ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale»¹⁵⁵, dall’altro, avevano affermato, elaborando la nota “teoria dei controlimiti”, che la legge di esecuzione del Trattato istitutivo della CEE può essere assoggettato al sindacato della Corte costituzionale «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana»¹⁵⁶.

¹⁵² Aderendo, peraltro, a un’idea già espressa in dottrina proprio da L. MENGONI, *La filiazione*, in *Jus*, 1974, p. 120.

¹⁵³ Punto 2.1 del *Considerato in diritto*, su cui, per tutti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.* 1988, pp. 5570 e ss.; M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la “sdrammatizzazione” del diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, 1990, pp. 774 e ss.; S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto*, Torino, 2002, pp. 109 e ss.; M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale nell’ordinamento italiano*, Padova, 2002, pp. 11 e ss.

¹⁵⁴ A. BALDASSARRE, *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, pp. 1679 e ss., part. pp.1694-5.

¹⁵⁵ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 30 del 1971; 12 del 1972; 175 del 1973; 1 del 1977; 18 del 1982, quest’ultima con note di R. NANIA, *Il concordato, i giudici, la Corte*, in *Giur. cost.*, 1982, I, pp. 138 e ss.; C. CARDIA, *Una ridefinizione del matrimonio concordatario*, in *Giust. civ.*, 1982, pp. 1448 e ss.

¹⁵⁶ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 183 del 1973 e 170 del 1984. Su tale giurisprudenza, anche per la ricognizione di una prima bibliografia sul tema, sia consentito un rinvio ad A. CARDO-

Ma si pensi anche alle sentenze, del medesimo Giudice relatore-redattore, in tema di obiezione di coscienza, a partire dalla nota sentenza n. 467 del 1991¹⁵⁷, con cui la Corte censura la disciplina dettata dal legislatore per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza nella parte in cui non consente che il trattamento sanzionatorio e l'esonero dalla leva - a seguito di espiazione della pena, previsto per chi abbia rifiutato qualsiasi tipo di servizio militare, anche sostitutivo, prima di assumere il servizio medesimo (il c.d. "obiettore totale tempestivo") - si estenda anche a chi, adducendo gli stessi motivi di coscienza di contrarietà alle armi, rifiuti di prestare il servizio militare dopo averlo assunto. Al riguardo la sentenza chiarisce che non può realizzarsi alcuna effettiva tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'individuo come singolo «senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico»¹⁵⁸ e precisa che da ciò deriva che «la sfera intima della coscienza individuale deve esser considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana»¹⁵⁹. Analogamente, dal "valore" della persona umana pare muovere la sentenza n. 343 del 1993, la quale giunge, con una pronuncia additiva, ad estendere anche agli obiettori di coscienza totali che adducono motivi diversi dalla contrarietà all'uso delle armi, ovvero non adducano alcun motivo, la clausola di esonero dalla prestazione del servizio militare di leva una volta espia la pena irrogata per il reato di diserzione, sottraendo così il reo «a una serie di condanne penali così lunga e pesante da poterne distruggere la sua intima personalità umana e la speranza di una vita normale»¹⁶⁰. Così come anche la di poco successiva sentenza n. 422 del 1993, con cui la Corte estende gli effetti del diretto precedente anche a coloro che abbiano rifiutato il servizio militare per motivi diversi dal rifiuto dell'uso delle armi soltanto dopo averlo assunto, affermando che «i motivi di coscienza non coincidono con qualsiasi imperativo morale, ma riguardano i comandi del foro interno riconducibili a concezioni generali, ai quali, in ragione del pluralismo dei

NE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, pp. 359 e ss., ora in *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, pp. 54 e ss.

¹⁵⁷ Sulla giurisprudenza costituzionale precedente vedi, di recente, F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014, pp. 105 e ss.

¹⁵⁸ Corte cost., sent. n. 467 del 1991, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁵⁹ *Ivi*.

