



**GRUPPO
di PISA**
Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

TRA "ZONE GRIGIE" E "ANTECEDENTI" DELLA FORMA DI GOVERNO

MICHELE CARDUCCI*

Sommario: 1. Premessa. - 2. Le due "cliniche" del diritto costituzionale. - 3. "Zone grigie" e "zone d'ombra". - 3. L'attenzione verso gli "antecedenti" in tempi "post-normali".

1. Premessa

Che cos'hanno in comune cinque ricerche che si occupano rispettivamente di esternazione del pubblico potere, organizzazione della Presidenza della Repubblica, delega legislativa, ruolo dei fatti nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, responsabilità della pubblica amministrazione nei contratti pubblici¹?

Risponderei con tre osservazioni: a) tutte le ricerche hanno il merito di uscire dal segmento esclusivamente giudiziale del diritto pubblico, inoltrandosi in quelle dimensioni organizzative e comportamentali del potere, ricorrentemente collocate ai margini della discussione scientifica e talvolta derubricate a espressione di un generico "diritto politico"², contrapposto al ben più visibile e argomentato "diritto culturale" della giurisprudenza superiore, nazionale e sovranazionale; b) tutte le ricerche indagano gli "antecedenti" della forma di governo italiana, ovvero non tanto gli antefatti storici e politici di uno specifico evento o istituto giuridico, bensì gli aspetti istituzionalizzati e formalizzati di decisioni, attività, "stili" comportamentali³, che incidono previamente sull'esercizio e

* Professore ordinario di Diritto costituzionale comparato nell'Università del Salento.

¹ Ci si riferisce alle Relazioni di Antonio Arena, Gianluca Marolda, Marco Polese, Mariarosa Vicario, Elena Demichelis, discusse nella Sezione dedicata alla forma di governo del Sesto Seminario annuale con i Dottorandi in materie giuspubblicistiche, svoltosi il 22 settembre 2017 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre. I testi delle Relazioni sono pubblicati in questa stessa *Rivista* e costituiscono la premessa del presente commento.

² Si pensi ai celebri dubbi di M.S. Giannini sulla impossibilità di una scienza giuridica costituzionale (*Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ora in *Quad. Fior.*, 2, 1973, 182 ss.), e di G. Burdeau sul suo insegnamento (*Sur un enseignement impossible*, in *Mélanges Trotabas*, Paris 1970, 41 ss.), sino alle considerazioni, diffuse in diversi contesti, intorno alla impossibilità dello stesso diritto costituzionale comparato (J.R. Vanossi, *¿Existe un derecho constitucional comparado?*, in *Rev. Fac. Der. México*, 99-100, 1975, 885-900) o di una concettualizzazione unitaria della Costituzione (J.P. Beca Frei, *La (im)posibilidad de construir un concepto científico de Constitución*, in 14 *Rev. Ius et Praxis*, 2, 2008, 309 ss.). Altrettanto problematicamente, M. Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in 108 *Yale L. J.*, 1225-1309 (1999).

³ Lo studio del "Legal Style" appartiene alla tradizione angloamericana (cfr. per tutti la *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, a cura di J.M. Smits, London 2006), con riguardo soprattutto alle modalità espressive della giurisprudenza (cfr. D.S. Yellin, *The Elements of Constitutional Style: A Comprehensive Analysis of Punctuation in the Constitution*, in 79 *Tenn. L. Rev.*, 687-751 (2011-2012), e R. Randall Kelso, *Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation in American Legal History*, in 29 *Val. U. L. Rev.*, 121-233 (1994)), mentre, nell'Europa continentale, si riscontra in Germania, con riguardo proprio agli "antefatti" delle dinamiche organiche e interorganiche (cfr. A. Voßkuhle, *Verfassungsstil und Verfassungsfunktion: Ein Beitrag zum*

i contenuti delle funzioni pubbliche e condizionano le articolazioni tra poteri dello Stato; c) ciascuna ricerca, pertanto, offre uno spaccato di osservazione di quell' "accoppiamento strutturale" di politica e diritto, che passa sempre attraverso le Costituzioni contemporanee e che dovrebbe contraddistinguere l'oggetto specifico di studio del costituzionalista⁴.

2. Le due "cliniche" del diritto costituzionale

Ha scritto Niklas Luhmann⁵ che lo studio delle dinamiche interne allo Stato riserva sempre un paradosso: se lo Stato è considerato come unità giuridico-politica di funzioni sovrane, secondo il dogma del metodo giuridico ottocentesco, la sua osservazione non riesce a coglierne le differenziazioni interne, determinate da una serie di fattori - formali, fattuali, comunicativi, comportamentali, organizzativi - che servirebbero invece a comprenderne l'effettività; se viceversa ci si vuole concentrare proprio sulle differenziazioni, allora il rischio diventa quello di perdere di vista la dimensione politica di qualsiasi fenomeno organizzativo, immaginando un diritto costituzionale "incontaminato", in quanto retto esclusivamente da singoli processi, funzioni, atti, attività, regole, avulsi dal vissuto e dalla comunicazione dei soggetti⁶.

