



Roma Tre, 20 settembre 2013

***Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali***

Il seminario annuale del “Gruppo di Pisa” con i dottorandi delle discipline giuridiche

FRANCO MODUGNO

**APPUNTI SU ALCUNE RICERCHE DOTTORALI DEDICATE ALLE “FONTI DEL DIRITTO”**

**1. Dott.ssa Anna ALBERTI, Univ. di Firenze: *La delegazione legislativa tra modelli e prassi***

Dei tre obiettivi che si propone la ricerca: 1) l'analisi dei <<nodi dogmatici>> in tema di delegazione legislativa; 2) la discussione sulla tesi crisafulliana della “chiusura” del sistema delle fonti primarie; 3) il rapporto tra costruzioni dogmatiche e svolgimenti della prassi; i primi due sono egregiamente e pienamente raggiunti. Il terzo meriterebbe qualche ulteriore riflessione.

È un fatto che le prassi o esperienze costituzionali in tema di delegazione legislativa, mentre sono state oggetto di numerose critiche da parte della dottrina con riferimento alla loro conformità al modello costituzionale, sono state sostanzialmente “giustificate” dalla giurisprudenza costituzionale, pur muovendo da assunti almeno apparentemente condivisi.

Di qui, i due primi obiettivi si fondono, per così dire, in una fondamentale domanda: <<il modo in cui la dottrina (maggioritaria) e la giurisprudenza della Corte intendono la delegazione legislativa è una interpretazione *corretta* delle disposizioni costituzionali?>>.

Dalla tesi tosariana secondo la quale, in presenza di una costituzione rigida, la delegazione legislativa va intesa come *eccezione* (se positivamente prevista) alla regola della esclusione del trasferimento di una competenza assegnata ad un organo ad altro organo, è facile passare alla tesi più generale della inderogabilità o indisponibilità delle competenze costituzionalmente previste. *Ciò che non è costituzionalmente previsto è vietato*.

Come si spiega allora la tesi dominante in dottrina e in giurisprudenza del *doppio fondamento di legalità* della competenza legislativa dell'organo delegato? <<Sia il precetto costituzionale dell'art. 76 sia la norma delegante costituiscono la fonte da cui trae legittimazione costituzionale la legge delegata>> (sent. n. 3 del 1957). È sostenibile questa tesi? Non è in contraddizione con il principio di inderogabilità delle competenze? Ma <<se la legge di delega non è [anch'essa] il fondamento del rapporto di delegazione, allora a cosa serve?>> (p. 5). Kelsenianamente, soltanto la Costituzione costituisce il “fondamento di validità” dei decreti legislativi. E se anche <<la legge fosse fondamento di validità ben potrebbe autonomamente aggiungere altre condizioni (di validità) le quali, al pari di quelle costituzionalizzate, s'imporrebbero al Governo>> (p. 6). Una risposta sensata sarebbe che <<la legge di delegazione non è *fondamento* bensì *condizione di validità* dei decreti legislativi: e precisamente, è condizione di validità del singolo atto d'esercizio della competenza costituzionalmente riconosciuta al Governo>> (p. 6), ovvero <<presupposto che condiziona l'esercizio dei poteri delegati del Governo e ne delimita lo svolgimento della relativa funzione>> (sent. n. 224 del 1990).



Ora, *non mi pare* che la tesi “fondamento (Costituzione) – condizione di validità (legge di delega)” possa essere risolutiva nell’escludere l’ammissibilità dei c.d. limiti ulteriori. È proprio così difficile riconoscere che i c.d. limiti ulteriori sono inclusi nei “principi e *criteri* direttivi>> (di cui all’art. 76 Cost.)? In questo senso i limiti posti al singolo decreto dalla “sua” legge di delega non sarebbero mai propriamente “ulteriori”. Non ci sarebbe bisogno cioè di sostenere che la legge di delega <<potrà conformare a proprio piacimento la fisionomia del decreto delegato, prevedendo nei confronti del potere governativo limiti ben più ampi di quelli che si ricavano direttamente dal dettato costituzionale>> (p. 7).

In ogni modo, con la tesi lavagnana delle “norme interposte” (pur nella sua ambiguità) il decreto delegato in contrasto con la “sua” legge di delega, violerebbe (indirettamente) gli artt. 76 e 77 Cost. Conseguenza accolta dalla dottrina successiva e dalla giurisprudenza costituzionale. Ambigua, perché logicamente limiti diversi da quelli costituzionalmente previsti non dovrebbero valere nei confronti dei decreti delegati (p. 8). Ma v. la recente sentenza n. 33 del 2011 che parla di <<limiti ulteriori – e non meno cogenti – rispetto a quelli fissati dall’art. 76 Cost.>>.

Inoltre, se il decreto legislativo è atto avente forza di legge – e lo è – esso è, per ciò stesso, sindacabile dalla sola Corte costituzionale (è il secondo motivo posto in evidenza fin dalla sent. n. 3 del 1957, e accolto in dottrina, per es. da L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 217-218). Altrimenti, la violazione dei limiti ulteriori sarebbe sindacabile dal giudice comune (tesi di S. M. CICCONE, *I limiti “ulteriori” della delegazione legislativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 611 ss.).

Del resto i limiti costituzionali sono *minimi essenziali* e non *massimi tassativi*, poiché l’art. 76 *non dice* che <<principi e criteri direttivi>>, <<tempo limitato>> e <<oggetti definiti>> sono le *sole* condizioni di validità del decreto delegato (della delegazione dell’<<esercizio della funzione legislativa>>). Certo, si dovrebbe aderire alla tesi generale – che io preferisco – secondo la quale *ciò che non è costituzionalmente vietato* (o imposto) è *permesso*.

Poiché, a questo punto, la tesi del doppio fondamento di validità del decreto delegato è associata alla mia tesi della legge di delegazione come fonte sostanzialmente costituzionale, vorrei fare una breve considerazione.

Poiché le regole costituzionali, anche in costituzione flessibile, fissano un limite al potere legislativo, secondo la migliore tradizione del costituzionalismo (la Costituzione come limite al potere politico) e secondo la stessa concezione kelseniana (la costituzione in senso sostanziale come limite della legislazione), e poiché la materia della produzione normativa (e della legislazione) è, *per definitionem*, “materia costituzionale”, anche le leggi ordinarie, in quanto vertenti su materia costituzionale, possono porre limiti non solo formali, ma anche sostanziali ad altri atti normativi. In particolare la legge di delega (purché sia costituzionalmente valida, nel rispetto dei requisiti essenziali stabiliti dall’art. 76 Cost.) può non invalidamente porre condizioni di validità con riferimento al “suo” o ai “suoi” decreti legislativi.

La dott.ssa Alberti ritiene che il mio pensiero sia, in seguito, <<in parte trasformato>> (p. 11), ammettendo cioè che la disciplina della legislazione primaria *sia* riservata alle fonti costituzionali; ciò che sarebbe vero, solo se la Costituzione e le leggi costituzionali presentassero una disciplina completa e chiusa delle fonti legislative primarie. Il che non è. Per es. le norme sulla promulgazione e pubblicazione delle leggi sono contenute in leggi ordinarie. Il solo vero divieto che risulta dalla Costituzione è che si possano con legge istituire (altri) tipi di atti primari governativi concorrenziali con la legge ordinaria (art. 77 al. Cost.: <<Il governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria>>), e salva l’eccezione dei decreti-legge subito dopo disciplinata); ma non che per es. la legge di delega non possa prevedere altri limiti di validità per il “suo” decreto delegato. Fonti primarie extra-governative ben potrebbero essere previste e regolate dalla legge, sulla base di disposizioni costituzionali (v. per es. art. 33 u.c. Cost.: <<Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello



Stato>>, art. 8 Cost. per gli statuti delle confessioni religiose diverse dalla religione cattolica, etc., per non parlare poi dell'art. 7 Cost.).

