

OMAR CHESSA

*Capo dello Stato, politica nazionale
e interpretazione costituzionale.
Una replica ai critici*

ABSTRACT:

The essay is a reply to objections and notices that concern the book *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*. For this reason it reasserts its fundamental thesis, with a close examination of particular aspects, as the relationship between the presidential role and the constitutional concept of «politica nazionale». The conclusive part of the essay is dedicated to methodological problems of constitutional interpretation, giving special attention to those constitutional clauses which concern the structure of government.

Il saggio nasce come replica alle critiche e osservazioni rivolte alla monografia *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*. Esso, pertanto, ribadisce le tesi fondamentali del libro, approfondendone taluni aspetti. In particolare, si propone di chiarire il rapporto tra ruolo presidenziale e concetto costituzionale di «politica nazionale». Infine, affronta alcuni problemi metodologici concernenti l'interpretazione costituzionale delle disposizioni costituzionali sulla forma di governo.

OMAR CHESSA

*Capo dello Stato, politica nazionale
e interpretazione costituzionale.
Una replica ai critici*

1. L'equivoco del Presidente della repubblica come organo di direzione politica – 2. *Opzioni di default* e costruttivismi interpretativi – 3. *Auctoritas* e *potestas* – 4. Sulla regola di maggioranza – 5. La “politica nazionale” nella Costituzione italiana – 6. La rappresentanza della Nazione e dell’unità nazionale: distinzione o identità? – 7. Sulla responsabilità politica – 8. Sulla proposta ministeriale – 9. Sul rinvio delle leggi – 10. *Regole* e *regolarità* – 11. Diritto costituzionale vivente e metodo interpretativo “falsificazionista” – 12. Le implicazioni della distinzione tra *disposizione* e *norma* – 13. Da Crisafulli a Dworkin – 14. Una dottrina *pura* della forma di governo? – 15. La Costituzione e le sue integrazioni e modificazioni – 16. Interpretazione costituzionale e “principio di realtà”.

1. *L'equivoco del Presidente come organo di direzione politica*

Questo saggio trae occasione dall’urgenza di replicare ai rilievi critici e suggerimenti che sono seguiti alla pubblicazione del mio libro *Il Presidente della repubblica parlamentare. Un’interpretazione della forma di governo italiana* (Jovene Editore, Napoli, 2010). In particolare mi soffermerò sui contributi apparsi in questa sede. A *Diritto&Questioni pubbliche* va il mio ringraziamento per

l'ospitalità accordata al nostro dibattito¹.

La prima questione che vorrei affrontare si compendia nella seguente domanda: il Presidente della Repubblica (d'ora in poi, PdR) è organo di direzione politica?

Probabilmente al lettore attento non sarà sfuggito che io non intendo rispondere veramente a questa domanda, perché invero la ritengo mal posta, collegata a (e viziata da) quel modello interpretativo contro il quale rivolgo la mia *vis polemica*. Difatti, se rispondessi che, sì, il Capo dello Stato è organo d'indirizzo politico e non già organo di garanzia, starei implicitamente confermando l'utilità euristica e ricostruttiva del binomio indirizzo/garanzia. L'obiettivo del mio libro è, invece, quello di contestare l'uso di questo schema binario come canone per qualificare e classificare gli atti presidenziali².

Ovviamente nel mio libro non mancano le imprecisioni terminologiche. E nelle pagine iniziali offro sicuramente l'impressione di volere dimostrare *in positivo* che il PdR è organo d'indirizzo politico. Ma in realtà il mio obiettivo è quello di confutare le tesi che affermano l'estraneità del Capo

¹ Dibattito al quale hanno partecipato, con rispettivi contributi: S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia: You'd Better Believe it!*; P. PINNA, *L'errata distinzione tra l'indirizzo politico e la garanzia costituzionale*; G. SCACCIA, *I limiti del costruttivismo interpretativo*; A. RIVIEZZO, *Un'integrazione alla tesi degli atti presidenziali quali atti complessi*; M. TEBALDI, *Poteri e prassi del Presidente della Repubblica nel sistema politico italiano. Interpretazioni dell'esperienza maggioritaria*; G. VERDE, *Quali materiali giuridici dobbiamo utilizzare per lo studio della forma di governo?*

² Tesi che illustro ancora più nettamente in O. CHESSA, *Il ruolo presidenziale e la distinzione tra funzioni di garanzia e funzioni d'indirizzo politico*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica. Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010)*, Torino, 2011, 315 ss.

dello Stato dal potere di direzione politica. Su questo punto specifico l'intento è demolitorio e non già ricostruttivo.

Certo, può obiettarsi che nella sostanza non cambia granché, perché è come se si definisse mezzo vuoto un bicchiere mezzo pieno. E tuttavia anche dire, di un bicchiere, che è mezzo pieno o mezzo vuoto, non è la medesima cosa: cambia, infatti, il punto prospettico, l'unità di misura. E nel caso del PdR questo mutamento di prospettiva è fecondo d'implicazioni positive, soprattutto con riguardo alla definizione della natura degli atti presidenziali.

2. Opzioni di default e costruttivismi interpretativi

L'obiettivo scientifico che, *positivamente*, mi prefiggo è dimostrare che gli atti presidenziali sono atti complessi.

Il testo costituzionale è l'argomento più forte a sostegno della mia ipotesi interpretativa. Dalla Costituzione desumiamo che ci sono talune tipologie di atti costituzionali espressamente qualificati come "presidenziali"; e che per ciascuno di essi occorre una proposta e una controfirma ministeriale. Da un lato si tratta di atti ricadenti nella competenza presidenziale, dall'altro in tanto potranno considerarsi validamente adottati in quanto siano intesi come se scaturissero da una proposta governativa e rechino, oltre alla firma presidenziale, quella governativa.

Tutto ciò suggerisce – in modo immediato, diretto – l'idea che per ogni atto presidenziale occorran due firme, ossia l'incontro di due volontà, senza che nulla si dica circa la qualificazione e la funzione di ciascuna. È come se dal testo costituzionale si ricavasse naturalmente un'*opzione di default*: e un conseguente onere argomentativo a carico di coloro che intendessero sostenere che taluni atti presidenziali non sono complessi.

Francamente non mi sembra che dietro quest'ipotesi interpretativa, finora poggiante *solo* su quello che ritroviamo nella scrittura costituzionale, ci sia un atto di "costruttivismo interpretativo"³. Del resto che sia questa l'ipotesi interpretativa che il testo suggerisce, almeno *prima facie*, è ammesso in forma esplicita e implicita da tutti coloro che finora si sono adoperati per smentirla. Basti pensare ai tentativi di leggere la formula "ministro proponente" come se significasse "ministro competente" o alle letture svalutative che tutti, dico *tutti*, i fautori delle concezioni polifunzionali della controfirma diedero dell'art. 89 Cost. Per fare un elenco sommario, Galeotti definiva «il congegno dell'art. 89 (...) un inutile ingombro, (...) una contraddittoria ed irrazionale disposizione». Mortati vi scorgeva un tratlazio «retaggio della tradizione». Cheli un «re-litto storico»⁴. Sembra, dunque, che il testo costituzionale, almeno limitatamente all'art. 89, non godesse di buona fama: rappresentava, infatti, un ostacolo per le costruzioni polifunzionali degli atti presidenziali.

Se si muove da questo dato di partenza, l'onere argomentativo non grava su chi, come me, asserisce che tutti gli atti presidenziali sono complessi, ma su chi invece sostiene il contrario. E difatti tutto il mio discorso è volto a confutare il tentativo di chi cerca di risalire controcorrente, alla stregua di

³ Come m'impunta G. SCACCIA, *I limiti del costruttivismo interpretativo*, cit.

⁴ S. GALEOTTI, *Il rinvio presidenziale di una legge* (1950), ora in ID., *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantistica del capo dello stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Milano, Giuffrè, 1992, 100-102; E. CHELI, *Sub Art. 89 Cost.* in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, t. II, Bologna-Roma, Zanichelli–Il Foro italiano, 1983, 142; e ID., *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in *La riforma mancata*, Bologna, il Mulino, 2000, 70; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1976, 646.

salmoni, la direzione naturale impressa dalle disposizioni costituzionali. Il costruttivismo interpretativo è di chi sovrappone al testo costituzionale la *magna divisio* tra organi/attività d'indirizzo politico e organi/attività di garanzia e, così facendo, cerca di piegare la linearità del dettato costituzionale alle esigenze di una classificazione variegata degli atti presidenziali per la quale non esistono appigli testuali.

3. Auctoritas e potestas

Peraltro la dottrina dell'atto complesso ridimensiona parecchio l'idea che io voglia «imputare al Presidente poteri politicamente attivi»⁵. Nella mia ricostruzione il PdR non ha la disponibilità esclusiva di propri atti, tramite i quali realizzare un proprio indirizzo. Tutti i suoi atti sono sempre “coperti” dall'indirizzo politico governativo, sicché non esiste una politica presidenziale *attiva* che non sia allo stesso tempo una politica governativa responsabile dinanzi alle Camere. Come scrivo nel libro (224), l'attività presidenziale è manifestazione di *potestas* nella misura in cui converge con quella del Governo. Ed è invece manifestazione di *auctoritas* quando se ne discosta e assume un profilo non già *attivo* bensì *negativo*, ossia quando si palesa come volontà di non fare e quindi di frenare e impedire che si faccia.

Ciò premesso, la questione è la seguente: posto che la legittimazione democratica di cui è provvisto il PdR non è un fondamento sufficiente perché possa realizzare *positivamente* un proprio indirizzo autonomo e concorrente rispetto a quello del Governo e del Parlamento, è invece un fondamento sufficiente perché possa rifiutare al Governo il compimento di

⁵ Per usare le parole assai preoccupate di G. Scaccia, *I limiti del costruttivismo interpretativo*, cit., che evoca impropriamente lo spettro dello schmittiano «Custode della Costituzione».

questo o quell'atto (presidenziale) in base a valutazioni di politica nazionale?

Io sostengo di sì, com'è noto ai partecipanti di questo dibattito. Tutto il capitolo terzo (*Principio democratico e Capo dello Stato*) della prima parte del libro è dedicato alla trattazione di questo problema. La tesi che ha raccolto maggiori dissensi è quella della «non inferiore legittimazione democratica del PdR rispetto al Governo». E in effetti è un punto nodale della mia ricostruzione: il Capo dello Stato può rifiutare al Governo il compimento di questo o quell'atto solo a condizione di presumere che la sua legittimazione democratica non sia di livello inferiore. Secondo me è un'operazione impossibile differenziare la posizione del PdR e quella del Governo in base al diverso grado di democraticità della loro investitura: difatti, la presidenza della Repubblica è pur sempre una carica elettiva, ancorché indiretta. Come scrivo nel libro, non si diventa presidenti per diritto divino o ereditario, ma sempre per effetto di scelte compiute dentro il circuito della legittimazione democratica.

4. *Sulla regola di maggioranza*

Simone Pajno obietta che questa mia ultima tesi si regge su premesse fragili di teoria democratica: in particolare non farebbe adeguatamente i conti con «la valenza democratica del principio maggioritario». L'elezione parlamentare del PdR è una deliberazione secondo una regola «ultramaggioritaria»: ma a giudizio di Pajno le deliberazioni con regole ultramaggioritarie «sono meno legittimate, dal punto di vista della teoria democratica, delle decisioni adottate con la regola (meramente) maggioritaria»⁶. Di

⁶ S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia: You'd Better Believe it!*, cit.

conseguenza l'investitura fiduciaria del Governo, per la quale la Costituzione prevede la sola maggioranza semplice, sarebbe senza dubbio maggiormente espressiva di una logica democratica di quanto lo sia l'elezione del Capo dello Stato (per la quale si prevede, invece, la maggioranza qualificata dei 2/3 per i primi tre scrutini e la maggioranza assoluta per i successivi).