Questo paradosso ha in effetti attraversato il Novecento, almeno su due fronti: il transito del diritto costituzionale da una dimensione "generale" a una "comune"; l'affidamento delle "latenze" dei fenomeni costituzionali a sfere di conoscenza progressivamente sempre più distanti dal metodo giuridico, perché consegnate ad altri saperi e protocolli disciplinari di osservazione delle istituzioni.

Provo a sintetizzare i due passaggi.

Diritto costituzionale "generale" e diritto costituzionale "comune" sono state formule figurative insorte non come sinonimi nel costituzionalismo novecentesco europeo⁷: la prima sostanzialmente appartiene alla stagione del c.d. "diritto politico", inteso come primato della legge parlamentare e quindi della dialettica politica; la seconda emerge, invece, dal quadro dell'avvento del c.d. "diritto culturale"⁸, consolidatosi a seguito del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale e inteso come primato tecnico-ermeneutico del controllo di costituzionalità delle leggi⁹. Alla fine del secolo, tale ultima formula ha conseguito il sopravvento¹⁰, trovando riscontro nelle più significative teorie costituzionali contemporanee sulla "cultura" e sulle c.d. "tradizioni costituzionali" degli Stati e i "patrimoni comuni" dei diritti¹¹.

Tuttavia, il dato problematico che ha condotto i costituzionalisti a coniare nel tempo le due qualificazioni ha riguardato un medesimo oggetto di osservazione, tuttora problematico al di là

Verfassungshandwerk, in 119 A.ö.R., 1, 35-60 (1994), e W. Graf Vitzthum, *Form, Sprache und Stil der Verfassung*, in O. Depenheuer, C. Grabenwarter (hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, § 10).

⁴ Cfr. di recente, gli interrogativi presenti in AA.VV., *La enseñanza del derecho constitucional ante el proceso de Bolonia*, a cura di L. Cotino Hueso, M. Presno Linares, Valencia 2006, e A. Morelli, *Come lavora il costituzionalista?*, in *Quad. Cost.*, 3, 2016, 513-540.

⁵ N. Luhmann, *Zwei Seiten des Rechtsstaates*, in *Conflict and Integration. Comparative Law in the World Today*, Tokio 1989, 493 ss.

⁶ Si v. le utili sollecitazioni di G. Terranova, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pisa 2015.

⁷ I travagli culturali, esistenziali e politici di questa differenziazione sono stati ricostruiti da G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari 2000.

⁸ Per una rappresentazione chiara ed efficace della contrapposizione tra "diritto politico" e "diritto culturale", si cfr. A. Pizzorusso, *Fonti "politiche" e fonti "culturali" del diritto*, in *Studi on. E.T. Liebman*, I, Milano 1979, 327 ss.

⁹ L'ideatore della formula "diritto costituzionale generale" è stato Boris Mirkine-Guetzévitch (*Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris 1931). Per la formula del "diritto costituzionale comune", bisogna richiamare almeno Peter Häberle (di cui sinteticamente cfr. *Derecho constitucional común europeo*, in *Rev. est. pol.*, 79, 1993, 13 ss.).

¹⁰ In Europa come altrove, come attestano le innumerevoli disseminazioni euro-atlantiche (tra equivoci e adattamenti) del c.d. "neocostituzionalismo".

¹¹ Si pensi nuovamente a Peter Häberle, ma anche a Paul Kahn, *Lo studio culturale del diritto* (1999), trad. it., Reggio Emilia 2008. Per un quadro di confronti non solo italiani, si v. B. Andò, *Sulla tradizione giuridica europea, fra molteplicità e unitarietà*, in *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, a cura di B. Andò, F. Vecchio, Padova 2012, 125 ss.

dello scenario di contorno che lo colora: la disponibilità del testo costituzionale, e delle funzioni e articolazioni in esso abilitate, come premessa delle esperienze concrete di adattamento interno della organizzazione dei poteri¹². Rispetto a questa esigenza, il diritto costituzionale "generale" ha mirato a privilegiare la conoscenza e comprensione delle condizioni indispensabili di "razionalizzazione del potere", senza le quali la disponibilità del testo, in quanto dimensione "politica" del diritto, sarebbe sfociata nell'arbitrio; l'idea di diritto costituzionale "comune", invece, ha preso piede fondandosi sulla constatazione che, solo grazie alla processualità dell'agire del giudice costituzionale, tale disponibilità avrebbe conseguito una stabilità "oggettiva" *al di là* di qualsiasi tentazione "politica" sul diritto, in quanto solo il *Judicial Candor* dell'argomentazione avrebbe offerto risorse discorsive controllabili ed eziologicamente trasparenti¹³.