La dott.ssa Alberti conclude che <<se si accetta il “correttivo” proposto da Modugno (che in qualche modo giustifica la tesi del doppio fondamento di validità), in ogni caso *non tutti i “limiti ulteriori”* prescritti dalla legge di delegazione *potranno considerarsi validi*. Il legislatore delegante non potrà prescrivere limiti *integrativi* rispetto a quelli previsti direttamente dalla Costituzione, che *trasformino* il “tipo” di fonte primaria governativa (*rectius*: che *creino* una nuova fonte primaria governativa)>> (p. 13). Il che è, a mio avviso, esatto e condivisibile, purché si stabilisca quando il *limite integrativo sia tale da trasformare in radice il tipo di fonte primaria governativa*, ovvero di creare un nuovo tipo di decreto legislativo.

*Quali* sono stati allora questi *limiti ulteriori* che avrebbero determinato <<una vera e propria trasformazione, affermando un modello diverso da quello costituzionalmente prescritto>>?

Si può dire che la richiesta di pareri parlamentari sugli schemi dei decreti delegati rappresenti un limite ulteriore di tale portata?

Occorre distinguere tra pareri meramente obbligatori (molto frequenti) e pareri vincolanti (rari). Un esempio: nell'art. 7 della l. n. 81 del 1987: *Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*, che prevedeva disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dagli artt. 2 e 3 *su conforme parere della commissione* prevista dall'art. 8).

Altri esempi esaminati. Deleghe alla *redazione di testi unici* e al riassetto normativo (utilizzo frazionato della delega, adozione di decreti integrativi o correttivi).

Delegificazioni e testi unici (c.d. codici di settore).

Testi unici compilativi e testi unici innovativi. (*contra* Tosato, Esposito). Ma qui il problema non è quello della prefigurazione di un nuovo tipo di decreto legislativo, ma l'altro della possibilità di ritenere corretta o scorretta (ovvero utile o inutile) l'adozione di testi unici meramente compilativi.

Legge di semplificazione del 1999: tre tipi di t.u.: 1) per gli atti legislativi; 2) per gli atti regolamentari; 3) *misti* (trasformazione delle disposizioni regolamentari in disposizioni legislative? Oppure delegificazioni delle disposizioni legislative?)

Legge di semplificazione n. 246 del 2005. Delega per l'adozione di un decreto rivolto a salvare determinate norme dalla abrogazione generalizzata di tutte le disposizioni legislative anteriori al 1970. La creazione di una fonte meramente ricognitiva (se le disposizioni “salvate” *conservano* la vigenza originaria) non priva il decreto delegato dalla sua forza di legge? E l'ipotesi non è assimilabile a quella di testi unici meramente compilativi (se si ammettono)?

Domanda finale: in quale di questi esempi può ravvisarsi la creazione (illegittima) di un nuovo tipo di atto legislativo governativo?

## **2. Dott.ssa Manuela SALVAGO, Univ. di Pisa: *La potestà concorrente tra modelli teorici ed evoluzioni delle pratiche interpretative.***

L'obiettivo principale della tesi è quello di mostrare quale sia stato il cambiamento nel riparto di competenze statali e regionali a seguito della riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione.



Un cambiamento radicale, poiché il modello anteriore alla riforma è un “modello elastico” di riparto normativo, mentre il modello della riforma, per quanto riguarda il mantenuto sistema delle competenze concorrenti con riferimento a determinate materie elencate nel terzo comma dell’art. 117 Cost., è un modello incentrato su una *duplice riserva di competenze*: allo stato <<la determinazione dei principi fondamentali>>, alle Regioni <<la potestà legislativa>>.

Anche prima della riforma, la tesi della riserva, ossia della separazione delle rispettive competenze era stata avanzata, specie durante il periodo di vigenza della “legge Scelba” che prevedeva la precedenza delle leggi statali “di cornice” rispetto alle leggi regionali “di dettaglio”, ma poi è prevalsa la tesi della *preferenza delle competenze*, la quale, da un lato, consentiva allo Stato di sconfinare nella sfera di competenza regionale con *norme di dettaglio cedevoli* a fronte dell’intervenuta adozione di legge regionale; e, dall’altro, consentiva alla *Regione di legiferare anche in assenza di principi fondamentali* posti dallo Stato, salva la sopravvenienza di leggi cornice. La tesi del riparto elastico fu favorita dalla esperienza in atto delle Regioni speciali in cui la tesi della separazione non era stata verificata, ma soprattutto dal ruolo del limite dell’ “interesse nazionale” nella interpretazione sostenuta dalla Corte costituzionale.

Ora, secondo la dott.ssa Salvago, <<ad inficiare il funzionamento di questo modello di competenza concorrente hanno fortemente contribuito la persistente indeterminatezza dei confini della potestà legislativa dello Stato in relazione alla disciplina dei principi fondamentali delle materie, a cui non è riuscita a porre rimedio nemmeno la stessa Corte costituzionale; ed il continuo ricorso da parte del legislatore statale all’interesse nazionale, al fine di limitare la competenza legislativa delle Regioni, sottraendole “pezzi” e riducendola, il più delle volte, ad una potestà meramente esecutiva>> (p. 2-3).

Il nuovo modello – della duplice e reciproca riserva di competenze – tratto sia da argomenti letterali (il nuovo art. 117, 3° co., Cost. parla di <<determinazione dei principi fondamentali, *riservata* alla legislazione dello Stato>>) sia dal significato stesso delle “riserve di competenza” (o “competenze riservate”) <<caratterizzate dalla duplice funzione *i*) di sottrarre determinati “oggetti” alla disciplina di chi è ritenuto idoneo ad occuparsene; *ii*) di affidare la disciplina di tali “oggetti” a chi, invece, viene considerato idoneo e più adatto a regolarli>> (p. 4), comporterebbe che <<nessuno dei due legislatori potrebbe accedere all’area attribuita in via esclusiva all’altro, come avveniva in passato>>, per cui <<non sarebbe più legittimo né il dettaglio statale “cedevole”, né che le Regioni, in assenza assoluta di principi stabiliti dallo Stato, amplino la propria sfera di competenza in attesa che quest’ultimo si attivi e vi ponga un limite>> (p. 3).

In linea generale, la tesi è ben argomentata e condivisibile, soprattutto perché confortata da un’attenta e perspicua analisi e interpretazione della giurisprudenza costituzionale (pp. 5-8); anche se si presta ad almeno *tre rilievi*, sempre di carattere generale: 1) la nozione di “riserva” cui si ricorre non è affatto pacifica né in giurisprudenza né in dottrina, essendo notissima e praticata la distinzione tra “riserve assolute” e “riserve relative” (queste ultime senz’altro predominanti) (ma v. in senso esatto, p. 6); 2) il tentativo di irrigidimento delle rispettive e reciproche competenze è innegabile, ma non è sufficiente a dissipare il dubbio che la definizione della competenza regionale dipenda pur sempre in definitiva (per sottrazione) dalla determinazione dei principi fondamentali; 3) che cosa succede se non vi sono disposizioni di principio? Si dovranno desumere in via interpretativa (come accadeva del resto anche prima della riforma) dalla legislazione statale?