È un'obiezione importante, che poggia sull'autorità di Hans Kelsen (e per certi versi pure di Robert Dahl, come vedremo subito).

A seguire Kelsen, la democrazia è quel regime politico il cui principio animatore è l'autonomia e non l'eteronomia. Prendendo le mosse dalla teoria rousseauviana, il maestro praghese definisce l'autonomia, o libertà *positiva*, come l'obbedienza alla legge che ci si è prescritta, ossia come «concordanza fra volontà dell'individuo e volontà dello Stato». Questa "concordanza", però, non può mai realizzarsi integralmente, ma solo quando la deliberazione pubblica incontra il nostro gradimento, ossia quando siamo parte della maggioranza che approva una data misura: ne viene che se siamo parte della minoranza, non ci sarà concordanza tra la nostra volontà e quella dell'ordinamento. Da questa premessa Kelsen evince che l'autonomia, la libertà positiva, la democrazia «è tanto più difficile a realizzarsi (...) quanto maggiormente qualificata è la maggioranza necessaria a modificare la volontà dello Stato»⁷: le deliberazioni a maggioranza semplice saranno pertanto più democratiche di quelle adottate in base a regole ultramaggioritarie, cioè con maggioranze qualificate.

Non diversa è l'impostazione di Robert Dahl: «la regola maggioritaria massimizza il numero delle persone che possono

⁷ Tutte le parti virgolettate sono tratte, ovviamente, da H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, il Mulino, 1966, 5 ss., part. 12.

esercitare l'autodeterminazione in materia di decisioni collettive», perché «assicura che il maggior numero possibile di cittadini si trovi a vivere sotto leggi che essi stessi hanno scelto». Difatti, «se una legge viene adottata da un gruppo inferiore a una maggioranza, allora il numero di coloro che hanno scelto quella legge sarà necessariamente inferiore al numero dei cittadini che avrebbero optato per l'alternativa. Analogamente, se fosse richiesto un quorum superiore alla maggioranza – diciamo il 60% – per poter adottare una legge, allora una minoranza del 40% (più un voto) potrebbe impedire a una maggioranza del 60% (meno un voto) di adottare l'alternativa preferita. Di conseguenza, l'alternativa decisa da una minoranza verrebbe imposta a una maggioranza»⁸.

Non ho nulla da eccepire alle tesi di Kelsen e Dahl (perlomeno non in questa sede). Obietto solo che non sono applicabili al caso che ci interessa. Questa concezione “democratica” della regola maggioritaria, infatti, si applica perfettamente ai casi in cui l'oggetto della deliberazione è approvare o respingere una determinata proposta, ma non può estendersi al caso in cui si mettono in votazione contemporaneamente più proposte alternative; e soprattutto al caso in cui non si mette in votazione la decisione di una determinata *issue*, ma l'elezione di persone.

Possiamo sostenere che chi è eletto (a una carica monocratica) in base alla regola che prevede la soglia della maggioranza qualificata sia meno rappresentativo del collegio elettorale (e quindi meno legittimato democraticamente) rispetto a chi, invece, è eletto in base alla regola della maggioranza semplice (o assoluta)? E si può sostenere che chi è rappresentativo di almeno una maggioranza qualificata abbia meno titolo a prendere decisioni per la collettività

⁸ R.A. DAHL, *Democracy and its Critics*, 1989, trad. ital. *La democrazia e i suoi critici*, Roma, Editori Riuniti, 1990, 205-206.

rispetto a chi invece può essere rappresentativo solo di una maggioranza semplice?

Se la democrazia è – kelsenianamente – quel regime politico che più di ogni altro realizza la corrispondenza tra volontà individuale e collettiva, perché gli individui che concordano con l'ordinamento sono i più e quelli che dissentono sono i meno, è più democratica una decisione assunta da chi rappresenta almeno una maggioranza qualificata o è più democratica quella di chi può rappresentare solo una minoranza semplice? In quale dei due casi si deve presumere che ci sia maggiore concordanza tra volontà individuale e volontà dell'ordinamento?

Insomma ciò che vale per il principio maggioritario come *regola per governare* non è detto che valga per il principio maggioritario come *regola per eleggere*. Possiamo anche dire che eleggere a maggioranza semplice (o assoluta) è più “democratico” che eleggere a maggioranza qualificata: ma non possiamo certo dire che le decisioni prese da chi è stato eletto con una maggioranza qualificata siano meno “rappresentative”, e quindi meno legittimate democraticamente, delle decisioni prese da chi è eletto a maggioranza semplice o assoluta. E neppure possiamo dire che le decisioni del primo sono legittime solo nella misura in cui attengono al rispetto di ciò che unisce, ossia la Costituzione, e non pure se attengono alle questioni ordinarie della politica nazionale: in base a quale inferenza logica è corretto asserire che chi ha il consenso dei 2/3 può soltanto esercitare un'attività vincolata nel fine ed esecutiva di un testo predeterminato, mentre chi ha il consenso del 50% più uno può esercitare un'attività libera nel fine?

5. La “politica nazionale” nella Costituzione italiana

Peraltro la formula di Simone Pajno: «con la regola della maggioranza decidiamo su ciò che ci divide, con tecniche

ultramaggioritarie su ciò che ci unisce)⁹, pur icasticamente suggestiva, rischia di essere troppo impegnativa, se non in taluni casi palesemente erronea. Un'assemblea costituente deve adottare una nuova Costituzione con la maggioranza semplice o con quella qualificata? E l'eventuale referendum costituente confermativo deve essere approvato a maggioranza semplice o qualificata? E le deliberazioni dei tribunali costituzionali, ivi compresa la nostra Corte costituzionale? In tutti questi casi ci troviamo sicuramente di fronte a «presupposti su cui si fonda la stessa esistenza della collettività che decide»¹⁰. Bisognerebbe, in tutti questi casi, abbandonare la regola maggioritaria per introdurre quella della maggioranza qualificata (come peraltro proponeva il ministro Calderoli per le pronunce di accoglimento della Corte costituzionale)?

Ma non finisce qui. La distinzione tra “decisione politica ordinaria” (o indirizzo politico) e «presupposti su cui si fonda la stessa esistenza della collettività che decide», tra la politica che divide e la costituzione che unisce, è meno lineare di quanto appaia: per “decisione politica ordinaria» (o politica che divide o indirizzo politico) deve intendersi qualcosa di *esistenziale*, cioè tratto dall'osservazione empirica, oppure designa una nozione del diritto costituzionale, cioè tratta dalla Costituzione?

Nel primo caso indica ciò che si registra nelle vicende politiche reali: la partigianeria e la difesa strategica d'interessi particolari e non certo lo sforzo di curare l'interesse generale. Nel secondo caso dovrà intendersi, invece, qualcosa di diverso: forse non sarà irragionevole interpretare la Costituzione

⁹ S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

¹⁰ Altra formula reperibile in S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

(italiana e, in genere, democratica) come se avesse una visione della politica e dell'indirizzo politico più nobile di quella esistenziale tratta dall'osservazione empirica dei processi politici reali. Siamo sicuri che per la nostra Costituzione la "decisione politica ordinaria" sia la mera registrazione di una volontà maggioritaria?¹¹

La "politica nazionale" di cui parla la nostra Costituzione (all'art. 49 Cost., cui si riconnettono gli artt. 67 e 87, e quindi la rappresentanza della Nazione da parte di ogni parlamentare e dell'unità nazionale da parte del PdR) non è la volontà che i più impongono ai meno, che la fazione più forte impone a quella più debole, ma è invece la volontà generale, il bene comune. Non intendo negare che sia *esistenzialmente* possibile che si manifestino modalità diverse d'interpretare il bene comune (così come sono *esistenzialmente* possibili interpretazioni diverse del dettato costituzionale, i cui principi e regole sono – peraltro – parte integrante delle valutazioni che debbono presiedere alla determinazione del bene comune); ed è pure *esistenzialmente* possibile che taluni attori politico-partitici non siano sinceramente mossi dal desiderio di assecondare questa visione "alta" e "costituzionale" della politica nazionale o che siano mossi da agire strategico anziché discorsivo: tutto ciò – ripeto – è possibile e osservabile, ma non è detto che sia quanto la Costituzione intenda per "politica nazionale".

¹¹ Bisognerebbe chiedersi, inoltre, se è l'ambito della «decisione politica ordinaria» a richiedere l'applicazione della regola maggioritaria quale tecnica decisionale o se è l'applicazione della regola maggioritaria a definire ciò che deve intendersi per «decisione politica ordinaria». Mi parrebbe più corretta la seconda alternativa, perché la prima presuppone che ciò che costituisce «decisione politica ordinaria» sia definibile indipendentemente dalla regola maggioritaria.

Ora, la funzione di rappresentanza dell'unità nazionale che l'art. 87 ascrive al Capo dello Stato è estranea a questa visione costituzionale della politica nazionale? La mia idea è che il PdR, in virtù della sua posizione, dei suoi meccanismi d'investitura e corredo funzionale, è legittimato a interpretare la politica democratica non meno degli altri attori politico-istituzionali, cosicché se decide di compiere un atto, deve presumersi (il diritto è il mondo delle *fictiones*...) che tale atto corrisponda a quanto è richiesto dalla cura dell'interesse generale. Tanto più che se un atto presidenziale entra in vigore è perché c'è il consenso di tutti gli attori costituzionali rilevanti: il Governo controfirmante, il Parlamento verso cui l'esecutivo è responsabile e, infine, lo stesso PdR. Se invece il Capo dello Stato decide di non compiere l'atto, allora deve presumersi che esso non sia realizzazione della politica nazionale, dell'interesse generale¹².

Insomma, non c'è dubbio che la partigianeria politica, la faziosità, la cura di interessi particolari siano dei fatti che indiscutibilmente connotano la vita politica e istituzionale: sarebbe irrealistico negare il peso che l'agire strategico (in luogo di quello discorsivo) gioca nella pratica politica corrente. Tuttavia questi sono solo fatti e non anche il contenuto di una competenza costituzionalmente riconosciuta a favore degli attori politici. In base alla Costituzione nessuno è «legittimato in funzione della volontà politica ordinaria che divide»¹³, ma tutti sono legittimati soltanto «in funzione della rappresentazione di ciò che unisce»: e quindi non c'è una distinzione *costituzionalmente rilevante* tra una politica ordinaria che può essere spontaneamente e dichiaratamente di parte e una politica

¹² Solo un organo costituzionale può superare il diniego del PdR rappresentante dell'unità nazionale: il Parlamento, organo rappresentativo per eccellenza, con riferimento al rinvio della legge.

¹³ Come invece è sostenuto da S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

“alta” che invece deve mirare al bene comune, all’interesse generale (ossia alla «rappresentazione di ciò che unisce»). La teorizzazione di questo doppio livello della politica democratica può avere un fondamento empirico, ma non ha fondamento e rango costituzionale: sicché neppure può fondare un riparto di competenze tra attori costituzionali diversi (e, precisamente, tra quelli che possono manifestare una «volontà politica ordinaria che divide» e quelli che invece debbono farsi carico della politica nazionale che unisce)¹⁴.

6. *La rappresentanza della Nazione e dell’unità nazionale: distinzione o identità?*

Ovviamente il dato positivo che – a mio giudizio – accredita nel modo più netto quanto ho appena illustrato è costituito dagli artt. 67 e 87 Cost.