È stato così che un unico diritto "disciplinare", appunto quello costituzionale, ha finito per essere assegnato a due distinte "cliniche", fra loro non sempre comunicanti¹⁴, di anamnesi e terapia sulla realtà e le esperienze giuridiche¹⁵: se il diritto costituzionale "generale" si è preoccupato di studiare la forma di governo e il diritto delle organizzazioni (a partire da quello parlamentare), come luoghi prioritari e principali di conoscenza della disponibilità dei testi, quello "culturale" ha assunto la giustizia costituzionale e il diritto processuale costituzionale quali "ambiti cognitivi" specifici di comprensione dei problemi giuridici reali. In questo modo, il tema della disponibilità del testo in funzione della "legalità costituzionale" dei rapporti tra poteri, punto forte della "razionalizzazione" patrocinata dal diritto costituzionale "generale", si è visto affiancato da quello della disponibilità in funzione di diritti, interessi e posizioni giuridiche garantite dal processo. Mentre la "razionalizzazione" del "diritto politico" ereditava l'alternativa, nei primi decenni del Novecento efficacemente resa da Charles McIlwain¹⁶, tra il *Government* che legittima la Costituzione e la Costituzione che legittima il *Government*, il "diritto culturale" accettava di assumere la centralità della soggettività, nella sua esponenzialità processuale, quale fonte epistemica della Costituzione stessa, "depoliticizzando" così il problema della legittimità dell'agire¹⁷.

3. "Zone grigie" e "zone d'ombra"

Il paradosso luhmanniano, però, non ha prodotto soltanto questo effetto di divaricazione delle "cliniche". Ha contribuito non poco ad allontanare l'attenzione dei giuristi da quelle che un tempo furono definite le "zone grigie" del diritto costituzionale, per preoccuparsi sempre più

¹² Nel panorama comparato, tra gli Autori ormai considerabili "classici" nella presa in carico di questa complessità, sono da ricordare almeno Paolo Barile (*La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951), Temistocle Martines (in particolare, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in Id., *Opere*, I, Milano 2000, 16 ss.), Norbert Achterberg (*Probleme der Funktionenlehre*, München 1970), Helmuth Schulze-Fielitz (*Der informale Verfassungsstaat*, Berlin 1984), José J. Gomes Canotilho (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Reimpressão, Coimbra 1994), Pablo Lucas Verdú (*Estimativa y políticas constitucionales*, Madrid 1984, *Teoría general de las articulaciones constitucionales*, Madrid 1998, *Teoría general de las relaciones constitucionales*, Madrid 2002), German J. Bidart Campos (*Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires 1987, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires 1995).

¹³ Se ne v. una ricostruzione, nel confronto tra *Common Law* e *Civil Law*, in S.C. Idleman, *A Prudential Theory of Judicial Candor*, in 73 *Tex. L. Rev.*, 1307-1417 (1994-1995).

¹⁴ Valga, per tutti, il richiamo di M. Dogliani, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in *Annuario AIC 2002: diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova 2004, 201 ss.

¹⁵ L'idea di "clinica" del diritto costituzionale, come osservazione delle dinamiche organizzative e dei loro effetti sulle articolazioni costituzionali, si deve a S. Tosi, *Diritto parlamentare*, Milano 1974, sulla scia di una originalità italiana del metodo giuridico che, a partire da V.E. Orlando (*Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1919⁴, 53-54), considerava giurisprudenza "parlamentare" (ossia interna agli organi costituzionali) e giurisprudenza giudiziaria campi comuni della realtà costituzionale.

¹⁶ C.H. McIlwain, *Constitutionalism in the Changing World*, Cambridge 1939.

¹⁷ Due riferimenti autorevoli di ricognizione critica del fenomeno di "depoliticizzazione" del diritto costituzionale: P. de Vega García, *Giuspositivismo e positivismo giurisprudenziale* (1998), trad. it., Lecce-Cavallino 2005, e M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX (2015), 391 ss.

analiticamente delle "zone d'ombra" della giustizia costituzionale (problemi di accesso al giudice, di rilevanza delle questioni, di conoscibilità processuale dei comportamenti ecc...)¹⁸.