Definire la <<riserva regionale>> come <<relativa a tutto ciò che non rientra nella determinazione dei principi fondamentali>> (p. 4) non equivale a dire che lo Stato, fissando i principi, definisce indirettamente l’area della competenza della riserva regionale?

Piuttosto è notevole il rilievo che sebbene <<ciò che rende arduo configurare delle riserve di competenza normativa in capo allo Stato e alle Regioni in forza, rispettivamente, del secondo e del quarto comma dell’art. 117 Cost., è il carattere trasversale di molte di esse, soprattutto di quelle statali>>, <<tuttavia, tale



considerazione non intaccherebbe comunque né la riserva statale di disciplina dei principi fondamentali, né la riserva regionale in ordine a ciò che non rientra nell'ambito di quest'ultima, in quanto si tratta di un *argomento che non può essere affatto trasposto sul piano della competenza concorrente*>>, poiché <<nell'ambito di tale potestà legislativa (...) non si possono dare ipotesi di trasversalità reciproca tra competenze statali e regionali, dal momento che esse vanno ricavate, sulla base dello schema "principio fondamentale – tutto ciò che non lo è", *a partire della medesima materia*>> (p. 4).

Ma allora si tratterà di *limitare con rigore l'ambito di competenza statale* con riferimento ai principi fondamentali. Ed è quello che la dott.ssa Salvago tenta di fare con profitto cercando di individuare <<*le esigenze unitarie*>> che stanno <<*dietro alla riserva dei principi fondamentali*>>, per renderla bensì "impermeabile" dagli interventi regionali, ma per escludere, al tempo stesso, norme statali cedevoli nella materia.

È chiaro, poi, che non essendo stato il legislatore costituzionale – che ha istituito la riserva – ad identificare gli oggetti di competenza statale, tale compito *non potrà non spettare alla Corte costituzionale* (p. 9). Insoddisfacente sarebbe persino <<l'idea di una di co- legislazione tra i due soggetti coinvolti nel riparto>> (*ibidem*), rispettivamente un Senato delle Regioni e la Camera, dal momento che <<l'individuazione dei confini della potestà normativa statale (...) verrebbe pur sempre rimessa al legislatore centrale>> (p.10) nell'ovvio mantenimento, nella specie, del bicameralismo paritario; e che una eventuale legge in proposito sarebbe pur sempre impugnabile davanti alla Corte.

Ma la linea di confine tra le due riserve dovrà essere tracciata o identificando in astratto "pezzi" di materia (ambiti materiali sufficientemente precisi) coperta dalla riserva statale (come è già avvenuto ad es. nella giurisprudenza costituzionale, dal 2003 in poi, sulle "professioni", spettando allo Stato l'individuazione delle figure professionali, la disciplina dei titoli necessari per l'esercizio delle professioni e l'istituzione di nuovi e diversi albi rispetto a quelli già istituiti dalle leggi statali; o in quella, sempre a partire dal 2003, relativa alla "tutela della salute", in cui sono riservati alla legge statale gli <<standard di protezione dall'inquinamento elettromagnetico>>, ossia i <<limiti di esposizione>>, i <<valori di attuazione>> e gli <<obiettivi di qualità>>, intesi come <<valori di campo definiti "ai fini della progressiva minimizzazione dell'esposizione">> alle emissioni elettromagnetiche), ovvero, *più plausibilmente* (seguendo l'indicazione della sent. n. 274 del 2003, in cui si afferma che <<nel nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato [è] pur sempre riservata una posizione peculiare>> (ex art. 5 Cost.) <<desumibile anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come *limiti di tutte la potestà legislative* e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120, comma 2)>>) assegnando allo Stato <<la funzione di garante dell'unità dell' ordinamento>>, con la conseguenza di <<ritenere di esclusiva spettanza statale quelle "parti" di ciascuna materia che esigono *uniformità di disciplina in tutto il territorio nazionale*>> (p. 11).

Di qui, il pregio della ricerca della dott.ssa Salvago, volta ad individuare nella giurisprudenza costituzionale gli <<indici "oggettivi" rivelatori delle istanze unitarie>> (p. 11 ss.) nelle due ipotesi in cui, nell'ambito di una determinata materia, si sia reso necessario operare <<bilanciamenti tra diritti o tra interessi costituzionali>>, ovvero <<garantire uno o più diritti costituzionali su tutto il territorio>>; e di agganciare tali istanze o esigenze unitarie all'attuazione dei principi e diritti costituzionali su tutto il territorio nazionale *in relazione alle materie di competenza concorrente*>> (p. 14).

Ora, al fine di assicurare che <<il giudizio sulla sussistenza delle esigenze di unitarietà della disciplina di una determinata materia non venga abbandonato alla discrezionalità del legislatore centrale>>, è utile ricorrere al *test di proporzionalità* <<in modo che il legislatore statale, nel determinare i principi fondamentali, si limiti a disciplinare *solo quanto strettamente necessario* a soddisfare le esigenze di unitarietà (...) lasciando, per il resto, spazio al legislatore regionale>> (p. 15). In fine, alla questione se <<i test relativi alla sussistenza di esigenze



unitarie e di proporzionalità>> siano <<compatibili con la riserva di competenza>>, la risposta è positiva, anche se <<i>“test” proposti (...) consentirebbero di identificare la sfera normativa assegnata al legislatore statale solo dopo che quest’ultimo abbia legiferato>>; insomma <<la peculiarità di questa riserva (...) consisterebbe nel fatto che il legislatore regionale non potrebbe legiferare prima che lo Stato abbia dettato i principi fondamentali della materia (*ibidem*).

Domanda finale: si torna così alle “leggi cornice”, ovvero i principi fondamentali possono desumersi dalla legislazione statale vigente?

### **3. Dott. Marsid LAZE, Univ. di Roma “La Sapienza”: *Decisione di spesa, principio democratico e revisione della Costituzione repubblicana***

Dopo un’ampia e ben condotta trattazione sulla “nascita del diritto del bilancio” e sulla “influenza determinante” della Rivoluzione francese sulla “natura della decisione di bilancio”, <<quando il potere di spesa fu disciplinato in modo reciso fin dall’inizio e (...) a livello di testi costituzionali>> (p. 4), il dott. Laze avanza l’ipotesi che <<la natura della decisione di bilancio venne plasmata come esito di un compromesso tra la classe egemone e la classe subalterna>> (p. 9), ossia come <<incontro della volontà della classe che era divenuta Stato, con la classe che dallo Stato era rimasta esclusa>> (p. 11).

Di qui la legalizzazione del compromesso all’interno del potere politico <<e più precisamente nel seno degli organi rappresentativi. E siccome la funzione primigenia e più qualificante della rappresentanza è quella di coordinare e controllare le entrate e le spese dello Stato, ecco che la decisione di bilancio si intreccia inestricabilmente con la questione del suffragio>> (p. 11, e ivi citato l’importante saggio di G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, ) e del suo progressivo allargamento, che <<rende possibile il trasferimento degli interessi di tutte le classi dal piano sociale a quello politico e giuridico>>. Non solo, ma la utilizzazione alternativa <<rispetto al passato>> del <<poderoso strumento>> del bilancio <<creò i presupposti formali e sostanziali per il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale>> (p. 12).