¹⁴ Per tutte queste ragioni non condivido la distinzione tra «unità maggioritaria» e «unità nazionale» (o «in base al valore»), che si deve a C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, *passim*, e che è sostanzialmente ripresa, nel nostro dibattito, da Simone Pajno e Gino Scaccia (che definisce la detta distinzione come «quel gioco dialettico fra l’istanza di unificazione sui valori permanenti della comunità nazionale e l’esigenza di preservare la migliore funzionalità e consequenzialità delle decisioni di maggioranza»). Mi rendo conto che questo discorso, se svolto coerentemente, porta di filato all’idea che la politica nazionale non possa essere altro che attuazione della Costituzione e la funzione legislativa, pertanto, uno svolgimento della Costituzione anziché un potere libero nel fine. Forse varrebbe la pena ritornare su queste tematiche, magari riconsiderando alcune tesi che Franco Modugno non si stanca di riproporre e affinare ormai da decenni. Ma qui non ve ne sarebbe il tempo e lo spazio: e dunque non posso che rinviare ad altra sede la trattazione di questo problema teorico formidabile.

Reputo debolissimi i tentativi di differenziare i significati delle due formule «rappresentare la Nazione» e «rappresentare l'unità nazionale». Taluni di questi tentativi si rivelano perfino intrinsecamente contraddittori. È il caso di Gino Scaccia, il quale asserisce che tra le due formule c'è «un'assonanza (...) che è contestabile esprima omogeneità di concetti»: ma per sostenere questa conclusione da un lato scrive che «nell'art. 67, diversamente dall'art. 87, non si esprime un'aspettativa di neutralità e super-oggettività, incompatibile con l'essenza del mandato parlamentare», dall'altro però aggiunge che sempre in base all'art. 67 «il singolo parlamentare (...) portatore di interessi parziali (...) è chiamato a traslitterarli in una formula che riassume e sintetizzi un più maturo equilibrio di convivenza, e in definitiva, una dimensione più elevata del bene comune, non riducibile alla somma algebrica di interessi frazionabili»¹⁵: ebbene, cos'altro ciò potrebbe significare se non che il singolo parlamentare è chiamato dalla Costituzione a rappresentare l'interesse generale, e quindi l'"unità nazionale", anziché l'interesse di fazione?

Per Simone Pajno il fatto che i membri del Parlamento rappresentino la Nazione significa che «hanno il compito di proporre una visione *partigiana* dell'interesse di tutti»¹⁶. C'è da chiedersi se con ciò si vuole dire che spesso, di fatto, i parlamentari propongono la propria visione dell'interesse di tutti o che la Costituzione li autorizza a fare una cosa del genere: se s'intende la prima cosa, allora deve osservarsi che può capitare che anche il PdR di fatto manifesti la propria visione dell'interesse di tutti (o la propria visione di quale sia la lettura migliore dei principi costituzionali); se

¹⁵ G. SCACCIA, *I limiti del costruttivismo interpretativo*, cit.

¹⁶ S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

invece s'intende la seconda cosa, direi che ci troviamo di fronte a un vero e proprio ossimoro: il parlamentare deve rappresentare l'interesse di tutti, ma può farlo in modo *partigiano*, cioè in modo da curare solo l'interesse di alcuni...

Massimo Luciani mi obietta che, sì, lo scopo dell'art. 67 è «consentire che la volontà dei parlamentari, per quanto a mezzo di una *fictio*, sia imputabile alla Nazione, intesa come un tutto. Non per questo, però, l'art. 67 occulta il fatto che questa volontà (*ficta*) del “tutto” è il risultato del confronto/scontro di “parti”. Laddove, invece, proprio in ragione del riferimento specifico all'unità, discorso opposto vale per il capo dello stato»¹⁷. L'obiezione di Luciani, però, sarebbe condivisibile solo a condizione che nell'art. 67 ci fosse scritto «Il Parlamento rappresenta la Nazione»: solo in tal caso sarebbe corretto asserire che l'art. 67 non occulta «il fatto che questa volontà (*ficta*) del “tutto” è il risultato del confronto/scontro di “parti”». Se in base al dettato costituzionale fosse il Parlamento a rappresentare la Nazione, non solo potrebbe presumersi che la volontà parlamentare corrisponda a quella nazionale, ma potrebbe pure aggiungersi che il processo formativo di tale volontà sarebbe il «risultato del confronto/scontro di “parti”». Sennonché l'art. 67 non imputa alla Nazione la volontà di un Parlamento al cui interno ciascuno avrebbe il diritto di essere “parte”, “fazione” esponenziale d'interessi particolari: al contrario dice che «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione». Ciascun deputato e senatore, dunque, deve informare la propria attività politica al perseguimento del bene comune: la rappresentanza nazionale non è la risultante *obiettiva* di un processo di «confronto/scontro di “parti”», ma è la missione che *soggettivamente* ricade su chiunque rivesta una carica elettiva in una delle due Camere.

¹⁷ M. LUCIANI, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2011, 12, nt. 51.

7. Sulla responsabilità politica

Il mio discorso sul concetto di responsabilità politica è oggetto di un fraintendimento (probabilmente generato da una carenza nelle mie capacità comunicative).

Per avvedersene, occorre considerare l'*opzione di default* che assumo come premessa. Se è la dottrina dell'atto complesso – e non quella dell'atto composto – il dato interpretativo originario da sconfessare, non occorre accreditarlo attraverso una complessa argomentazione di teoria democratica: è sufficiente mostrare come tali considerazioni di teoria democratica non siano risolutive al fine di dimostrare la fondatezza della tesi opposta (cioè della tesi che sconfessa l'iniziale *opzione di default* per la dottrina dell'atto complesso).

Quindi io non sostengo che l'argomento della "responsabilità politica" supporta *positivamente* la mia tesi. Il senso del mio discorso non era dire: "Poiché oggi, con questo sistema elettorale a liste bloccate, il giudizio di responsabilità politica viene dato sui partiti anziché sui singoli parlamentari e poiché i partiti politici di solito dichiarano il proprio voto al momento dell'elezione presidenziale, *allora* dobbiamo concluderne che il Capo dello Stato, tramite i partiti, è inserito nel circuito del giudizio popolare di responsabilità politica e, pertanto, tutti gli atti presidenziali sono atti complessi". Sarebbe un'imperdonabile ingenuità "appendere" la mia tesi su un dato contingente e caduco qual è il sistema elettorale!

La mia operazione è, invero, un'altra: voglio mostrare come l'argomento della "responsabilità politica", in tutte le sue varie declinazioni possibili, non sia un ostacolo alla fondatezza della mia ricostruzione, perché non sono chiari i termini, i destinatari e le motivazioni dei relativi giudizi; né quale debba essere precisamente il loro posto nell'ambito del diritto costituzionale positivo. In particolare, bisognerebbe chiedersi che cosa, per il nostro diritto costituzionale, crea la legittimazione democratica: l'elezione, diretta o indiretta, alla

carica o la sanzionabilità *ex post* dell'attività svolta dall'eletto, mediante un giudizio di responsabilità politica? A ben guardare, la nozione di "responsabilità politica" è troppo impegnativa. Se l'utilizzassimo come *discrimen* per decidere la democraticità di istituti e regole costituzionali, dovremmo giungere alla conclusione che la previsione di limiti ai mandati (delle cariche monocratiche e parlamentari) non è conforme a democrazia: difatti, l'attività politica svolta nell'ultimo mandato disponibile non potrebbe essere oggetto di un giudizio retrospettivo di responsabilità politica. E dovremmo altresì sostenere coerentemente che il Sindaco, o il Presidente della Provincia, al secondo mandato debbono astenersi dal compiere scelte politiche, perché non sarebbero comunque sottoponibili al giudizio popolare di responsabilità politica. Lo stesso, in chiave di comparazione, dovrebbe dirsi anche per il Presidente degli Stati Uniti d'America, al quale – com'è noto – sono preclusi tre mandati consecutivi.

Alla luce di tutto questo, diversamente da ciò che dice Gino Scaccia, io non ho il «bisogno di dimostrare che la titolarità di poteri politici in capo al Presidente non è disgiunta dalla responsabilità per il loro esercizio»¹⁸. L'onere argomentativo, infatti, è rovesciato: è chi contesta la dottrina dell'atto complesso, affermando l'estraneità del PdR dalla direzione politica, a dover dimostrare la fondatezza di questa posizione attingendo ad argomenti di teoria democratica, fra i quali può figurare il concetto di "responsabilità politica". Sennonché, invocare il concetto di "responsabilità politica" al fine di costruire la grande dicotomia tra organi/attività d'indirizzo politico e organi/attività di garanzia è un'operazione che pretende di ricavare troppe implicazioni da questa nozione della teoria democratica; e che, in ogni modo, non raggiunge il suo scopo.

¹⁸ G. SCACCIA, *I limiti del costruttivismo interpretativo*, cit.

Spero che le mie parole non siano interpretate come se significassero che per il concetto di responsabilità politica non c'è alcuno spazio nel diritto costituzionale italiano. Lo stesso art. 89 – così centrale per tutti i nostri ragionamenti sul PdR – contiene un riferimento esplicito alla responsabilità ministeriale, che non può non ricomprendere anche quella “politica”: la regola secondo cui i ministri assumono la responsabilità degli atti presidenziali che controfirmano, fa anzitutto riferimento alla responsabilità politica dinanzi alle Camere. E a questa regola fa sicuramente *pendant* la norma costituzionale che sancisce l'irresponsabilità del PdR per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni (art. 90 Cost.).

È fuor di dubbio che tra le due disposizioni in oggetto (gli artt. 89 e 90) c'è, con riguardo al profilo in esame, un rapporto di complementarietà e che ciascuna concorre a precisare il significato dell'altra: o meglio, che entrambe contribuiscono alla definizione del significato unitario che il principio di responsabilità/irresponsabilità politica ha per il nostro diritto costituzionale. Indubbiamente questo significato ha a che fare con la possibilità di essere rimossi dalla carica per gli atti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni: sicché il Governo *responsabile* può essere rimosso dalla carica (previa sfiducia) per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, ivi compresi gli atti presidenziali (in forza della regola di cui all'art. 89); invece il PdR *irresponsabile* no, salvo che nei casi di attentato alla Costituzione o alto tradimento (ma qui siamo evidentemente fuori dall'ipotesi di responsabilità politica per ricadere in quella penale).

Per il diritto costituzionale italiano, dunque, c'è responsabilità politica soltanto laddove si può essere rimossi dalla carica (per atti compiuti nell'esercizio delle funzioni a essa connessa); e non c'è responsabilità ma irresponsabilità politica laddove la rimozione dalla carica non è un'ipotesi contemplata (salvo che non entri in gioco una

responsabilità penale). Così circoscritto, il concetto di responsabilità politica non è un argomento di diritto costituzionale su cui poter fare leva per assegnare al Capo dello Stato una natura “impolitica”. È evidente, infatti, che l'impossibilità di essere rimossi dalla carica (se non per aver compiuto atti di rilievo penale) è un tratto che accomuna la posizione del PdR e quella dei parlamentari: e nessuno – ripropongo qui una considerazione già fatta nel libro – si sognerebbe di sostenere che i parlamentari non sono centri d'iniziativa politica.

Certo, si può obiettare che la responsabilità politica dei parlamentari la fanno valere i cittadini mediante il voto. Tuttavia questa circostanza – ammesso che sia sempre verificabile empiricamente, perché non è detto che il diritto di voto sia sempre esercitabile per far valere una responsabilità politica – non ha alcun rilievo per il diritto costituzionale, visto che non ha a che fare con quella possibilità di rimozione dalla carica, in cui si riassume la nozione positiva di responsabilità politica recepita nel testo costituzionale. Insomma l'uso *eventuale* dei diritti politici come strumento per sanzionare l'operato dei parlamentari non appartiene al concetto di responsabilità politica che è accolto dalla nostra Costituzione. Sotto questo profilo ritengo condivisibile l'asserzione secondo cui «la rimozione non è equiparabile alla non rielezione»¹⁹.