¹⁶⁰ Corte cost., sent. n. 343 del 1993, punto 6 del *Considerato in diritto*.

valori di coscienza susseguente alla garanzia costituzionale delle libertà fondamentali della persona, può esser attribuita dal legislatore una determinata e limitata capacità di deroga a specifici doveri costituzionali di solidarietà civile o politica»¹⁶¹. Alla stessa matrice, da ultimo, pare potersi ricondurre anche la sentenza n. 149 del 1995, che colpisce con la declaratoria d'illegittimità costituzionale l'irragionevole disparità di trattamento derivante dalla diversa tutela accordata alla libertà di coscienza del testimone nel processo penale ed in quello civile a causa delle differenti formule impiegate per il giuramento, ribadendo quanto già affermato nella prima delle sentenze citate, ossia che «la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima»¹⁶².

Dagli esempi sinteticamente richiamati dovrebbe apparire chiaro che anche nel caso delle “sentenze Baldassarre” le decisioni della Corte paiono partecipare di quello stesso “pregiudizio assiologico” che abbiamo visto costituire il fulcro della precomprensione posta alla base delle decisioni in tema di diritto del lavoro, diritto sindacale e diritto di famiglia redatte da Mengoni. E la cosa non desta particolare meraviglia, dato che proprio Baldassarre, con le sue opere scientifiche, ha dato un fondamentale contributo alla diffusione della teoria dei valori in Italia. Per tale Autore, infatti, come noto, non solo la Costituzione è essenzialmente una tavola di valori (con cui raffrontare la legislazione), ma i valori sono anche lo strumento fondamentale di una «tecnica ricostruttiva e interpretativa della Costituzione»¹⁶³, che è proprio quella che si manifesta in tutti quei casi in cui si assume a fondamento di validità e criterio ermeneutico l'esistenza di fattori assiologici collocati fuori dal testo costituzionale. Come altrettanto noto, nelle teorie che si ispirano al c.d. “costituzionalismo per valori” si distinguono posizioni diverse, alcune di tipo “cognitivista”¹⁶⁴, altre di tipo “non cognitivista”¹⁶⁵, ma per quanto tra di esse

¹⁶¹ Corte cost., sent. n. 422 del 1993, punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁶² Corte cost., sent. n. 149 del 1995, punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁶³ Cfr. A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 658. Dello stesso Autore si vedano anche ID., *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991, pp. 60 e ss.; ID., *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?*, cit., p. 1686; ID., *Miseria del positivismo giuridico*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino, 2005, pp. 201 e ss.

¹⁶⁴ Per tutti cfr. A. SPADARO, *Contributo ad una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994.

¹⁶⁵ Cfr., soprattutto, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino,

si possano ravvisare differenze in ordine al grado di discrezionalità riconosciuto al giudice e alla pervasività del fatto¹⁶⁶ (certamente maggiore per coloro che aderiscono alla seconda)¹⁶⁷, tutte concordano nel ritenere che spetti al principio/valore della ragionevolezza¹⁶⁸ attribuire un “peso” a ciascun valore e ordinare i valori in funzione della decisione del caso concreto¹⁶⁹. Il che, non a caso, rappresenta proprio il tratto uniforme e costante che emerge nella regolarità strutturale che qui si sta descrivendo.

Infine, può essere non del tutto privo di utilità rimarcare che alla medesima logica del “pregiudizio assiologico” sembrano rispondere anche altre pronunzie, tra cui – sempre senza pretesa di esaustività, ma solo a fini esemplificativi – si possono ricordare le decisioni che hanno qualificato l’ambiente come «valore costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia “trasversale”, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull’intero territorio nazionale»¹⁷⁰, oppure quelle che hanno affermato che la

1992 e F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell’integrazione democratica*, Torino, 1999.

¹⁶⁶ Differenze che, però, tendono a perdere rilevanza nel contesto pluralista, perché le diverse impostazioni difficilmente vengono formulate in termini di rigida e inconciliabile alternatività, come rileva A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, p. 91.

¹⁶⁷ Cfr. in proposito G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, p. 2.