Nel paragrafo 4, dopo aver rilevato che <<l’azione congiunta delle tre componenti principali della globalizzazione – e cioè libertà di movimento dei capitali, dei beni e delle persone – ha avuto (...) rilevanti conseguenze per gli ordinamenti giuridici statali>> e che <<il graduale sviluppo del processo di integrazione comunitario (...) soprattutto a partire dal Trattato di Maastricht>> ha condotto alla <<perdita della sovranità monetaria>> la quale, <<accompagnata dalla libertà di movimento dei capitali>>, ha comportato <<in larga misura anche la perdita della sovranità fiscale>>, il dott. Laze esamina <<l’influenza che tutti questi elementi possono aver esercitato sulla decisione di bilancio degli Stati membri dell’Unione e in particolare, dell’Italia>> (p.13) e, ancora, dopo avere rapidamente ripercorso i passaggi del susseguirsi dei limiti europei (e internazionali: *Fiscal Compact*) apposti alla gestione nazionale della finanza pubblica, osserva, in particolare, che <<un aspetto della riforma (...) non sufficientemente posto in evidenza>> sia rappresentato dal <<progressivo allontanamento della relativa disciplina [della decisione di finanza pubblica] dall’ambito del rapporto Parlamento-Governo verso le istituzioni comunitarie>> con la conseguente <<frattura sempre più evidente di quel rapporto intrinseco che sussiste tra tale decisione e la rappresentanza politica>> e quindi con <<un’intollerabile compressione del principio democratico>> (p. 14).

La revisione dell’art. 81 è riguardata come <<il risultato di questo lungo processo e non invece come imposizione di un particolare atto legislativo europeo>> (p. 18), revisione che, tra l’altro, non si poteva ritenere precisamente obbligatoria, anche se in varia misura, auspicata e “suggerita”.

Con l’introduzione nel testo costituzionale del c.d. principio del vincolo dell’equilibrio del bilancio (art. 81 al. Cost.: <<lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi



avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico>>), ci si può *preliminarmente domandare* se l'ovvia esigenza di <<non spendere più di quanto si ha a disposizione>> <<poteva essere ragionevolmente soddisfatta senza che ci fosse bisogno di una modifica della Costituzione>> (p. 2 dell'*Abstract*); anche per la ricaduta di tale principio sulla qualificazione di "Stato sociale" del nostro ordinamento costituzionale.

La ricerca del dott. Laze si muove intorno a tre osservazioni critiche:

1) *i costituenti non avevano affatto ignorato l'esigenza del pareggio di bilancio*. Essi, per evitare che <<l'iniziativa in materia di bilancio al Parlamento potesse generare una politica di spesa demagogica>> (p. 3), avevano disposto l'esclusività della competenza del Governo (desumibile dal 1° co. dell'art. 81, secondo cui <<le Camere approvano ogni anno i bilanci ed il rendiconto consuntivo presentati dal Governo>>), oltre che l'obbligo per <<ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese>> di <<indicare i mezzi per farvi fronte>> (art. 81 u.c.); e del resto la Corte costituzionale nelle molteplici occasioni in cui ha affrontato la questione interpretativa dell'art. 81 u.c. Cost. aveva ritenuto di desumere da esso un principio di *tendenziale equilibrio* dei bilanci su base pluriennale oltre che su base annuale (v. per es. sent. n. 260 del 1990; e già sent. n. 1 del 1966, con riguardo ai <<limiti che il legislatore ordinario è tenuto ad osservare nella sua politica di spesa, che deve essere contrassegnata *non già dall'automatico pareggio di bilancio*, ma dal *tendenziale* conseguimento dell'*equilibrio* tra entrate e spesa>>).

2) *La ancor più ridotta centralità del Parlamento*: la progressiva perdita del controllo sulla spesa pubblica ridurrebbe il Parlamento <<ad un'aula dove si formalizzano decisioni prese altrove, quando invece *dovrebbe essere il luogo di ricomposizione dei conflitti sociali* e quindi anche delle decisioni sulla quantità e composizione della spesa pubblica>> (p. 3).

3) *La tendenziale rinuncia ad una ulteriore quota della sovranità statale*, dovuta ai principali atti europei (c.d. *Patto europlus*; c.d. *Two Pack*) e internazionali (c.d. *Fiscal Compact*) e ad altre note sollecitazioni (come la lettera del 5 agosto 2011 inviata dal Governatore della BCE al Governo italiano) che hanno suggerito la revisione dell'art. 81 Cost.

Se <<il *Fiscal Compact* aveva introdotto delle novità importanti che non alteravano la natura sostanzialmente politica dei procedimenti sanzionatori>>, le nuove norme approvate dal Parlamento europeo per la supervisione dei bilanci della zona euro (c.d. *Two Pack*) <<sono volte a promuovere la crescita e aumentano i poteri di sorveglianza e di veto sui bilanci dei paesi della zona euro della Commissione>>, introducendo <<anche regole per i paesi che richiedono assistenza finanziaria all'UE>>, così che <<si può dire che in materia di decisione di spesa, il piano nazionale, il piano sovranazionale e quello internazionale si sovrappongono vicendevolmente, contribuendo a creare un possibile terreno fertile per la costruzione di nuove forme politico-istituzionali a livello di Unione>> (p. 4).

La scelta di introdurre il principio del pareggio di bilancio in Costituzione è, dunque, una scelta eminentemente politica e ideologica (nel senso corretto in cui ogni ideologia può ritenersi una legittima "visione del mondo"). Se non che, come dice benissimo il dott. Laze, è <<nel momento in cui, un'ideologia pretende di ergersi a "naturale", reclamando la propria obiettività che il genuino meccanismo del confronto politico si rompe. In quel preciso momento, quell'ideologia – pretendendo di non essere più una visione parziale, bensì totale, tecnica, obiettiva, naturale – cade in una contraddizione in termini, nella misura in cui è un'ideologia che dichiara di non esserlo, accusando tutto ciò che è diverso di ideologismo>> (p. 15 dello scritto pubblicato *on line*).

Detto questo, e se può essere pur vero che <<l'unico [ma io direi: il preferibile, il più coerente] modo che un'ideologia deve poter avere per riuscire a prevalere sulle altre, è quello democratico, e cioè il confronto continuo nel gioco politico, con la conseguenza che, l'unico giudizio di valore che conta, è quello espresso dagli



elettori.....>> (*ibidem*), ci si deve pur chiedere perché mai si sia affermata, a livello internazionale, sopranazionale e ormai anche “interno”, questa – che è certamente una ideologia – ma ammantata dalla veste della “neutralità”.

E se pure, in questo ordine di idee, <<è possibile affermare che l’accezione “quantitativa” del principio del pareggio divenga di secondaria importanza>>, perdendo <<gran parte della propria rilevanza la disputa riguardante la “misura” del pareggio imposta dal nuovo art. 81 Cost. e quella che veniva già richiesta dalla disciplina europea>>; e se, soprattutto, <<il punto cruciale (...) è il rovesciamento della precisa scelta fatta dai costituenti di rifiutare qualsiasi dogmatismo teorico e più specificamente, la dottrina del pareggio di bilancio>>, è proprio vero che <<una particolare dottrina economica è ormai di rango costituzionale>> (p. 15)? In una Costituzione che, riconoscendo il nostro come “Stato sociale” (il che mi sembra difficile revocare in dubbio!), consente soltanto una parziale limitazione della sovranità. Come giustamente osserva il dott. Laze: <<tenendo conto della congenita affinità tra rappresentanza e decisione di bilancio, l’effetto più rilevante e interessante [della introduzione del principio del pareggio di bilancio] mi sembra la parziale fuoriuscita di quest’ultima dalla dialettica Parlamento-Governo. Parziale nel senso che, se sulla quantità della spesa pubblica, gli organi rappresentativi hanno perduto le loro principali prerogative, possono ancora intervenire sulla sua composizione>>.