Ma facciamo finta che il concetto *costituzionale* di responsabilità politica si estenda fino a comprendere le ipotesi di mancata rielezione, allora non si può fare a meno di osservare che pure in questo frangente la posizione del Capo dello Stato non è dissimile da quella del parlamentare, poiché entrambi *possono non essere rieletti*.

¹⁹ P. PINNA, *L'errata distinzione tra l'indirizzo politico e la garanzia costituzionale*, in questo volume.

Su quest'ultimo punto mi sono attirato le critiche di Scaccia, convinto che la mia tesi sia «offuscata da un eccesso di astrazione, di intellettualismo»²⁰. Ora, so bene che sarebbe storicamente implausibile la tesi secondo cui, per usare le parole di Scaccia, «tutti i Presidenti, non avendo avuto la ventura di essere rieletti, debbano considerarsi per ciò stesso politicamente sanzionati per il loro cattivo operato»²¹. A pag. 50 del libro scrivo, infatti, che nella nostra prassi repubblicana la mancata rielezione del PdR non ha mai avuto il significato di una sanzione politica. E tuttavia, non bisogna confondere col dettato costituzionale le convenzioni politico-partitico dirette a neutralizzare politicamente la figura del Capo dello Stato. Se la Costituzione non pone limiti al numero dei mandati presidenziali, ciò significa che la posizione del PdR è diversa da quella di coloro che su elezione parlamentare entrano a far parte della Corte costituzionale e del CSM: per questi, infatti, vale il divieto espresso d'immediata rieleggibilità (artt. 104, comma 6, e 135, comma 3, Cost.). Perciò è sbagliato chiedersi, come fa Scaccia, «se l'omessa previsione costituzionale di un divieto di rielezione non trovi una possibile spiegazione nel fatto che il Capo dello Stato fosse configurato come organo se non politicamente innocuo, almeno non pericoloso». In realtà quest'omessa previsione potrebbe dimostrare esattamente il contrario: e cioè che nel disegno costituzionale il PdR non è estraneo alla direzione politica e che, pertanto, non è assimilabile ad altre cariche di derivazione parlamentare, come ad esempio quella dei giudici costituzionali, per le quali infatti la Costituzione sancisce il divieto di rielezione.

²⁰ G. SCACCIA, *I limiti del costruttivismo interpretativo*, cit.

²¹ G. SCACCIA, *I limiti del costruttivismo interpretativo*, cit.

8. Sulla proposta ministeriale

La mia tesi dell'atto presidenziale come «atto complesso ad iniziativa libera» deve molto a uno spunto di Carlo Esposito, secondo cui spesso accade che anche «in ordinamenti che dispongono che gli atti del Capo dello Stato debbono essere proposti dai ministri, gli atti stessi non siano nella realtà preceduti o iniziati da una formale proposta ministeriale orale o scritta di cui vi sia traccia in archivi o protocolli e come, anzi, assai spesso questi atti possono avere inizio da una manifestazione di desiderio del Capo dello Stato»²².

Il rilievo di Esposito mi sembrava inappuntabile. Può accadere, infatti, che l'iniziativa, in modo formale o informale, sia assunta dal PdR anziché dal Governo: ma se quest'ultimo lo controfirma, possiamo dire che l'atto è viziato perché manca la prova documentale di una proposta ministeriale (ovvero perché c'è la prova documentale che il PdR ne abbia sollecitato l'adozione)? Dal mio punto di vista no. Infatti, sviluppando uno spunto tratto da Roberto Bin²³, propongo d'interpretare la formula “ministri proponenti” come se istituisse una presunzione giuridica: vale a dire, in questo caso “proponenti” non sono coloro di cui si possa e debba dare documentata dimostrazione che effettivamente hanno esercitato il diritto d'iniziativa, bensì coloro dei quali si deve presumere che l'abbiano fatto, una volta controfirmato l'atto.

Tuttavia non ho nessuna difficoltà a seguire il suggerimento di Simone Pajno e a “prendere sul serio” l'art. 89, in modo da «ritenere che si applichi senz'altro a tutti gli atti presidenziali», con l'effetto di considerare invalidi quegli

²² C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 286.

²³ R. BIN, *Intervento al Dibattito sulla controfirma ministeriale*, in *Giur. cost.*, I, 2007, 465 ss., spec. 467.

atti sprovvisti di una «documentata proposta governativa». Non solo, posso altresì concedere – anche se in questo caso manca un'esauriente argomentazione – che la proposta cui accenna l'art. 89 sia annoverabile tra le “proposte conformi” ovvero tra quelle «vincolanti per il contenuto dell'atto»²⁴. Mi chiedo, però, cosa cambi – nella sostanza – rispetto alla mia ricostruzione.

Nel primo caso, infatti, è lo stesso Pajno ad ammettere che «il Governo non avrà problemi a redigere una formale proposta in modo da fornire l'atto di una valida base costituzionale»²⁵. Quanto al secondo caso, è irrealistico supporre che l'istituto della «proposta vincolante per il solo contenuto dell'atto» impedisca di «potersi confrontare liberamente sul contenuto del medesimo»²⁶. Credo che raramente il Capo dello Stato si sia trovato di fronte all'alternativa tra prendere o lasciare, perché è ragionevole supporre che la negoziazione sul contenuto dell'atto intervenga prima della formale proposta governativa. Né più né meno ciò somiglia a quello che succede nel sistema costituzionale americano in occasione della promulgazione presidenziale delle leggi approvate dal Congresso. È noto che il *President* può valersi del *veto power* per costringere le camere a una nuova deliberazione (questa volta, però, a maggioranza qualificata dei 2/3). Trattandosi di un veto totale e non parziale, sul piano giuridico l'esecutivo si trova di fronte all'alternativa tra prendere o lasciare. Tuttavia questo non ha impedito che dietro e all'origine di ogni nuova legge ci sia un'intensa contrattazione tra Presidente e Congresso; e che, di fatto, il

²⁴ S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

²⁵ S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

²⁶ Come invece ritiene S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

primo agisca alla stregua di una vera e propria *third branch of the Legislature*²⁷.

Diversa è, invece, l'obiezione che sul punto è mossa da Antonio Riviezzo, il quale osserva che la mia tesi finisce «per leggere, ove sta scritto “ministri *proponenti*”, “ministri *competenti*”; e se certamente, almeno sotto il profilo deontologico, chi sia proponente deve altresì esser competente (a “proporre”), non è altrettanto per il reciproco»²⁸. In altre parole, se l'atto presidenziale è – come io sostengo – «a iniziativa libera», allora nell'ipotesi in cui l'iniziativa per il suo compimento sia stata presa dal PdR e non dal Governo, la controfirma non è più del ministro proponente, ma di quello competente.

L'obiezione è acuta, ma rimuove una parte essenziale della mia ricostruzione. Sarebbe sbagliato ritenere che io inavvertitamente legga “ministro proponente” come se significasse “ministro competente”, annullando così ogni differenza semantica tra queste due formule. Difatti, io sostengo che il ministro che di fatto non assume l'iniziativa dell'atto e che, quindi, lo controfirma quale soggetto competente (e non come soggetto effettivamente proponente), ciò nondimeno, in virtù dell'art. 89, deve intendersi *come se* ne fosse stato il proponente; e perciò come se, avendolo proposto, ne assumesse la responsabilità politica. Questo è ben altro che ritenere equivalenti l'essere proponenti e

²⁷ Questa perlomeno è la tesi che, sulla scorta della migliore dottrina statunitense del tempo, L. ELIA, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1961, 186 ss., sostenne già quarant'anni orsono. E nulla induce a credere che nel frattempo siano mutate le condizioni di esercizio di tale potere di veto.

²⁸ A. RIVIEZZO, *Un'integrazione alla tesi degli atti presidenziali quali atti complessi*, in questo volume.

l'essere competenti! Quindi, secondo la mia interpretazione dell'art. 89, possiamo avere ministri effettivamente proponenti e ministri *de facto* solo competenti, ma che devono intendersi come se fossero anche proponenti (e quindi politicamente responsabili).

Tuttavia Antonio Riviezzo insiste nel sostenere che in questa mia lettura del lemma "proponenti" c'è una forzatura interpretativa. E propone quindi d'intendere «il participio "proponenti" riferito ai ministri (...) nel senso di "quando (o qualora) propongono" l'atto al Presidente». Ministro proponente sarebbe, dunque, solo e soltanto il ministro che effettivamente abbia proposto l'atto. Ma quel che più conta, da ciò Egli trae almeno un paio di corollari.

Il primo «corollario di tale lettura sarebbe (...) l'esistenza di atti presidenziali non scaturenti da proposta governativa, e quindi *da non controfirmare necessariamente a pena d'invalidità*». Quindi, non sarebbe possibile controfirmare validamente un atto presidenziale del quale non c'è prova documentale di un'effettiva proposta ministeriale. Ciò corrisponde nella sostanza a quello che si diceva pocanzi in riferimento alle obiezioni di Simone Pajno: perciò non ci ritorno.

Il secondo corollario è l'idea che i ministri possano proporre solo quegli atti che ricadono nella loro sfera di competenza: solo con riguardo a questi sussisterebbe l'obbligo di controfirma, con l'effetto che esisterebbero atti presidenziali non ricadenti nella sfera di competenza governativa e, quindi, sottratti alla controfirma ministeriale. Insomma, ci sarebbero atti presidenziali "di governo" e atti presidenziali "non di governo": per i primi, ricadenti nella sfera di competenza governativa, occorrerebbe la proposta e la controfirma ministeriale (ma anche il consenso presidenziale, secondo lo schema dell'atto complesso), per i secondi invece non occorrerebbe né la proposta né la controfirma ministeriale, sicché, «non essendo tale sottoscrizione richiesta *ad*

validitatem, il Capo dello Stato potrà comunque emanar(i) *sotto la sua responsabilità* così come limitata *ex art. 90*»²⁹.

Con questa ricostruzione Antonio Riviezzo dichiara di voler integrare ma non contestare la mia teoria dell'atto complesso. Dubito però che il risultato sia questo. Se infatti ci sono atti di prerogativa presidenziale (il rinvio delle leggi, gli atti di nomina e lo scioglimento delle Camere) per i quali la controfirma ministeriale non è "richiesta *ad validitatem*", se ne deve concludere che tali atti possono essere validamente adottati e validamente produrre effetti giuridici in forza di una volontà unilaterale del Capo dello Stato: in cosa si differenzerebbero allora dai c.d. atti sostanzialmente presidenziali?

A ben vedere nella ricostruzione di Antonio Riviezzo esisterebbero due tipologie di atti presidenziali: quelli complessi, su proposta governativa e recanti la controfirma ministeriale; e quelli di prerogativa presidenziali, validamente adottabili in modo unilaterale dal PdR e non bisognosi di controfirma ministeriale (categoria, quest'ultima, che coinciderebbe con quella degli «atti sostanzialmente presidenziali esenti da controfirma», di cui ragionano ad esempio Enzo Cheli e Antonio Ruggeri). Come si vede, non è propriamente un'integrazione migliorativa delle mie tesi, ma tutt'altro.