¹⁶⁸ Nella dottrina italiana, infatti, è stata a lungo prevalente la tendenza a considerare nominalistica la distinzione tra principi e valori. Cfr. al riguardo A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 2000, p. 569; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 313; L. D’ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell’ordinamento costituzionale*, Milano, 2000, pp. 49 e ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 178. Più di recente ha, invece, considerato incompatibili i due concetti G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, pp. 85 e ss. Al di là della questione ontologica, però, come noto, la dottrina italiana assolutamente maggioritaria sembra orientata nel senso di ritenere che i principi sono lo strumento attraverso cui si realizza la positivizzazione dei valori. Sul punto cfr., per tutti, F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, p. 72, secondo cui «i valori, prima della positivizzazione o secolarizzazione, sono e non possono non essere pre-normativi, immessi, [poi] nell’ordinamento, tramite i principi»; ID., *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino, 2005, p. 623, in cui si ragiona di «dignità assiologica» dei principi.

¹⁶⁹ Secondo la nota proposta di N. McCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, 2005, pp. 178 e ss.

¹⁷⁰ Si tratta della notissima sentenza n. 407 del 2002, su cui vedi, per tutti, M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell’ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 318 e ss., cui adde sentt. nn. 536 del 2002; 96, 226 e 227 del 2003; 259 del 2004; 62 del 2005. Su quest’ultima, in particolare, si

ricerca scientifica deve essere considerata non solo una «materia», ma anche un «valore costituzionale» (ricavabile dagli artt. 9 e 33 della Costituzione), come tale «in grado di rilevare a prescindere da ambiti di competenze rigorosamente delimitati»¹⁷¹.

5. Brevi considerazioni conclusive

In sede conclusiva chi scrive non può che limitarsi ad esprimere l'auspicio che la riflessione condotta consenta di creare una qualche condivisione in ordine alle ipotesi avanzate per descrivere il modo in cui le decisioni della Corte costituzionale italiana si relazionano con le elaborazioni della dottrina. In tal caso, è forse possibile addivenire ad alcune conclusioni che possono essere considerate non del tutto prive di rilevanza. Esse, però, naturalmente, sono destinate a valere solo nell'ambito (e nei limiti) delle premesse che si sono poste in apertura, cioè se si considera per "riferimento implicito" ogni forma di condizionamento extratestuale, esprimente elementi interpretativo-teorico-ricostruttivi, che pare rinvenibile nell'argomentazione e nelle decisioni del Giudice costituzionale e per "dottrina" le affermazioni scientifiche dei giuristi relative alle singole interpretazioni, ai presupposti teorici degli istituti, alle opzioni di metodo ermeneutico e alle prospettive ricostruttive implicate dalle varie discipline giuridiche.

Se, infatti, da un lato, quanto alle citazioni implicite, non ci si limita ai soli casi di "richiamo" o "rinvio" operato in maniera silente a questa o quella singola posizione scientifica, dall'altro, nel considerare la dottrina, si guarda a tutti i vari livelli di intensità con cui le opinioni espresse e le teorie elaborate dai giuristi paiono lasciare nelle decisioni della Corte il proprio "riflesso condizionante", ci si avvede che è possibile contornare di alcune significative precisazioni il diffuso convincimento che la scienza giuridica "abbia un peso" nelle decisioni costituzionali.

A tali precisazioni "di merito" deve, però, essere premessa una conclusione di tipo metodologico, il cui scopo è evidenziare che l'analisi svolta mostra che ogni forma di classificazione degli orientamenti giurisprudenziali della Corte sulla base dello strumentario logico-concettuale messo a punto dalla riflessione costituzionalistica sui problemi fondamentali delle forme instaurative della convivenza sociale e politica è relativa, arbitraria e destinata – come tutti i parti della mente umana – ad essere abbandonata e superata. Lo studio della giurisprudenza costituzionale, però, dimostra altresì che un senso pur sempre residua in queste operazioni e che esso si coglie nella necessità per il giurista (ed in particolar modo per il costituzionalista) di non lesinare il proprio contributo al processo diffuso di interpretazione dei presupposti fondativi dello storico *ordo*

vedano P. CARETTI, V. BONCINELLI, *La tutela dell'ambiente negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale pre e post-riforma del Titolo V*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 5179 e ss.