Appunto a me sembra che la partita da giocare sia proprio questa. Ed è una partita anche giuridica. Poiché, se è vero che <<nell’edificio istituzionale di diritto internazionale e sopranazionale che è stato così costruito lo spazio per delle conseguenze giuridiche sugli atti e sulle omissioni degli Stati non c’è>>, mentre <<questo spazio si apre, invece, nel diritto interno, nel quale il giudice costituzionale può pronunciare l’annullamento degli atti legislativi in contrasto con il diritto internazionale, per violazione dell’art. 117, comma 1 Cost.>> e che quindi <<la revisione della Costituzione (...) è tutt’altro che irrilevante, perché modifica radicalmente il regime della legislazione nazionale>> (M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, relaz. al Convegno su “Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità”, Varenna, 20-22 sett. 2012), è altrettanto vero che l’art. 117 al. Cost. stabilisce che la potestà legislativa è esercitata (...) nel rispetto della Costituzione>>, anzi tutto, e prima ancora (“nonché”) <<dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali>>. Esistono cioè e persistono nel nostro ordinamento costituzionale, per esplicita dichiarazione della nostra giurisprudenza costituzionale, quei principi supremi (tra cui i diritti inviolabili), imm modificabili e inderogabili persino dalle leggi di revisione costituzionale, che consentono di far valere, caso per caso, “controlimiti” ad ogni limitazione della sovranità statale.

#### **4. Dott.ssa Alessandra CERRUTI, Univ. di Torino: I poteri pubblici alla prova della governance economico-finanziaria: bilancio e vincoli costituzionali.**

Stupisce l’incipit dell’ottimo lavoro della dott.ssa Alessandra Cerruti. Nella “premessa” si parla di <<un oggetto necessariamente sovradimensionato>> alludendo, forse, all’oggetto specifico della ricerca, ossia alla introduzione nella nostra Costituzione, con la legge 20 aprile 2012 n.1 e con la legge di attuazione 24 dicembre 2012 n. 243, del c.d. principio del pareggio di bilancio. Ma poi lo si inquadra molto bene nel fenomeno della <<crisi della capacità regolativa delle istituzioni pubbliche e statali nella gestione dei fenomeni economico-sociali del mondo globalizzato>>, ossia (anche), più in generale, della <<crisi della capacità rappresentativa delle democrazie parlamentari>> e, in definitiva, dell’<<indebolimento di quel nesso tra l’interesse dei governati e l’interesse dei governanti (...) istituito>> dalla <<riflessione occidentale sulla maniera di governare>> (p. 1). Un oggetto, allora, che non mi sembra sovradimensionato, se rappresenta una “spia” del deflagrare di una sequenza di crisi, il cui significato certo trascende l’analisi delle <<tecniche normativo-istituzionali>> e delle <<pratiche discorsive – sul livello europeo e nazionale –>> che hanno accompagnato quel fenomeno di crisi generale.





La ricerca è rivolta a presentare una <<ipotesi>> rivolta, forse, a rivelare i <<nuovi miti del vincolo costituzionale come espressione di una “nuova” governamentalità>> (p. 16 ss.).

1) La ricognizione dei <<vincoli di bilancio>> è ordinatamente ripartita con riferimento rispettivo ai <<vincoli europei>> (p. 2 ss.) e ai <<vincoli (...) nella Costituzione italiana>> (p. 9 ss.). Ed è condotta con precisione, chiarezza e rigore; e anche con la necessaria consapevolezza della dottrina giuridica (e non solo) che ha preceduto e seguito, con diverso e anche opposto atteggiamento, il progressivo apparire dei vincoli (che possono riassumersi, sul piano europeo e internazionale, in sequenza temporale, nel c.d. *Patto euro-plus* del 2011, da cui il pacchetto di provvedimenti c.d. *Six Pack*, nel c.d. *Fiscal Compact* del 2012, fino ai recentissimi regolamenti comunitari aggruppati sotto la denominazione complessiva di *Two Pack* in vigore del 30 maggio di quest'anno; e, sul piano interno, nella revisione costituzionale operata dalla l. cost. n. 1 del 2012 e nell'adozione della legge “rinforzata” di attuazione n. 243 del 2012).

La dott.ssa Cerruti ricorda opportunamente che <<la “regola aurea” del pareggio di bilancio (...) era già stata fissata due decenni fa, con l’inserimento nel Patto di stabilità e crescita del principio dell’equilibrio tra entrate e spese, molto prima del c.d. *Fiscal Compact*. Ma, a seguito della l. n. 243 del 2012, occorre ora distinguere tra il bilancio dello Stato e delle amministrazioni pubbliche e il bilancio degli enti territoriali e delle pubbliche amministrazioni non territoriali: nei confronti di quest’ultimo l’equilibrio è inteso in senso contabile (saldo tra entrate e spese non negativo = pareggio), mentre per i primi l’equilibrio (c.d. strutturale) è stabilito rispetto all’obiettivo di medio termine fissato in sede di programmazione [ossia <<il bilancio sarà (...) in equilibrio laddove il saldo strutturale (dunque corretto per gli effetti del ciclo economico ed al netto delle misure una *tantum* e temporanee) sia positivo (...), laddove sia pari a zero, ovvero anche laddove l’indebitamento netto sia comunque compreso entro il valore di riferimento stabilito in ambito europeo (dal *Six Pack* nella misura dell’1% del PIL e dal *Fiscal Compact, pro futuro*, in quella dello 0,5% del PIL)>> (p. 4)]. Come chiaramente riassume la dott.ssa Cerruti, <<i vincoli europei permettono al bilancio pubblico e quindi, principalmente, alla sua spesa [salva crescita dell’imposizione fiscale] di crescere anche oltre i limiti del pareggio contabile, perché l’istituzione di un collegamento tra la sua crescita e l’andamento dell’economia nel ciclo garantisce che gli eventuali *deficit* realizzati nei periodi negativi della congiuntura siano compensati dalle eccedenze prodotte nei periodi di espansione>>. Insomma l’obiettivo è <<quello di una stabilizzazione della spesa nel lungo periodo, che impedisca *deficit* cronici di bilancio e, dunque, l’aumento insostenibile dell’esposizione debitoria degli Stati>>. E del resto <<la gestione del debito degli Stati sulla base del rapporto debito/PIL non rende del tutto impossibile agli stessi il ricorso al debito, giacché è espressamente prevista per lo Stato la possibilità di ricorrere al mercato finanziario laddove il saldo netto da finanziare o da impiegare sia coerente con gli obiettivi programmatici riferiti al saldo strutturale>> (p. 5).