Inoltre cosa significa che il PdR potrà emanare gli atti di prerogativa presidenziale «*sotto la sua responsabilità* così come limitata *ex art. 90*»? Che la loro adozione prefigura la fattispecie penalistica di "attentato alla Costituzione" e/o "alto tradimento"? Se la risposta è positiva, tali atti non potranno considerarsi validi, con ciò dimostrando che anche per essi la controfirma ministeriale è invero "richiesta *ad validitatem*". Se la risposta è negativa – nel senso che il loro

²⁹ Tutte le parti virgolettate sono di A. RIVIEZZO, *Un'integrazione alla tesi degli atti presidenziali quali atti complessi*, cit.

compimento non integra di per sé la fattispecie penalistica di cui all'art. 90 – allora si afferma una responsabilità politica del PdR per gli atti unilaterali di prerogativa presidenziale: il che però non sembra trovare conforto nell'art. 90, a mente del quale il Capo dello Stato «non è responsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni».

Infine, è sicuramente vero che il ministro proponente è, per ciò stesso, competente; e che non può valere il reciproco (*se non in virtù di una presunzione giuridica*, aggiungo io). Ed è altresì vero che astrattamente di qualcuno può dirsi che sia il valido proponente di qualcosa a condizione che abbia il diritto di farlo, col risultato che non potrebbe esercitare un diritto d'iniziativa senza averne la relativa competenza. In questo caso, però, occorre fare bene i conti con l'art. 89: questo dice che «nessun atto del PdR è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti», lasciando con ciò intendere non già che vi sono taluni atti presidenziali estranei alla competenza governativa e per i quali quindi non sarebbe possibile una proposta e una controfirma ministeriale, ma al contrario che tutti gli atti presidenziali sono proponibili dal Governo, *al quale deve dunque riconoscersi una generale competenza sul complesso delle attività presidenziali*. Insomma, uno degli effetti dell'art. 89 sarebbe proprio quello di escludere che vi siano atti presidenziali sottratti alla sfera dell'esecutivo.

9. *Sul rinvio delle leggi*

Nel libro interpreto il rinvio delle leggi *ex art. 74 Cost.* alla stregua di un “atto dovuto”, con l'indubbio vantaggio di eludere l'irrisolvibile *querelle* circa la qualificazione di quest'attività presidenziale: sicché tale attività non sfocerebbe in un atto sostanzialmente presidenziale, né sostanzialmente governativo, ma neppure complesso, perché si tradurrebbe invero in un atto necessario conseguente al rifiuto

di promulgazione (sicché sarebbe quest'ultimo l'atto complesso bisognoso di firma e controfirma).

Simone Pajno mi obietta che, ai sensi dell'art. 73, comma 1 Cost., fino al trentesimo giorno successivo all'approvazione parlamentare della delibera legislativa «è possibile sia promulgare che rinviare», ma che «allo scadere del trentesimo giorno (...), invece, il rinvio è vietato e la promulgazione diventa obbligatoria». Da ciò inferisce il contrario di quanto io affermo, e cioè che il rinvio non è atto dovuto e che «se non si giunge al rinvio entro il termine prefissato, il Presidente *deve* promulgare»³⁰.

Quest'obiezione si regge sull'assunto che il PdR nel trentesimo giorno successivo all'approvazione parlamentare della delibera legislativa non possa più rinviare, ma debba promulgare. Ciò non è corretto, perché alla scadenza del termine il PdR o promulga o rinvia: quale considerazione può addursi, infatti, contro la liceità di un rinvio disposto nell'ultimo giorno utile? Diversamente, bisognerebbe indicare a partire da quale momento non sarebbe più possibile rinviare: dal ventinovesimo giorno (o ventottesimo o venticinquesimo o altro giorno)?

Ciò premesso, io ricostruisco l'istituto così: dall'approvazione parlamentare il PdR ha un mese di tempo per decidere, decorso il quale la promulgazione o il rinvio sono dovuti: e se ciò nondimeno rimane inerte, attenta alla Costituzione ai sensi dell'art. 90 Cost. Ciò significa che il Capo dello Stato può starsene inerte fino al trentesimo giorno: in questo caso deve presumersi che sia indeciso sul da farsi e se alla scadenza del termine promulga, vuol dire che alla fine ha ritenuto di doverlo fare. Se invece alla scadenza del termine non promulga, allora *deve* rinviare: diversamente, attenderà alla Costituzione.

³⁰ S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

Insomma, rimane valido quanto sostengo: il Capo dello Stato ha un mese di tempo per decidere se promulgare oppure no; e se alla fine decide di non promulgare deve rinviare. E dunque è la promulgazione l'atto presidenziale che deve essere adottato ai sensi dell'art. 89: ribadisco, perciò, che il rinvio è atto dovuto conseguente al diniego di promulgazione.

A me sembra che questa soluzione sia, nel bene e nel male, l'uovo di Colombo che ci permette di sfuggire a una difficoltà interpretativa altrimenti insormontabile. Nel bene, perché sta in piedi, rendendo contemporaneamente giustizia all'art. 74 e all'art. 89 (nonché, nella sostanza, alla prassi vigente, per quello che importa...). E nel male perché, come l'uovo colombiano, il mio argomento non ostenta certo una perfetta forma ellittica: è un po' schiacciato in fondo.

Peraltro – come vedremo tra poco – Pajno ha ecceduto nell'argomentazione; e per eterogenesi dei fini, ha reso ancora più evidenti i limiti della tesi secondo cui il rinvio delle leggi sarebbe atto sostanzialmente presidenziale.

Sappiamo che il problema lasciato irrisolto dalla maggioritaria dottrina "polifunzionalista" è la combinazione interpretativa degli artt. 74 e 89 Cost. Per quanti sforzi si siano fatti, nessuno finora è riuscito a spiegare come sia possibile mantenere assieme una lettura del rinvio come atto sostanzialmente presidenziale e la regola secondo cui gli atti presidenziali devono recare la controfirma di «ministri proponenti che ne assumono la responsabilità».

Per questa ragione, taluni (in particolare Enzo Cheli e Antonio Ruggeri³¹) sostengono che l'art. 89 non si applica

³¹ E. CHELI, *Sub art. 89 Cost.*, cit., 146; A. RUGGERI, *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e come*

all'ipotesi prevista dall'art. 74. Ma per giungere a questo risultato devono forzarne la lettura, immaginando che il suo scopo non sia quello di stabilire che «nessun atto del PdR è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti che ne assumono la responsabilità», bensì quello – del tutto opposto – di enucleare una categoria di atti per i quali non sussisterebbe alcun obbligo di controfirma. Stando a quest'orientamento, è come se in sede interpretativa si dovesse aggiungere una coda all'art. 89, con l'effetto che questo alla fine sarebbe così formulabile: “nessun atto del PdR è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti che ne assumono la responsabilità, *salvo che si tratti di atti presidenziali non scaturenti da proposta governativa*”. Rimane, però, da chiarire cosa s'intende con quest'ultima categoria di atti: sono quelli per i quali è strutturalmente impossibile un'iniziativa del Governo oppure quelli che indifferentemente possono compiersi su iniziativa presidenziale oltre che governativa? Già questa domanda mostra l'improponibilità della tesi, come argomento estesamente nel libro (pag. 11), cui rinvio.

La posizione di Simone Pajno sul punto è singolarmente ambigua e, infine, autodistruttiva.

A suo avviso, bisogna «prendere atto che la tesi secondo la quale l'art. 89 “copre” tutti gli atti presidenziali, *nonostante sia la più vicina al testo di questa disposizione* (corsivo mio), non appare coerente con molte altre disposizioni costituzionali». Propone perciò di disegnare «l'ambito di applicazione dell'art. 89 in modo da limitarlo a quegli atti del Capo dello Stato che, in base alla lettura sistematica delle altre disposizioni costituzionali, devono ritenersi sostanzialmente governativi»³². Fin

limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare, II, Napoli, Jovene, 2009, 711.

³² Tutte le parti virgolettate sono di S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

qui nulla di nuovo, perché sembra che le sue tesi si collochino nel solco di quelle illustrate pocanzi: anche se il testo dell'art. 89 sembra suggerire la propria applicabilità nei confronti di tutti gli atti presidenziali, tuttavia per un'esigenza d'interpretazione sistematica occorre "sfilarne" l'atto di cui all'art. 74. Ovviamente, l'esigenza d'interpretazione sistematica non è altro che la previa interpretazione del rinvio delle leggi come atto sostanzialmente presidenziale, per la quale – sia chiaro – non si forniscono ragioni ma solo un vero e proprio costruttivismo interpretativo (la tesi di teoria democratica secondo cui il PdR non può essere altro che organo di garanzia). Insomma, può riassumersi la tesi in esame così: poiché il rinvio delle leggi è un atto sostanzialmente presidenziale, allora l'art. 89 quando dice «nessun atto del PdR» è come se dicesse «nessun atto del PdR che sia sostanzialmente governativo». Sennonché la prima asserzione è un pugno sul tavolo, la seconda una forzatura interpretativa.

Ma ammettiamo che la tesi criticata sia corretta. Essa dovrebbe coerentemente accogliere il corollario secondo cui il rinvio delle leggi deve intendersi come atto esente da controfirma. Invece, con un improvviso *coup de théâtre* Pajno fa rientrare in pista l'istituto della controfirma, «in virtù di una norma ricavata in via analogica dall'art. 89»: sicché «l'art. 89 si applic(a) direttamente agli atti sostanzialmente governativi, e analogicamente a quelli sostanzialmente presidenziali»³³. In questo modo, però, non solo rientra dalla finestra ciò che è uscito dalla porta – mi riferisco all'idea che la regola dell'art. 89 valga per tutti gli atti presidenziali e non solo per gli atti sostanzialmente governativi – ma per di più si finisce col distruggere, senza accorgersene, la stessa tesi che fa del rinvio delle leggi un atto

³³ Tutte le parti virgolettate sono di S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

sostanzialmente presidenziale: difatti, se «l'art. 89 si applica analogicamente (...) a quelli sostanzialmente presidenziali», ovvero se si estende analogicamente a tutti gli atti presidenziali la regola contenuta nell'art. 89, si avrà che tutti gli atti presidenziali dovranno recare la controfirma di «ministri proponenti che ne assumono la responsabilità»³⁴; il che però implica che di ogni atto controfirmato deve presumersi una proposta governativa e una conseguente assunzione di responsabilità, col risultato di appiattirli tutti sullo schema dell'atto sostanzialmente governativo ovvero (come ritengo più corretto) sullo schema dell'atto complesso³⁵.

Si dirà che pure la mia proposta, in un certo senso, “sfila via” il rinvio delle leggi dalla regola generale prevista nell'art. 89. Tutto vero: se il rinvio delle leggi è un “atto dovuto”, non ha molto senso riaffermare che deve essere controfirmato da un ministro proponente che ne assume la responsabilità. Ma l'alternativa alla mia ricostruzione è interpretare l'atto di rinvio come atto sostanzialmente governativo, deciso unilateralmente dall'esecutivo, ovvero come atto complesso, a un tempo bisognoso del consenso governativo e del sostanziale impulso presidenziale.

³⁴ Per analogia, infatti, si applicano compiutamente regole vigenti e non semplici insiemi di parole. E non si capisce, dunque, che tipo di analogia sarebbe quella che, troncando di netto una parte dell'art. 89, imporrebbe l'applicazione delle sole parole «nessun atto del PdR è valido se non è controfirmato»: quest'ultima, infatti, non è una norma vigente di cui si possa chiedere l'estensione analogica a casi simili.

³⁵ Insomma, c'è poco da fare: se l'art. 89 si applica a tutti gli atti presidenziali, allora non vi sarà spazio per la categoria degli atti sostanzialmente presidenziali. E questo a prescindere dal momento in cui lo si legge: porre l'art. 89 all'inizio o alla fine del ragionamento è del tutto indifferente (nonostante S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit., ritenga il contrario), perché anche leggendolo per ultimo le parole che lo compongono rimangono le stesse.