¹⁷¹ Corte cost., sent. nn. 423 del 2004 e 31 del 2005.

rerum in cui si è chiamati ad operare. È solo nella misura in cui essa concorre a definire lo *Zeitgeist* in cui viviamo, infatti, che si giustifica ogni pretesa genealogia di concetti ed orientamenti ed è, pertanto, solo in questa prospettiva che si ritiene di poter discorrere in questa sede di “dottrine della Costituzione”¹⁷² e di loro (appunto pretese) “adozioni giurisprudenziali”.

La prima considerazione conclusiva che si vuole sottoporre è che, per quanto questo possa apparire a prima vista paradossale, l’analisi svolta dimostra che i casi di citazione implicita appaiono nel loro complesso più significativi dei casi di riferimento espresso alla dottrina. Mentre, infatti, come si è avuto modo di vedere¹⁷³, l’uso del lemma in questione solo raramente si accompagna ad un effettivo inserimento della dottrina richiamata (ma, naturalmente, non citata) nel percorso motivazionale della decisione, ricorrendo per di più all’interno di formule di stile utilizzate per ricostruire il quadro interpretativo o aderire “sbrigativamente” ad una data interpretazione pacifica, i riferimenti impliciti, se scremati di una componente “retorica” pur presente¹⁷⁴, mostrano una incidenza maggiore sulla motivazione e sulla decisione, mostrando di essere più pregnanti.

In secondo luogo, si può osservare che i riferimenti dottrinari inespressi ricorrono nella giurisprudenza costituzionale secondo alcune regolarità strutturali, che possono essere utilizzate per descriverne la finalità, il ruolo ed il funzionamento. In particolare, pare di poter dire che dalla lettura delle decisioni della Corte emergono tre distinti modi in cui le sentenze del Giudice costituzionale esprimono riferimenti impliciti alla dottrina. Una prima forma che le citazioni dottrinarie implicite assumono nelle decisioni della Corte è quella che si è avuto modo di individuare nelle decisioni in cui il processo interpretativo aderisce o critica singole tesi scientifiche già espresse in dottrina¹⁷⁵. Una seconda modalità è, invece, quella che ricorre in quelle decisioni che paiono richiamare le posizioni scientifiche dei giuristi non per sostenere o avversare l’interpretazione delle singole norme costituzionali o legislative applicate nel giudizio di costituzionalità, ma per aderire, sempre in maniera implicita, ad alcuni presupposti teorici che risultano comuni a più decisioni particolarmente rilevanti per le affermazioni di principio in esse contenute¹⁷⁶. Una terza regolarità strutturale nelle citazioni dottrinarie implicite, infine, è quella che si è proposto di definire attraverso la formula del “pregiudizio gadameriano”, mediante la quale si è inteso compendiare tutti i casi in cui la dottrina rileva in

¹⁷² In una accezione, quindi, diversa da quella utilizzata per affrontare le questioni di metodo nello studio del diritto costituzionale, come quella, ad esempio, utilizzata da A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in *Pol. dir.*, 1996, pp. 343 e ss.

¹⁷³ Vedi *supra*, § 1.

¹⁷⁴ *Ivi*, dove si sono censiti i casi in cui il riferimento implicito, in modo non dissimile da quanto avviene nella maggior parte dei casi di richiamo espresso alla dottrina, non incide significativamente sulla motivazione e sul contenuto della decisione

¹⁷⁵ Vedi, diffusamente, *supra*, §§ 2, 2.1, 2.2.

¹⁷⁶ Vedi, anche per le opportune esemplificazioni, *supra*, §§ 3, 3.1, 3.2.

funzione di precomprensione della questione e, per questa via, precede e guida l'adesione a singole interpretazioni o a presupposti teorici, siano essi già emersi in dottrina oppure sviluppati autonomamente dalla Corte a fini decisori¹⁷⁷.