Quanto poi ai “tutoraggi” (preventivi e successivi) in sede europea, se l’obiettivo di medio termine è formulato dai Governi degli Stati e dalla Commissione europea a traverso la valutazione dei Programmi di stabilità e convergenza ad essa presentati, la fase successiva di verifica è affidata alla *sorveglianza multilaterale* degli Stati membri. Ma, come nota la dott.ssa Cerruti, il Trattato di Lisbona del 2007 <<ha trasformato di fatto, nell’ambito della procedura d’infrazione pre-contenziosa (...), i precedenti compiti propulsivi ed istruttori della Commissione europea in compiti sostanzialmente decisionali, al fine di porre un freno alla sistematica disapplicazione delle regole di bilancio – soprattutto da parte degli Stati più forti dell’euro zona – che aveva caratterizzato i tempi del controllo (essenzialmente politico) da parte del Consiglio>> (p. 6) (salva delibera del Consiglio a maggioranza qualificata in senso contrario alla proposta della Commissione). E, sempre col Trattato di Lisbona, sono state <<ampliate le competenze della Corte di Giustizia dell’Unione europea, in particolare attribuendole quella di verificare la trasposizione nel diritto interno della regola del pareggio di bilancio>> (p. 6-7).

Di qui la dott.ssa Cerruti delinea due caratteristiche della *governance* economico-finanziaria europea: 1) istituzione di appositi “tutoraggi” preventivi e successivi “in favore” degli Stati membri con l’effetto, rilevato da



Paola Bilancia, di “un duplice accentramento di poteri verso l’alto” (dell’Europa nei confronti degli Stati e dello Stato nei confronti degli enti territoriali); 2) vincolatività delle norme e degli obblighi.

Il tutto nella direzione di una <<ulteriore e significativa cessione di sovranità>>, <<mascherato da un’apparente mitezza>> (p. 7). Poiché, se la via della revisione costituzionale era semplicemente “consigliata” agli Stati e il principio del pareggio del bilancio, in presenza di circostanze eccezionali (gravi crisi finanziarie, grave recessione economica) appare “piuttosto flessibile”, <<la mitezza è più che altro apparente: da una parte (...) il “consiglio di recepimento” era in realtà assistito da significative ed incentivanti misure di controllo multilaterale e giudiziario, mentre, dalla’altra, la definizione stessa degli eventi eccezionali sulla base dei quali “negoziare” le deviazioni dall’obiettivo di medio termine con le istituzioni europee è demandata – per rinvio più o meno esplicito delle Costituzioni nazionali revisionate [da noi per es. l’art. 6 l. 243/2012 rinvia all’ordinamento dell’UE per l’individuazione degli eventi eccezionali] – proprio al livello superiore di questa *catena di sorveglianti e sorvegliati*>> (p. 8). E, non ostante, il c.d. Fondo salva-Stati (Cons. europeo del marzo 2011, in vigore dal luglio 2012) (Meccanismo Europeo di Stabilità).

2) Nella seconda parte, dedicata ai vincoli di bilancio nella Costituzione, dopo la revisione dell’art. 81, sono individuate le principali questioni costituzionali sollevate dall’introdotta principio del pareggio di bilancio, articolandole *a)* sul piano della “decisione di revisione” (p. 11); *b)* sul piano della “nuova decisione di bilancio” (p. 12-13) ossia nei rapporti tra poteri dello Stato, e quindi della forma di governo; *c)* sul piano dei diritti e della forma di Stato, ossia sulla funzione degli Stati e, quindi, sul rapporto tra Stato e cittadini (p. 13 ss.).

L’analisi è perspicua e pregevole: *A)* sotto il primo aspetto emergono i temi della *opportunità della revisione*; degli *strumenti della riforma* (dalla legge costituzionale n. 1 del 2012 alla legge rinforzata (organica?) che ne ha dato attuazione (l. n. 243 del 2012); della *deliberazione parlamentare non legislativa*, la quale, su proposta governativa e previa consultazione della Commissione europea, *può autorizzare* lo scostamento dall’obiettivo di medio termine ed il *ricorso all’indebitamento* e a sospendere l’operatività del meccanismo di correzione previsto dall’art. 8 della legge di attuazione (art. 81 cpv. Cost.: <<Il ricorso all’indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali>>, eventi eccezionali i quali, in base all’art. 5 della legge costituzionale, sono definiti dalla *legge di attuazione*, di cui all’art. 81, 6° co., l. cost., ed individuati in <<gravi recessioni economiche>>, in <<crisi finanziarie>> e in <<gravi calamità naturali>>, <<al verificarsi di quali sono consentiti il ricorso all’indebitamento non limitato a tenere conto degli effetti del ciclo economico ed il superamento del limite massimo di cui alla lettera *c* del presente comma sulla base di un piano di rientro [il limite massimo degli scostamenti negativi cumulati (ossia <<gli scostamenti rispetto alle previsioni [...] dovuti all’andamento del ciclo economico, all’inefficacia degli interventi e agli eventi eccezionali>>) corretti per il ciclo economico rispetto al prodotto interno lordo, al superamento del quale occorre intervenire con misure di correzione]; dell’istituzione di “nuovi poteri”, ossia dell’*Ufficio parlamentare di bilancio* (art. 5 l. cost.: <<organismo indipendente al quale attribuire compiti di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell’osservanza delle regole di bilancio>>).

*B)* Sotto il secondo aspetto, emergono i temi relativi al “ruolo dei regolamenti parlamentari nel regolare l’esercizio della funzione di controllo sulla finanza” (art. 5, 4° co., l. cost.), specie con riferimento all’equilibrio tra entrate e spese ed alla qualità ed efficacia della spesa delle pubbliche amministrazioni (art. 16 l. 243/2012); al *ruolo dell’Ufficio parlamentare di bilancio* (artt. 16 e 18 l. n. 243 del 2012); ma soprattutto all’<<impatto dei vincoli costituzionali sulla legge di bilancio e *sulle ordinarie leggi di spesa*>> (p. 12 e nota 49, e *ivi* ricordato il problema, già nel passato affrontato, ma oggi aggravato, relativo alla sottoponibilità delle sentenze costituzionali additive all’obbligo di copertura delle spese, con evidente ripercussione sul mantenimento dello “Stato sociale”); all’<<impatto dei vincoli costituzionali *sul potere di rinvio delle leggi* da parte del Presidente della Repubblica, spesso operato proprio in riferimento all’insufficienza della copertura finanziaria>> (p. 12); alle funzioni di controllo (preventivo e successivo) di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni statali, nella cui



sede, come pure nel giudizio di parificazione del bilancio, è riconosciuta la sua qualità di giudice *a quo* per quanto riguarda la copertura finanziaria delle leggi di spesa; infine, al <<ruolo (...) del giudice costituzionale di fronte a decisioni di bilancio con profili tecnici e multilivello>> (p. 13, e ivi in nota 52, rinvio all'importante lavoro di G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, 2012, in cui si segnala l'anomalia del giudizio costituzionale sulla legge di bilancio: il parametro non solo è costituito anche dalla interposta legge rinforzata n. 243 del 2012; ma il giudizio dovrebbe tener conto delle valutazioni di "adeguatezza" relative al ritmo di avvicinamento all'obiettivo di medio termine e di "eccezionalità" degli eventi che autorizzano lo scostamento e il ricorso al mercato finanziario, valutazioni oltre che "tecniche" demandate all'apprezzamento di altre istituzioni, anche sopranazionali; talché si conclude per la non sanzionabilità giuridica delle regole del pareggio di bilancio).