Né pare risolutivo, al fine di fondare la tesi del rinvio come atto sostanzialmente presidenziale, sottolineare che per il nostro ordinamento non sarebbe una novità la presenza di procedimenti di controllo dal carattere sommario e non compiutamente giurisdizionalizzato³⁶. Non è controverso, infatti, che esista siffatta categoria d'istituti. È controverso *se* il rinvio delle leggi vi appartenga. Per sciogliere questo nodo occorre dimostrare preliminarmente che il rinvio è un atto sostanzialmente presidenziale (il cui compimento può avvenire solo per sollecitare il rispetto di norme costituzionali): e questa dimostrazione – come abbiamo visto – ancora non c'è.

10. Regole e regolarità

Nel libro pratico consapevolmente un certo metodo interpretativo, senza tuttavia teorizzarlo espressamente. Giuseppe Verde, nel suo stimolante contributo, mi chiede di esplicitarne le premesse, sollecitando una mia riflessione sul rilievo delle prassi giurisprudenziali, convenzionali e consuetudinarie nell'interpretazione costituzionale³⁷.

Quale sia il mio orientamento sul punto, credo sia abbastanza chiaro. In più passi della monografia accenno alla necessità di tenere distinte le *regole* dalle *regolarità*, con ciò lasciando intendere che le seconde non sono materiali utilizzabili per la costruzione delle prime. Inoltre ripeto più volte che il mio scopo è solo quello di ricostruire le *regole*, tralasciando le *regolarità*. Ammetto tuttavia di

³⁶ Argomento anch'esso proposto da S. PAJNO, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, cit.

³⁷ G. VERDE, *Quali materiali giuridici dobbiamo utilizzare per lo studio della forma di governo?*, in questo volume.

essere stato troppo laconicamente assertivo. Provo pertanto a spendere qualche parola in più sul metodo che sta a fondamento del mio lavoro.

Da qualche tempo mi sono convinto che alla scienza giuridica – di cui la scienza del diritto costituzionale è parte integrante – spetta soprattutto il compito di dire quali norme debbono correttamente ricavarsi dalle disposizioni vigenti. La nostra missione di giuristi è anzitutto quella di interpretare testi per ricavarne regole vincolanti. Ovviamente l'interpretazione dei documenti normativi presuppone l'individuazione di questi ultimi come fonti valide e pertinenti; individuazione che, a suo tempo, è consistita di un'attività interpretativa (di altri testi, che a loro volta erano stati interpretati, e così via).

Tutto questo potrà sembra scontato, e forse lo è. Ciò nondimeno, quanti lavori di colleghi giuristi sembrano corrispondere a quest'idea, forse banale, del nostro mestiere? Ormai non si contano più i saggi, anche interessanti e acuti, la cui ragion d'essere è la narrazione delle vicende storiche, delle premesse sociali, delle influenze politiche e contingenze economiche, che spiegherebbero sotto il profilo causale l'origine di una legge o di una sentenza. Siamo spesso così intenti a dare conto del *perché* quel dato giudice ha pronunciato una data decisione, che dimentichiamo di dire *se* è corretta oppure no.

Con questo libro mi sono deliberatamente sottratto all'esercizio diffuso di ricostruire le prassi presidenziali degli ultimi anni (nell'*epoca del maggioritario*, come spesso si sente dire). Ovviamente non nego l'utilità di quest'esercizio; e credo che una scrupolosa disamina dei fatti storici e dei fattori causali che ne sono all'origine può certamente preludere a un fecondo accumulo di conoscenza. Il problema sorge quando queste prassi vengono giudicate, ora in modo espresso ora meno scoperto, attingendo a parametri di cui non è chiara la provenienza. L'impressione forte è che sovente si ripetano paradigmi, formule, criteri valutativi,

dando per acquisita e scontata la loro fondatezza, come se la portata normativa di taluni istituti non facesse più problema. Il lavoro dogmatico intenso che aveva accompagnato l'attuazione costituzionale nei primi decenni della nostra esperienza repubblicana sembra essersi interrotto.

Probabilmente all'origine di questo fenomeno c'è l'accumularsi del diritto giurisprudenziale vivente, che col suo consolidarsi su questo o quell'orientamento a discapito di altri tronca di netto le dispute dottrinali, degradandole al rango di sterili esercitazioni accademiche, lontane dall'esperienza giuridica reale. Esempio in tal senso è la vicenda che ha interessato la legge costituzionale n. 3 del 2001. Nei primi mesi e anni di vigenza del nuovo Titolo V della Costituzione la dottrina s'impegnò a fondo per dare una sistemazione dogmatica soddisfacente ai nuovi istituti del diritto regionale italiano. Ci s'interrogò a fondo su quali norme si dovessero ricavare dalle nuove disposizioni costituzionali vigenti. Ad esempio, ci furono interpretazioni diverse del canone di sussidiarietà, del potere sostitutivo, del riparto delle competenze legislative, con argomentazioni articolate a sostegno delle varie soluzioni proposte. Mano mano, però, che la Corte costituzionale interveniva sulle varie questioni, il dibattito dogmatico si sopiva, si acquietava rassegnato sugli orientamenti palesati dai giudici costituzionali. Come se non valesse più la pena ritornare sull'argomento una volta che la Corte si fosse pronunciata; come se la sentenza del giudice costituzionale equivalesse al "tratto di penna del legislatore, che cancella intere biblioteche giuridiche". Quasi tutti i costituzionalisti, prima della sentenza n. 303 del 2003, sostenevano con dovizia di argomentazioni che la sussidiarietà poteva riguardare solo il riparto delle funzioni amministrative; quasi nessun costituzionalista, ora, mette in discussione il fenomeno della sussidiarietà legislativa. Dobbiamo concluderne che la Corte costituzionale è per noi costituzionalisti quello che il legislatore era per il giudice "bocca della legge"?

11. *Diritto costituzionale e metodo interpretativo "falsificazionista"*

La normatività del c.d. *diritto costituzionale vivente* è un problema teorico formidabile, per il quale occorre qualcosa di più delle poche battute che possono spendersi in questa sede. Una domanda, però, voglio pormela: le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto nel senso in cui lo sono la Costituzione e le leggi?

A giudizio di Eugenio Bulygin «il contributo dei giudici alla creazione del diritto non si limita alla creazione di norme: altrettanto importante, e forse di più, è la definizione (delimitazione) dei concetti giuridici». Vale a dire, «il più delle volte ciò che creano i giudici sono non già norme, ma enunciati definitivi, cioè enunciati che determinano l'estensione di un concetto». Facendo qualche esempio tratto dal diritto argentino, Bulygin dice che «quando il giudice decide cosa debba intendersi per "locatario benestante" o per "interesse usurario", non detta norme, ma definisce concetti»: e «quando queste definizioni giungono ad acquistare vigore (...) entrano a far parte dell'ordinamento giuridico»³⁸. Questo spunto fa al caso nostro. Quando la Corte costituzionale nella sentenza n. 200 del 2006 ascrive la concessione della grazia tra le attribuzioni sostanzialmente (oltre che formalmente) presidenziali, «definisce un concetto giuridico», ne determina l'estensione: precisa, cioè, la portata dell'art. 87, comma 11, a mente del quale il PdR «può concedere grazia»; e di riflesso circoscrive pure quella dell'art. 89, con riguardo al valore della controfirma.

Ora, se la sentenza n. 200 del 2006 è fonte del diritto (costituzionale), da ciò dovrebbe potersi evincere che *per il*

³⁸ E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli editore, Torino, 1995, 16-18.

diritto costituzionale italiano la concessione della grazia è un potere formalmente e sostanzialmente presidenziale. La precisazione giurisprudenziale dei “concetti giuridici” incorporati negli artt. 87 e 89 della Costituzione avrebbe integrato l’ordinamento, cosicché il diritto costituzionale vigente sarebbe ora costituito dalla saldatura tra il testo costituzionale e le sue interpretazioni fornite dalle autorità giurisdizionali di ultima istanza. Ma se le sentenze dei giudici costituzionali fossero fonti del diritto costituzionale e se quindi *per il diritto costituzionale italiano la concessione della grazia fosse un potere formalmente e sostanzialmente presidenziale*, ai costituzionalisti non resterebbe altro da fare che prenderne atto. Al massimo potrebbero auspicare una revisione dell’art. 87 (e 89); ma, si badi bene, non più come giuristi che interpretano disposizioni per ricavarne norme, bensì come cittadini o uomini politici interessati a una riforma del diritto vigente: in ogni caso si tratterebbe di preferenze motivate da criteri normativi che non sarebbero tratti dal diritto costituzionale vigente, ma dal proprio bagaglio personale di valori etico-politici.

Senonché l’asserzione “*Per il diritto costituzionale italiano la concessione della grazia è un potere formalmente e sostanzialmente presidenziale*”, costruita saldando assieme l’art. 87 Cost. e la sentenza 200/2006, farebbe storcere il naso a più d’uno. Molti costituzionalisti dissentirebbero, portando diverse ragioni per sostenere che invero la grazia è un potere sostanzialmente governativo ovvero un potere che è in condominio tra il Capo dello Stato e il Governo: e se i giudici costituzionali dicono il contrario, è perché sbagliano. In questo caso i giuristi dissenzienti non contrappongono il *diritto quale dovrebbe essere al diritto qual è*. Non dicono che il diritto italiano sbaglia ad attribuire il potere di grazia al Presidente della Repubblica: dicono invece che è sbagliato ritenere che il diritto italiano attribuisca tale potere al Capo dello Stato. Ritengono perciò di offrire la ricostruzione corretta del diritto italiano *qual è*.

Anch'io mi riconosco in quest'approccio. E pertanto dico che la proposizione giuridica secondo cui "*il potere di grazia spetta sostanzialmente al Presidente della Repubblica*", se è formulata da giudici competenti a fornire interpretazioni di ultima istanza, è provvisoriamente vera fintantoché non si dimostra che è una ricostruzione errata del diritto italiano: cioè, può sempre essere *falsificata*.

12. *Le implicazioni della distinzione tra disposizione e norma*

Esiste perciò un metodo che infallibilmente ci permette di fondare la verità o di smascherare la falsità di un asserto interpretativo?

Quando proponiamo nuove interpretazioni dei testi vigenti – come ho provato a fare nel libro che qui si discute – non ci limitiamo semplicemente a proporle, ad aggiungerle a quelle preesistenti, ma ci sforziamo altresì di dimostrare, o argomentare, perché debbono prenderne il posto. Diamo quindi per scontato che talune interpretazioni possono essere migliori di altre e che da qualche parte esista un qualche criterio che ci permette di distinguere tra interpretazioni buone e meno buone.

A ben vedere, ciò è un'implicazione della distinzione tra *disposizioni* e *norme*, che è ormai parte preziosa e irrinunciabile del nostro patrimonio concettuale. Questa distinzione significa che potenzialmente esistono tante interpretazioni diverse di un testo quanti sono coloro che lo leggono. A prima vista sembra suggerire l'impossibilità di distinguere tra norme vere e false, tra interpretazioni corrette e scorrette, con ciò alimentando lo scetticismo interpretativo e un atteggiamento di sostanziale pessimismo epistemologico. Ma un'analisi più approfondita rivela tutt'altro.

Se guardiamo al fenomeno dal punto di vista dell'osservatore, è quasi scontato notare che in ogni ordinamento possibile non tutti leggono le medesime disposizioni allo stesso modo. È un dato di comune esperienza che interpreti diversi elaborino norme differenti sulla base dei medesimi testi (e il dibattito che c'impugna in queste pagine ne è la riprova). Sotto questo profilo la distinzione tra disposizioni e norme focalizza l'attenzione su un fenomeno ricorrente e ineliminabile dell'esperienza giuridica. Se però ci caliamo nella prospettiva di chi partecipa a una pratica giuridica, questi non dirà mai che sono ammissibili più interpretazioni diverse della medesima disposizione, ma invariabilmente proporrà la propria come quella corretta, come la sola corretta.