Vi è, da ultimo, una terza precisazione, che vale a completare il quadro che emerge dalla ricostruzione della giurisprudenza costituzionale. E cioè che le tre forme di regolarità strutturale appena evidenziate possono essere classificate in relazione al grado di intensità con cui si manifesta il “riflesso condizionante” del riferimento dottrinario, ossia alla corrispondenza più o meno diretta che esiste tra la dottrina implicitamente citata e la soluzione data dalla Corte alla questione, ovvero ancora al tasso di vincolatività che la citazione esprime nei confronti della motivazione e del contenuto della decisione. Da questo punto di vista, infatti, si può mettere in evidenza che le tre modalità di riferimento implicito esprimono differenti e decrescenti livelli di corrispondenza del percorso motivazionale e del *decisum* alla dottrina oggetto di citazione implicita. Più in particolare, la prima forma di riferimento implicito manifesta il più diretto ed immediato collegamento tra la dottrina e la decisione, perché dal rifiuto o dall'adesione ad una data interpretazione già avanzata nella riflessione scientifica deriva come risultato “a rime quasi obbligate” una definizione del giudizio piuttosto che un'altra¹⁷⁸. Già la seconda modalità di citazione dottrinaria implicita appare connotata da un grado di “intensità condizionante” inferiore e da un collegamento con la decisione meno diretto ed immediato, come dimostra il rilievo che i presupposti teorici inespressi, come visto¹⁷⁹, accomunano spesso la soluzione di più questioni interpretative e la definizione di più giudizi all'interno di orientamenti giurisprudenziali omogenei. La regolarità strutturale che si ispira alla logica del “pregiudizio”, infine, esprime la tipologia di citazione implicita in cui il riferimento ha carattere più indiretto (e mediato) e il condizionamento sulla motivazione è meno intenso, perché, come si è già avuto modo di evidenziare¹⁸⁰, la precomprensione di una questione, ancorché influenzi in maniera decisiva l'esito del processo interpretativo, può risultare compatibile con più teorie e più singole interpretazioni.

Oltre che differenti “gradi di intensità”, alle tre forme di riferimento dottrinario implicito che si è avuto modo di distinguere corrispondono anche diversi livelli di intellegibilità della citazione da parte del lettore della giurisprudenza costituzionale. Tra queste due grandezze sembra esistere un rapporto di proporzionalità diretta. Meno, infatti, è diretta ed immediata la corrispondenza tra la dottrina e la decisione, più è difficile individuare il collegamento tra l'*iter* argomentativo e la soluzione del caso, da un lato, e la riflessione scientifica dei giuristi, dall'altro. Al riguardo pare di poter osser-

¹⁷⁷ Per una maggiore analiticità, vedi *supra*, §§ 4, 4.1, 4.2.

¹⁷⁸ Come emerge negli esempi riportati nei §§ 2, 2.1, 2.2.

¹⁷⁹ Vedi *supra*, §§ 3, 3.1, 3.2.

¹⁸⁰ Vedi *supra*, §§ 4, 4.1, 4.2.

vare che dal complesso dell'analisi svolta si ha l'impressione che all'affatto secondaria rilevanza che, come si è potuto rilevare, la dottrina assume nelle decisioni della Corte non corrisponda un analogo livello di trasparenza e accessibilità dei relativi riferimenti impliciti, la cui emersione appare ostacolata da alcune caratteristiche strutturali del giudizio costituzionale.

Un primo ostacolo deriva dalla composizione della Corte, al cui interno la componente espressa dalla magistratura si pone in posizione dialettica rispetto a quella accademica ed è tradizionalmente restia a strutturare i percorsi argomentativi delle decisioni in funzione della disamina scientifica che le questioni hanno avuto in dottrina¹⁸¹.

In secondo luogo, pare rappresentare un fattore ostativo all'emersione delle citazioni implicite l'accesso incidentale. Esso, infatti, attribuisce, nell'economia delle decisioni della Corte costituzionale, un "peso specifico" tendenzialmente maggiore alla giurisprudenza rispetto alla dottrina, perché la logica del caso, connaturata a tale forma di instaurazione del giudizio, induce il Giudice delle leggi ad affrontare le questioni interpretative nella prospettiva dei "bisogni di giustizia" delle parti. E, conseguentemente, soprattutto per effetto della dottrina del "diritto vivente", lo spinge a rapportarsi più con le soluzioni concrete che si ricavano dagli orientamenti giurisprudenziali che non con le riflessioni astratte dei giuristi, che tendono, invece, a diventare il più diretto ed immediato riferimento in quei giudizi in cui le norme entrano nel processo costituzionale per quello che sono e con tutte le loro potenzialità (non selezionate dalle esigenze regolative del caso concreto), ovvero enunciati prescrittivi suscettibili delle più varie interpretazioni.