C) Sotto il terzo aspetto – che è ancora più coinvolgente – si segnalano <<le questioni che si articolano *sul piano verticale* dei rapporti tra lo Stato e le sue articolazioni>> (p. 13)

Il "nuovo" 1° comma dell'art. 119 Cost. (a seguito della sostituzione operata dall'art. 4 l. cost. 20 aprile 2012 n.1) dispone che gli enti territoriali <<hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, *nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci*, e concorrono ad assicurare l'*osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*>>. Parallelamente, con riferimento alla pubblica amministrazione, il nuovo 1° comma dell'art. 97 Cost. (aggiunto dall'art. 2 l. cost. n. 1 del 2012) stabilisce che <<le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico>>. Ma l'art. 119 evoca nella sua ultima parte un'attività di *coordinamento*, la quale, anche a sensi dell'art. 117 cpv. lett. e Cost.: <<armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie>>, non è più concorrente, bensì di esclusiva competenza statale. Si noti infatti la differenza tra il "nuovo" 1° comma dell'art. 119 Cost. con quello che era "uscito" dalla revisione costituzionale del 2001 (e poi sostanzialmente riprodotto dall'art. 5 l. cost. n. 3 del 2003 con la formula: <<I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa>>) con riferimento alle Regioni, le quali <<hanno autonomia finanziaria *nelle forme e nei limiti stabiliti* da leggi della Repubblica, che *la coordinano* con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni>>. Certo, anche questo coordinamento c.d. dinamico, come ogni coordinamento, presupporrebbe la definizione della effettiva autonomia finanziaria dell'ente "coordinato", anche se in effetti esso non è stato preceduto dalla fissazione delle condizioni di autonomia, così che, come dice A. BRANCASI, in *Giur. cost.*, 2006, 1425 ss.), il coordinamento si è trasformato in ordinamento.

L'altra questione riguarda gli <<effetti della *governance* europea della crisi economica sul piano dei diritti dei cittadini, innanzi tutto con riferimento ai diritti sociali>> (p. 14), nel senso che <<si può sostenere (...) che la revisione della disciplina costituzionale di bilancio produca rilevanti conseguenze anche sul testo costituzionale nella sua interezza, attinenti non soltanto al piano dei rapporti tra poteri e tra fonti, bensì potenzialmente anche a quello dei diritti>> (p. 14-15).

A fronte di una simile complessità di problemi, ecco <<l'ipotesi della ricerca>> della dott.ssa Cerruti: il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio può considerarsi espressione di una "nuova" governamentalità?

Anche le voci critiche che si sono levate contro l'introduzione del principio del pareggio del bilancio in Costituzione (v. specialmente M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, relaz. conclusiva del Convegno su "Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità", sett. 2012) nel richiamare <<alle proprie (cor)responsabilità la politica stessa, in particolare con riferimento alle ragioni della crisi economico-finanziaria che ha scatenato la citata ondata di revisione costituzionale (...) appaiono (...) consonanti rispetto a quelle avversarie, che l'introduzione dei vincoli europei hanno, invece, apertamente sostenuto>> (p. 16).



Critica al mito della razionalità (calcolabilità) del comportamento umano, limitatezza delle risorse, critica dei processi decisionali “proporzionali” quali generatori di eccesso di spesa, diritti delle generazioni future, sono in sintesi le principali giustificazioni diffusamente addotte a favore della introduzione dei vincoli di bilancio europei nelle Costituzioni nazionali.

Corrispondentemente, <<i processi di coordinamento *ex ante* e di mutua sorveglianza>>, in precedenza esaminati, finiscono <<per impattare sull’autonomia della politica, nonché sulla rappresentazione del suo ruolo e dei suoi limiti (di razionalità) presso i cittadini>> (p. 18).

D’altra parte il <<tentativo di “responsabilizzare” (non solo ma anche) la politica – richiamandola, appunto, persino in periodi di espansione del ciclo, ad anteporre i propri doveri nei confronti delle generazioni future alle “irrazionali” decisioni di spesa nei confronti delle generazioni dei viventi – potrebbe finire per risolversi in un mero spostamento di sovranità *verso l’alto* (o, comunque, *verso altre*, più liquide e sfuggenti, sfere del potere)>> (p. 18-19):

Ecco allora che si pongono tre radicali domande: 1) è <<possibile guardare all’introduzione nelle Costituzioni nazionali di vincoli di bilancio (...) finalizzati a garantire la sostenibilità del debito pubblico e la crescita – però controllata – della spesa statale come ad una pratica di governo di *natura conservativa di un sistema capitalistico-finanziario in crisi*>>? (p. 19). Se la risposta fosse positiva, nel senso cioè della natura prevalentemente conservativa della governa- mentalità neoliberale, e quindi di un <<*meccanismo di legittimazione* che sostiene la c.d. democrazia dell’efficacia (...) di *natura funzionale*, giacché eleva l’evidenza empirica a vero e proprio principio epistemologico>>, ci si dovrebbe ulteriormente domandare:<< “va tutto bene” per il costituzionalista?>> (*ibidem*). Va bene cioè questo tentativo di risolvere la contraddizione <<insita nel *rapporto produzione-distruzione instaurato dal liberalismo con la libertà*>> (p. 20).

2) I fenomeni esaminati non possono non produrre <<effetti anche sul piano delle concezioni della Costituzione>>. Le <<pratiche discorsive di legittimazione>> (o di giustificazione) che li hanno accompagnati <<appaiono (...) partecipare della contraddittoria relazione tra libertà e vincolo, diritto e dovere, che innerva, in ultima analisi, lo stesso rapporto dell’uomo contemporaneo con la libertà>> (*ibidem*). Se il singolo fosse ritenuto <<incapace di qualunque forma di auto-determinazione>> non diverrebbe <<massimamente dirigibile e controllabile?> E <<una tale concezione della Co-istituzione (sociale ed individuale) riuscirebbe a continuare ad essere, secondo le sue origini, un limite esterno al potere?>>

3) Non si potrebbe invece <<ripartire da una concezione del soggetto inteso non più come *individuo*, bensì come punto di *incontro* e di raccordo tra mente e corpo, ragione e sentimento, testo e contesto comunicativo>>?

Ma è una domanda questa che trascende il piano della scienza giuridica.

## 5. Dott. Antonio GUSMAI, Univ. di Bari: *Ermeneutica e interpretazione costituzionale nell’effettività del diritto.*

Lo scopo principale della ricerca, ricca di riferimenti, non solo giuridici (basti pensare ai richiami al pensiero del secondo Wittgenstein e di Heidegger), concerne le conseguenze che <<derivano dall’utilizzo del controverso canone dell’interpretazione costituzionale da parte dei giudici comuni>> (p. 1). Tanto più, dopo che la giurisprudenza costituzionale, a partire almeno dall’ultimo decennio del secolo scorso, ha imposto ai giudici l’obbligo (o l’onere) di interpretazione conforme a Costituzione.

Nella recente e molto discussa sentenza che ha risolto il conflitto di attribuzioni tra la Procura di Palermo e l’Ufficio della Presidenza della Repubblica, non solo si richiama <<il dovere del giudice di attribuire ad ogni



singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali>>, ma si indicano i modi a traverso i quali è possibile procedere ad una simile adeguazione: <<la conformità a Costituzione dell'interpretazione giudiziale non può (...) limitarsi ad una comparazione testuale e meramente letterale tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento>>; anche perché <<la Costituzione è fatta *soprattutto di principi* e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, *bilanciandosi* vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate>>. Di qui il *Leitmotiv* della ricerca.