Un giudice non direbbe mai: "ho dato ragione all'attore in virtù delle mie preferenze personali, poiché non c'era nessuna ragione giuridica preponderante per preferire la sua pretesa a quella del convenuto". E se un altro giudice fosse chiamato a giudicare dell'operato del primo, a sua volta non direbbe mai: "non riformo la sua decisione perché per il diritto è del tutto indifferente la scelta tra attore e convenuto, potendo la disposizione essere interpretata a favore dell'uno o dell'altro". Né tantomeno direbbe, in modo ancor più paradossale: "riformo la sua decisione, perché per il diritto è sì indifferente scegliere tra la pretesa dell'attore e quella del convenuto, ma io personalmente, e diversamente dal primo giudice, preferisco accontentare il convenuto!". Dal punto di vista dei partecipanti alla pratica giuridica in esame tale posizione sarebbe insostenibile: ciascuno di loro riterrà che il giudice abbia il dovere di applicare questa o quella regola e non già che sia libero di fare come crede.

Peraltro, a ragionare diversamente, non vi sarebbe mai la possibilità dell'errore giudiziale: qualsiasi interpretazione che il giudice adottasse sarebbe per definizione corretta, non essendoci la possibilità di distinguere tra interpretazioni corrette e scorrette. Per questa ragione penso che il diritto non

sia l'insieme delle disposizioni vigenti e delle norme che i giudici effettivamente ne hanno tratto, bensì *l'insieme delle disposizioni vigenti e delle norme che avrebbero dovuto (o che dovrebbero) correttamente trarne*: senza questa prospettiva latamente "normativa" non ci sarebbe spazio per il nostro lavoro, cioè per la dottrina. Il nostro mestiere non consiste solo nel raccontare come i giudici hanno letto e leggono le disposizioni, ma consiste soprattutto nel proporre ai giudici norme corrette e nel criticarli quando non prestano ascolto ai nostri suggerimenti.

Ciò nondimeno al diritto giurisprudenziale o vivente deve essere accordata una qualche normatività: la decisione giudiziale che s'inserisce in una linea preesistente di *precedents* beneficia di una presunzione di legittimità. Il complesso delle pronunce passate deve esercitare una naturale (e salutare) forza di attrazione nei confronti delle pronunce future. E una giurisprudenza che, in modo incoerente, trattasse diversamente casi analoghi e in modo uguale casi diversi, metterebbe a repentaglio la propria legittimazione oltre che il valore fondamentale incorporato dal principio di uguaglianza. Tuttavia, il vincolo proveniente da *ciò che è stato* non è assoluto: e adempiendo a un impegnativo onere argomentativo è possibile che *ciò che sarà* se ne discosti. Come già ho detto, il diritto giurisprudenziale o vivente è *provvisoriamente vero*, fintantoché non si dimostri che i giudici avrebbero dovuto elaborarlo in maniera diversa. Questa dimostrazione può richiedere anche del tempo prima che tutti, o quasi, si convincano della sua efficacia, ma questo fa parte del nostro gioco³⁹.

³⁹ E dunque, come per le teorie scientifiche, può essere controverso se l'opera di falsificazione abbia centrato il bersaglio oppure no e taluni, anche numerosi, anche la maggioranza, possono ritenere che invero il tentativo di falsificazione non è riuscito a dimostrare l'inesattezza della

Chi fa il nostro lavoro di studiosi non può rinunciare all'ideale regolativo di un progresso delle scienze giuridiche, all'idea che possa e debba esserci un avanzamento della conoscenza giuridica. E ciò che scandisce questo progresso, e che eventualmente lo innesca, è la dialettica costante tra dottrina maggioritaria e minoritaria. Spesso questa distinzione è letta come se fosse quella tra ciò che è buono e ciò che è cattivo. Nella percezione diffusa far parte della dottrina minoritaria non è un particolare titolo di merito. Tuttavia è un approccio profondamente sbagliato e antiscientifico: una dottrina nuova e originale è, per definizione, minoritaria. Spesso chi si allinea con la posizione maggioritaria è perché non ha nulla di nuovo e di originale da proporre.

13. *Da Crisafulli a Dworkin*

Ancora però non ho risposto alla domanda iniziale: cioè se esistano norme vere e false, interpretazioni giuste e sbagliate e quale sia il modo per distinguerle.

teoria o proposizione criticata. Nel caso delle teorie scientifiche questa dimostrazione potrà dirsi acquisita solo quando la comunità scientifica avrà abbandonato, in larga maggioranza, la teoria. Quest'abbandono potrà essere repentino e netto o graduale e controverso, ma in ogni caso la falsificazione potrà dirsi riuscita soltanto quando la teoria falsificata sarà totalmente ignorata o rimarrà *in auge* in settori marginali della comunità scientifica. Per certi versi lo stesso può dirsi delle teorie giuridiche (e delle affermazioni che queste fanno circa l'esistenza di questa o quella regola). La dottrina potrà falsificarne le relative proposizioni e contestare, con argomenti corretti, che questa o quella regola affermata dai giudici esiste veramente: in ogni caso tale falsificazione potrà dirsi compiuta solo allorché al tentativo dottrinale di falsificazione seguisse un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale.

Sul punto trovo convincente l'impostazione di Vezio Crisafulli e Ronald Dworkin. L'accostamento potrà sembrare strano, ma ho l'impressione che i due dicano sostanzialmente la stessa cosa.

Crisafulli elabora la distinzione tra disposizione e norma, però non dice mai che è la "discrezionalità", ossia la libertà di scelta del giudice/interprete, il criterio per elaborare le norme. Al contrario scrive che il significato normativo delle disposizioni «dev'essere tratto dalla formula testuale in relazione con l'ordinamento normativo complessivo, e cioè con tutte le altre norme, prodotte dalle più diverse fonti, che, ad un momento dato, lo costituiscono. La disposizione contenuta nell'atto (come formula o complesso integrato di formule inserite nell'articolato) è perciò soltanto una delle componenti della norma, che dall'atto trae, bensì, origine e fondamento, ma solo in parte il significato ad essa attribuibile nella sua connessione con le altre vigenti e alla stregua dei principi che conferiscono coerenza e dignità di sistema al diritto oggettivo»⁴⁰.

Da un lato quindi si ribadisce la differenza ontologica tra disposizione e norma, perché la prima è «soltanto una delle componenti» della seconda; dall'altro s'individua la componente mancante nel ruolo condizionante che tutte le altre norme e principi vigenti esercitano sul processo interpretativo: la fisionomia della norma, dunque, non è (o non *deve essere*) plasmata dalla discrezionalità soggettiva, dalla libertà di scelta dell'interprete (nel quadro delle possibilità offerte dallo "schema aperto" della disposizione), ma deve scaturire dall'incontro logico tra la disposizione interpretanda e l'ordinamento complessivo in cui s'inserisce. E difatti, secondo Crisafulli, la «norma vivente (...) potrebbe anche dirsi la norma-

⁴⁰ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 207.

ordinamento, poiché su di essa direttamente o indirettamente si riflette, determinandone il significato attuale, l'intero sistema normativo, nella sua astratta oggettività, ed anche, in certa misura, nella effettualità del suo concreto realizzarsi»⁴¹. Ovviamente, qui Crisafulli, più che descrivere quello che accade in un ordinamento dato, prescrive quello che *dovrebbe* accadere. L'ipotesi della "norma-ordinamento" è il vademecum del bravo interprete e, dal punto di vista interno, il solo modo di giustificare la correttezza delle norme dinanzi ai partecipanti alla pratica giuridica.

Dworkin non esprime un punto di vista diverso. Solo aggiunge due elementi ulteriori: 1) in ciascuna norma deve riflettersi, sì, la totalità dell'ordinamento, ma questo comprende anche un'idea riguardo a valori politici fondamentali come la libertà, l'uguaglianza, la sovranità popolare, ecc.; 2) solo un essere sovrumano – Hércules – ha la capacità di elaborare ogni norma in modo da riflettere compiutamente e correttamente la totalità unitaria dell'ordinamento: tutti coloro che non sono Hércules, cioè gli esseri umani comuni, non possono esibire questa certezza. Questo significa che debbono rinunciare allo sforzo erculeo di elaborare norme corrette? Nient'affatto. Semmai significa che le loro interpretazioni e teorie interpretative circa il significato di questa o quella disposizione sono sempre falsificabili (da interpretazioni migliori). Mentre le norme elaborate da Hércules sono vere per definizione, quelle elaborate da noi altri sono invece sempre suscettibili di confutazione. Come si vede, la differenza è nelle presunzioni di fondo: di Hércules si presume che abbia sempre ragione, di noi si presume che possiamo avere torto. Ma ovviamente non si può escludere a priori la possibilità dell'interpretazione perfetta, quella che riesce a resistere a ogni tentativo di smentita.

⁴¹ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., 207.

14. *Una dottrina pura della forma di governo?*

Gino Scaccia e Giuseppe Verde scrivono, rispettivamente, che il mio libro contiene una sorta di “dottrina pura della forma di governo” e che è un saggio di “diritto costituzionale puro”. Se la purezza è intesa in senso kelseniano, il rilievo non è condivisibile. Al contrario, sulla scia di Dworkin io sostengo che l’argomentazione giuridica e inscindibile dall’argomentazione morale: l’interpretazione costituzionale deve onorare i testi, senza disonorare i principi di “moralità politica” in essi incorporati.

Difatti, talvolta nella nostra opera interpretativa (che è elaborazione di norme sulla base di disposizioni) non possiamo fare a meno di riferirci ad “argomenti sostanziali di moralità politica”⁴². Questo è particolarmente vero per il diritto costituzionale, i cui complessi problemi ermeneutici possono richiedere ascese concettuali vertiginose fino alle atmosfere rarefatte della teoria democratica⁴³. Ad esempio, nel libro ci sono interi capitoli dedicati a concetti come la “separazione dei poteri” e la “rappresentanza politica”: ciò nel convincimento che anche un problema interpretativo particolare, qual è quello legato al significato della controfirma ministeriale nel nostro ordinamento costituzionale, non possa fare a meno di lambire questioni teoriche generali di filosofia politica.

Nel mio libro cerco di dimostrare come la mia interpretazione onori i testi senza disonorare i retrostanti principi di moralità politica. Però il riferimento agli “argomenti sostan-

⁴² R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts-London, 2006, trad. ital. *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, *passim*.

⁴³ Non è la prima volta che sostengo questa tesi: mi sia concesso rinviare a O. CHESSA, *Cos’è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, I, 2008, 41, spec. 60, 62.

ziali di moralità politica” risponde soltanto allo scopo di mostrare come essi non siano di ostacolo alle soluzioni interpretative che propongo. Non deduco dottrine costituzionali da astratte teorie sull’essenza della democrazia. Il metodo che seguo è diverso: *prima* mi paro dinanzi alla lettera delle disposizioni e *dopo* mi accerto che la mia lettura non sia contraddetta da quello che esigerebbe una teoria democratica correttamente ricostruita⁴⁴.

E dunque, se per «dottrina pura della forma di governo» s’intende la separazione tra diritto e morale (politica), la mia dottrina non è certo “pura”.

Se invece con questa formula si fa riferimento – ancora una volta – alla distinzione tra *regole* e *regolarità*, ossia alla distinzione tra norme costituzionali (ricavate da disposizioni costituzionali anche coll’ausilio di “argomenti di moralità politica») e convenzioni/consuetudini affermatasi in via di fatto grazie all’operare degli attori politico-istituzionali, non c’è alcun dubbio che la mia interpretazione aspiri alla “purezza”: le convenzioni e le consuetudini non sono materiali con cui possiamo costruire norme costituzionali *enforceable*.