Un terzo ed ultimo elemento che non favorisce – e, quindi, nella sostanza ostacola – la rintracciabilità dei riferimenti impliciti alla dottrina è l'assenza dell'opinione dissenziente. Essa, infatti, come dimostrano le esperienze comparate¹⁸², concorrerebbe a chiarire i termini dottrinari delle questioni e, anche senza espresse citazioni degli autori che hanno formulato posizioni divergenti da quelle accolte nella motivazione della sentenza, contribuirebbe *a contrario* a rendere più chiaro quali sono i riferimenti impliciti praticati dal Giudice costituzionale.

Abstract

Il saggio propone di rilevare che i riferimenti dottrinari inespressi ricorrono nella giurisprudenza costituzionale italiana secondo alcune regolarità strutturali, che possono essere utilizzate per descriverne la finalità, il ruolo ed il funzionamento. In

¹⁸¹ E. CHELI, *Alcuni spunti per un storia della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, p. 808.

¹⁸² Cfr., per tutti, S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, pp. 104 e ss.

particolare, esso sottolinea che dalla lettura delle decisioni della Corte, dal 1956 ad oggi, emergono tre distinti modi in cui le sentenze del Giudice costituzionale esprimono riferimenti impliciti alla dottrina.

Una prima forma che le citazioni dottrinarie implicite assumono nelle decisioni della Corte è quella che si è avuto modo di individuare nelle decisioni in cui il processo interpretativo aderisce o critica singole tesi scientifiche già espresse in dottrina.

Una seconda modalità è, invece, quella che ricorre in quelle decisioni che paiono richiamare le posizioni scientifiche dei giuristi non per sostenere o avversare l'interpretazione delle singole norme costituzionali o legislative applicate nel giudizio di costituzionalità, ma per aderire, sempre in maniera implicita, ad alcuni presupposti teorici che risultano comuni a più decisioni particolarmente rilevanti per le affermazioni di principio in esse contenute.

Una terza regolarità strutturale nelle citazioni dottrinarie implicite, infine, è quella che il testo propone di definire attraverso la formula del "pregiudizio gadameriano", mediante la quale si è inteso compendiare tutti i casi in cui la dottrina rileva in funzione di precomprensione della questione e, per questa via, precede e guida l'adesione a singole interpretazioni o a presupposti teorici, siano essi già emersi in dottrina oppure sviluppati autonomamente dalla Corte a fini decisori.

Résumé

Cet essai se propose de montrer que les références doctrinales non exprimées sont présentes dans la jurisprudence constitutionnelle italienne avec des régularités structurelles, qui peuvent être utilisées pour en décrire la finalité, le rôle et le fonctionnement. Plus particulièrement, on peut souligner qu'émergent de la lecture des décisions de la Cour depuis 1956, trois différentes manières dont les arrêts du juge constitutionnel expriment les références implicites à la doctrine.

Une première forme que les citations doctrinales prennent dans les décisions de la Cour est celle qu'il est possible de retrouver dans les décisions dont le processus interprétatif adhère ou critique des thèses scientifiques précises déjà exprimées par la doctrine.

Une deuxième modalité est en revanche celle qui a lieu dans les décisions qui semblent rappeler les positions scientifiques des juristes, non pas pour soutenir ou pour contrer l'interprétation des normes constitutionnelles ou législatives appliquées dans le jugement de constitutionnalité, mais pour adhérer – toujours implicitement – à certains pré-supposés théoriques communs à plusieurs décisions particulièrement importantes, grâce aux affirmations de principe qu'elles contiennent.

Une troisième régularité structurelle dans les citations doctrinales implicites, enfin, est celle que le texte propose de définir à travers la formule du « préjugé gadamerien », et à travers laquelle l'on a voulu résumer tous les cas où la doctrine occupe la fonction de précompréhension de la question et pour cette voie précède et conduit l'adhésion à des interprétations précises ou aux pré-supposés théoriques, qu'ils aient déjà apparus en doctrine ou alors qu'ils aient été développés par la Cour de manière autonome, afin de prendre certaines décisions.