Ci si può chiedere a questo punto se, oltre ad una valorizzazione della interpretazione sistematica, qui non si vada *oltre* e non si inviti lo stesso giudice ordinario ad operare ponderazioni e bilanciamenti tra principi costituzionali. Non basta cioè asserire che la Costituzione sia “strumento per l'interpretazione [sistematico] della legge”, ma occorre anche interrogarsi sul *se la costruzione assiologica dei principi spetti non solo alla Corte, ma anche al giudice ordinario*.

Alla domanda centrale poi che il dott. Gusmai si rivolge: <<come si concilia, concretamente, (...) [il] vincolo di soggezione alla legge con l'obbligo di interpretazione conforme>>? (p. 6), la risposta che non vi sia contraddizione <<per quanto forte>> o che essa sia <<soltanto apparente>> è fondata sul rilievo che, nello Stato *costituzionale* di diritto, <<i giudici si trovano ad esercitare le loro funzioni in un ordinamento in cui la legalità non può più essere concepita (...) come legalità-legale, ossia governata dalla sola legge ordinaria, bensì deve essere intesa come legalità- costituzionale>> (p. 7).

Ora, a parte che la Costituzione è anch'essa una legge, ci si dovrebbe però domandare se l'andare <<anche oltre il dettato legislativo>> possa essere privo di limiti; se, per es. l'interpretazione conforme sia tale con riferimento non solo agli enunciati costituzionali, ma anche per es. ai principi costituzionali affermati dalla giurisprudenza costituzionale.

Quanto poi al paventato <<rischio di una trasformazione del giudizio di costituzionalità da “misto” a tendenzialmente “diffuso”>> o addirittura <<in un controllo “diffuso” secco>> (p. 8), non vi è risposta esplicita alla obiezione. Essa potrebbe – a mio avviso – rinvenirsi sia nella osservazione che la giurisdizione della Corte costituzionale non è (a differenza per es. di quella della Corte europea di giustizia) una giurisdizione d'interpretazione (tanto è vero che le interpretative di rigetto non sono, e ormai pacificamente non sono ritenute, vincolanti e che la Corte stessa “confessa” nel famoso *dictum* che <<le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazione incostituzionali>> (sent. 356 del 1996), sia nel riconoscimento che la caducazione (con efficacia *erga omnes*) delle norme illegittime spetti *soltanto* alla sola Corte costituzionale.

Più in generale, sulla scorta della tesi della non biunivocità della relazione tra enunciati e significato, il superamento della dottrina “cognitivistica” dell'interpretazione, consistente nel portare in luce <<il significato oggettivo preesistente>> del testo normativo (p. 9) e la corrispondente affermazione della tesi che l'interpretazione è <<idonea a ricomprendere non soltanto aspetti di conoscenza ma anche di decisione e, pertanto, di *volontà* dell'interprete>> (p. 10) sono ben illustrati e sviluppati; suggerirei peraltro per completezza una lettura in proposito anche degli autori della Scuola di Vienna (e particolarmente di Adolf Merkl, specie sul cruciale rapporto di interdipendenza tra interpretazione e applicazione che pur è esaurientemente esaminato nell'analisi del rapporto tra *legis latio* e *iuris dictio*: p. 13 ss.).

Quanto all'analisi della Costituzione, l'affermazione, ripetuta in notevole parte della dottrina (per es. Zagrebelsky, Bin) che essa sia costituita per lo più da “enunciati aperti”, “privi di fattispecie”, è data per scontata, mentre meriterebbe uno specifico approfondimento: nella Costituzione non esistono forse regole con precise fattispecie?



Ben illustrata è la tesi che <<legislazione e giurisdizione, sebbene su piani diversi [il legislatore produce esclusivamente *disposizioni*, i giudici si occupano di diritto caso per caso e producono *norme*], sembrano interagire senza soluzione di continuità tra di loro, contribuendo a definire, concretamente, una fonte di *produzione dinamica ed inesauribile* di diritto>> (p. 17. Richiamerei in proposito la definizione merkliana della legislazione come un “semilavorato”); così che, in definitiva, la tesi che si intende sostenere è che <<nessuno dei due poteri (legislativo e giudiziario) – presi singolarmente – è sostanzialmente decisivo nella produzione effettiva del diritto>> (p. 18). Gli sviluppi preannunciati di questa tesi sono rinvenibili nelle pagine conclusive (p.21 e sgg.) e incentrati nei seguenti punti:

a) nella tecnica dell’ interpretazione conforme, rivolta all’armonizzazione delle <<due distinte sfere di legalità>> (legale costituzionale);

b) nella <<realizzazione di un nuovo equilibrio tra *legis-latio* e *iuris-dictio* a causa della necessaria codeterminazione tra legislatore e giudice nella produzione effettiva del diritto (...) determinata dal dovere di conformazione – spettante *sempre più* ai giudici comuni che alla Corte costituzionale – della legge alla Costituzione>>. Si noti che infine l’affermazione originaria secondo la quale <<i “custodi qualificati” della Costituzione sono i “giudici della Corte costituzionale” e con funzioni “ausiliarie” i “giudici comuni” è poi corretta con riferimento a questi ultimi con l’espressione <<con funzioni sempre meno ausiliarie>> (p. 27) (ma il punto merita un approfondimento);

c) nella potenzialità “evolutiva” della interpretazione conforme (che non è soltanto <<un’operazione di tipico sistematico>> bensì <<anche e soprattutto, un’attività di tipo evolutivo (che, per quanti aderiscono a valori diversi, ben potrebbe risultare involutiva) di rigenerazione reciproca del dinamico rapporto Costituzione-legge>> (p. 22);

d) nella <<riconsiderazione del carattere burocratico dell’organizzazione giudiziaria>> (p. 12) (l’assunto è peraltro appena accennato, anche se ripreso *sub f*) dove si allude alla <<possibile delineazione di un più moderno ed adeguato sistema organizzativo degli organi di giustizia>> (p. 25);

e) nella <<impossibilità di individuare limiti logico-formali certi all’attività interpretativa del giudice>> (più che il limite testuale che è <<un vincolo debolissimo>> viene indicato come <<meno illusorio>> quello della <<verifica in concreto del rispetto del principio di ragionevolezza da parte del giudice attraverso il controllo delle argomentazioni contenute nella (pubblica) motivazione delle sue decisioni>> (p. 23) (ma anche questo assunto andrebbe adeguatamente sviluppato soprattutto con lo studio delle tecniche argomentative e dei *test* giurisprudenziali);

f) nella riconsiderazione del <<valore giuridico del precedente giurisprudenziale>> anche negli ordinamenti di *civil law* (anche questo è un punto che andrebbe verificato nell’esame della giurisprudenza);

g) nella <<tenuta del principio della separazione dei poteri>>, dato che come rileva (il citato) Mauro Barberis va sciolta <<la contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli (...): il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo>> (p. 26). Anche questo assunto andrebbe adeguatamente affrontato. Ricordo per es. la sdrammatizzazione di Carriò, che riteneva l’enunciato “i giudici creano diritto” né vero, né falso, poiché non è un enunciato descrittivo, non è rivolto a descrivere ciò che fanno i giudici, bensì a suscitare o promuovere reazioni. La formula “creare diritto” appartiene cioè al linguaggio espressivo: ha il significato emotivo di “fare qualcosa di molto importante e degno” che l’enunciato “emanare sentenze” non possiede (“*I giudici creano diritto*”. *Esame di una polemica giuridica*, in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976).