Come segnalo in più punti del libro, mutuo questa tesi soprattutto da Albert Venn Dicey e dalla sua ormai classica distinzione tra *laws of the Constitution* e *conventions of the Constitution*. Le prime sono «rules (...) enforced by the courts» e costituiscono il diritto costituzionale propriamente

⁴⁴ Mi sembra che questo modo di procedere sia antitetico rispetto a quello seguito, consapevolmente o inconsapevolmente, da coloro che da un’astratta teoria democratica deducono la necessità che il Capo dello Stato sia organo di garanzia costituzionale (e che la controfirma abbia carattere polifunzionale). Come ho già detto, a mio parere chi segue quest’ultimo metodo lo fa pagando un prezzo salatissimo, poiché deve ridimensionare oltre il consentito il significato che può trarsi dall’art. 89 della Costituzione.

inteso (*constitutional law in the proper sense*); le seconde, invece, sono convenzioni, abitudini, pratiche, ecc. «which are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts»⁴⁵.

Quali argomenti porto per sostenere l'irrelevanza giuridica di siffatte *regolarità*? Ne offro due in particolare, uno di teoria dell'interpretazione costituzionale e l'altro di teoria generale della costituzione.

Per quanto concerne il primo, non è chiaro che tipo di operazione sia quella tramite la quale si desumono norme costituzionali da pratiche convenzionali e consuetudinarie. Quando interpretiamo testi per ricavarne norme il campo d'indagine è circoscritto. Sappiamo da dove dobbiamo partire: dobbiamo attribuire significati ai segni neri tracciati su un foglio bianco, cioè alle parole di un documento contenente scritte. Ovviamente è frequente che ci siano divergenti ascrizioni di significato: ma rimane fermo – se un dato documento scritto è diffusamente riconosciuto come la “Costituzione” – che tutti dobbiamo fare riferimento al medesimo testo, composto dei medesimi segni. C'è, quindi, un fatto sociale obiettivo e incontrovertibile, che convive con la differenziazione (più o meno spiccata) delle pratiche ermeneutiche. Nel caso delle convenzioni/consuetudini costituzionali qual è il fatto sociale obiettivo che dobbiamo interpretare? Il comportamento degli attori politico-istituzionali è un *continuum* indistinto, in cui ritroviamo, confusamente mescolati, numerosi gesti, comportamenti, credenze, aspettative: questa realtà complessa può essere riguardata sotto diversi profili, ciascuno dei quali può isolare e delimitare sezioni diverse di mondo. Come le forbici di un sarto possono ritagliare da un medesimo tessuto pezzi di stoffa di

⁴⁵ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), London, 9th ed. (1952), 23 ss.

diversa forma e dimensione, alcuni dei quali verranno usati per confezionare l'abito mentre altri finiranno tra gli scampoli inutilizzati, allo stesso modo lo sguardo dell'osservatore può ritagliare dal mondo degli accadimenti politico-istituzionali porzioni diverse di realtà e considerare talune rilevanti e altre meno: ebbene, questo giudizio preliminare di rilevanza degli accadimenti politico-istituzionali è ben più complesso del giudizio diretto ad accertare quale sia, e se vi sia, il documento costituzionale. Prova ne è che non ci sono due costituzionalisti che concordano sull'individuazione delle medesime consuetudini costituzionali⁴⁶.

Insomma ricavare norme da fatti sociali non circoscrivibili obiettivamente è ben più arduo e aleatorio che ricavarle da testi scritti obiettivamente identificabili. Sicché, alla fine, in questo caso per elaborare norme non basterà registrare e narrare fatti, ma si dovrà argomentare a fondo la correttezza dell'operazione che inferisce norme da fatti, attingendo inevitabilmente e in modo ancora più massiccio a quegli "argomenti sostanziali di moralità politica", cui si faceva cenno prima. Anzi, a ben vedere, più che da fatti obiettivamente rilevati, le norme costituzionali asseritamente consuetudinarie saranno tratte direttamente dai suddetti argomenti di moralità politica⁴⁷.

⁴⁶ Come dimostra R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, 38 ss., convinto – a ragione – che non esistono le consuetudini costituzionali.

⁴⁷ Per quanto riguarda il caso "Mancuso", risolto dalla sentenza n. 7 del 1996 e richiamato da G. VERDE, *Quali materiali giuridici dobbiamo utilizzare per lo studio della forma di governo?*, cit., devo dire che trovo del tutto superfluo il riferimento, operato dalla Corte, alle consuetudini costituzionali. E neanche c'è bisogno, per elaborare la norma che consente la discussione e la votazione di una mozione di sfiducia individuale, di riferirsi all'interpretazione logico-sistematica dei principi di fondo del governo parlamentare. La ragione è semplice: questa norma

15. La Costituzione e le sue integrazioni e modificazioni

Vengo infine al secondo argomento contro l'ipotesi che norme costituzionali siano tratte da convenzioni e consuetudini.

È un argomento che riposa sul piano della teoria costituzionale e che può introdursi con questa domanda: una costituzione scritta acconsente alla propria integrazione per vie diverse da quelle previste dalle sue disposizioni? La mia risposta è no. Non è logicamente sostenibile, infatti, che abbiamo a un tempo il dovere di obbedire a una data costituzione (la quale indichi una sola via per le sue modificazioni e integrazioni) e il dovere di applicare come norme costituzionali talune regole che si sono formate secondo modalità differenti da quelle prescritte costituzionalmente⁴⁸. Insomma non possiamo essere destinatari di comandi e obblighi contraddittori; non si può ragionevolmente pretendere che, allo stesso tempo, facciamo una cosa e il suo contrario: o dobbiamo seguire i precetti costituzionali, ivi compresi quelli che disciplinano le modalità di revisione e integrazione del documento costituzionale, oppure dobbiamo seguire

può agevolmente trarsi dall'art. 95, comma secondo, a mente del quale «i ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri».

⁴⁸ Diverso è il caso di norme che pur apparendo *prima facie* estranee al testo siano cionondimeno ricondotte in via interpretativa alle sue disposizioni. In tal caso il problema non sarà quello di stabilire se siano provviste oppure no di un fondamento convenzionale extracostituzionale, bensì quello di accertare la correttezza delle interpretazioni che ne hanno consentito l'enucleazione. E ancora diverso è il caso in cui siano enucleate sulla base di pronunce giudiziali passate, quale esito scaturente da linee di *precedents* più o meno articolate: anche in questo caso il loro fondamento non sarebbe direttamente convenzionale, ma pur sempre riferibile a *sources*, fonti normative previste dalla Costituzione.

convenzioni e consuetudini costituzionali che, pur non essendo contemplate dal testo costituzionale, pretendono tuttavia d'integrarlo⁴⁹.

Certo, può darsi il caso che una costituzione scritta non escluda né consenta espressamente la propria integrazione convenzionale e consuetudinaria. Tuttavia, non solo è difficile immaginare una costituzione priva di un procedimento per la propria modifica e integrazione ovvero priva di qualsiasi disciplina circa la propria modificabilità o immutabilità, ma è altresì una verità concettuale che una costituzione voglia operare come legge fondamentale, come lo strato più alto di diritto, *higher law* di una comunità politica: perciò aspira sempre all'esclusività della propria disciplina, pretendendo di stabilire le condizioni della propria integrazione. E dunque, laddove non prevedesse espressamente alcuna disciplina circa la propria revisione, se ne dovrebbe presumere logicamente l'immutabilità⁵⁰.

⁴⁹ Ciò non toglie, però, che il dovere di seguire la costituzione possa descriversi in termini convenzionali: quindi la norma fondamentale, per usare la terminologia di Kelsen, o la norma di riconoscimento, per usare quella di Hart, possono raffigurarsi alla stregua di una *convention*, come cerco di argomentare in O. CHESSA, *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, in *Diritto & Questioni pubbliche* (www.dirittoequestionipubbliche.it), fasc. 10/2010.

⁵⁰ Nella sostanza condivido la tesi di A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, CEDAM, 1996, ora in ID., *Potere costituzionale, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, CEDAM, 2002, 11 ss., secondo cui «la rigidità è carattere “naturale” delle costituzioni scritte». E se il documento costituzionale è «un atto in sé e per sé “superiore”», allora «ne consegue che tale “speciale” atto costituzionale, essendo “incommensurabile” rispetto agli (e da parte degli) atti di legislazione ordinaria, non può da questi essere modificato, in nessuna sua parte, a meno che espressamente la costituzione stessa non autorizzi in tal senso il legislatore ordinario».

16. Interpretazione costituzionale e “principio di realtà”

Il metodo interpretativo prescelto e l'esito cui pervengo nel libro producono una «marginalizzazione del principio di realtà»?⁵¹

Devo confessare che mi sfugge il senso di quest'obiezione. Se si riferisce alla presenza di una distanza incolmabile tra le norme che propongo e la realtà politico-istituzionale cui si rivolgono, è mal posta, perché in realtà non ci giurerei che la prassi corrente – per quel poco che possiamo sapere della stessa – non corrisponda già alla dottrina dell'atto complesso. Tra l'altro studi accreditati di scienza politica ormai trattano il PdR come un attore politico tra gli altri, ossia come un soggetto la cui attività incide inevitabilmente sugli equilibri delle *politics* e sui contenuti delle *policies*, senza che assuma rilievo apprezzabile «l'astratta opposizione concettuale fra politica (parzialità) e non-politica (imparzialità)», poiché «per la scienza politica empirica (...) la politicità delle istituzioni rappresentative (e il Presidente della Repubblica è una carica elettiva, sebbene indiretta) è un fatto immanente»: sicché «si può discutere e il grado e il tipo di politicità, ma non la sua presenza in termini assoluti»⁵².

C'è da dire inoltre che non è scontato che questa incidenza del PdR sulle *politics* e sulle *policies* sia valorizzata più dalla dottrina dell'atto complesso che non da quella dell'atto composto. Può darsi il caso, infatti, che sia proprio la disponibilità esclusiva di “atti sostanzialmente presidenziali” ad aprire a favore del PdR ampi spazi politici di

⁵¹ Come sostiene G. SCACCIA, *I limiti del costruttivismo interpretativo*, cit.

⁵² Così M. TEBALDI, *Poteri e prassi del Presidente della Repubblica nel sistema politico italiano. Interpretazioni dell'esperienza maggioritaria*, cit.

manovra. Basti pensare all'uso che può farsi della nomina di senatori a vita, soprattutto se si ritiene che *ciascun* PdR possa (unilateralmente) designarne cinque: come correttamente osserva Tebaldi, ciò «conferisce al capo dello stato indubbie possibilità di influenzare gli equilibri in parlamenti a maggioranze risicate e/o poco coese, con ripercussioni altrettanto prevedibili sull'attività dei governi retti da simili maggioranze»⁵³.

Ovviamente può darsi il caso che la mia interpretazione dei poteri presidenziali non corrisponda alla percezione che ne hanno la stragrande maggioranza degli attori politici e lo stesso PdR. E può darsi il caso che, nel momento presente, gli “effetti politici” delle attività presidenziali siano tanto più tollerabili dal sistema politico quanto più siano rappresentabili come l'esito di una funzione di controllo diretta ad assicurare il rispetto di norme costituzionali. Mi chiedo, però, se tutto questo possa o debba avere rilievo per l'interpretazione costituzionale: e la mia risposta è no.

⁵³ M. TEBALDI, *Poteri e prassi del Presidente della Repubblica nel sistema politico italiano*, cit.