Su questo fronte, si può registrare una differenza tra la dottrina costituzionalistica "domestica" e quella "comparativa". Le costituzionalizzazioni europee del Novecento avevano messo i costituzionalisti comparatisti¹⁹ di fronte a un inedito fatto emergente: l'importanza, ai fini della comprensione della effettività costituzionale nello Stato, di una specifica condizione di "latenza" dell'esperienza giuridica, non riducibile soltanto ai "crittotipi" o al "diritto muto", prioritari per i comparatisti privatisti²⁰. Si deve specialmente a Rudolf Smend (con il suo studio sull'*Ungeschriebenes Verfassungsrecht* tra enti e organi dello Stato)²¹ ed Ernst Fraenkel (con i suoi lavori sul pluralismo, le implicazioni plebiscitarie dei processi di consenso e soprattutto il c.d. "doppio Stato"²²), la presa in carico del campo di osservazione. Nel corso dell'Ottocento, la "latenza" del diritto costituzionale (tutto ciò che avveniva "dietro le quinte" del potere e delle funzioni formalmente disegnate dalle norme) era stata ridotta a qualificazioni di esclusione cognitiva: si parlava, infatti, di *Pseudorecht*²³ o "zone grigie" del diritto costituzionale²⁴. In realtà, i due termini denotavano atteggiamenti parzialmente differenti dell'osservatore: di chiusura, per lo *Pseudorecht* (in quanto lo si reputava privo di contenuto coercitivo e quindi irrilevante per il giurista positivista), di apertura, per le "zone grigie" (in quanto espressive di una compresenza, nella dinamica giuridica, di condizionamenti politici non indifferenti per il giurista). Ecco perché, nel momento in cui la Costituzione assurge progressivamente a variabile imprescindibile e totale della effettività di tutte le dinamiche giuridiche, l'esclusione cognitiva di questi fattori diventa difficilmente sostenibile: pretendere di non tributare rilievo a fenomeni di effettività non inclusi nelle forme costituzionali, quindi non dipendenti dalle regole precostituite o dalle decisioni giudiziali, ma produttivi di effetti impeditivi, distorsivi, modificativi o integrativi della Costituzione formale, avrebbe comportato non occuparsi per niente dell'esperienza giuridica.

Pertanto, se il "diritto muto" sembra dimostrare l'esistenza dello spontaneismo giuridico della società e i "crittotipi" la presenza di modalità e stili consolidati, ancorché non verbalizzati, di esercizio di attività formali già previste, le "zone grigie" includono tutti i fenomeni imprevedibili di varia manifestazione (comportamenti, atti, forme), non classificabili come elementi tipici di una funzione o di un contenuto, ma non per questo irrilevanti o addirittura inesistenti²⁵.

¹⁸ Cfr. A. Ruggeri, *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli 2012, 52 ss. La prospettiva esclusivamente giudiziale, poi, si occupa altresì delle c.d. "zone franche di illegittimità costituzionale": cfr. R. Bin, *"Zone franche" e legittimazione della Corte*, in *Giur. cost.*, 1, 2014, 640 ss.

¹⁹ In particolare, i comparatisti costituzionalisti di provenienza latina: penso ad Adolfo Posada, Luigi Rossi, Luís Sanchez Agesta, Manuel García-Pelayo, Pierre Avril, Giorgio Lombardi, Giovanni Bognetti, Raul Canosa-Usera, Jorge Miranda.

²⁰ R. Sacco, *Il diritto muto*, Bologna 2015.

²¹ Cfr., per la ricostruzione del dibattito, H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen 2000.

²² E. Fraenkel, *Il doppio Stato* (1974), trad. it., Torino 1983.

²³ L'espressione si deve a Paul Laband. Per gli approfondimenti, si può cfr. M. Carducci, *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padova 1996, 101 ss. e 320 ss.

²⁴ Il termine fu coniato da due costituzionalisti italiani degli inizi del Novecento (M. Siotto-Pintor, *Nella zona grigia del diritto costituzionale*, e A. Ferraciu, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, entrambi in *Annali Fac. giur. Univ. Perugia*, rispettivamente 1904, 109 ss., e 1905, 83 ss.), ma la sua rilevanza nella comparazione delle dinamiche giuridiche (tra organi, potere e libertà, fonti) venne approfondita in termini sistematici da B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances*, cit.

²⁵ In Italia, un Autore che ha cercato di aggiornare questi profili, sperimentando approcci di metodo interdisciplinari, è stato E. Spagna Musso, soprattutto con *Osservazioni per uno studio del diritto costituzionale quale struttura sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 19 ss., e *Appunti per una teoria giuridica dell'anomia costituzionale* (1975), ora in *Scritti on. C. Mortati*, I, Milano 1977, 279 ss. La medesima sensibilità per le "zone grigie" contrassegna tutta l'opera di Temistocle Martines. Tra i comparatisti italiani contemporanei, specificamente attenti alla dimensione delle "zone grigie", va ricordato in particolare Fulco Lanchester.

Se l'osservazione del "diritto muto" e dei "crittotipi" integra l'oggetto di comparazione e quindi ne rafforza il percorso euristico²⁶, le "zone grigie" pongono in crisi l'eshaustività delle forme proprio sul fronte della loro effettività e per questo richiedono teorie adeguate alla conoscenza e comprensione di questa dimensione: non semplici aperture interdisciplinari di risultato (per es. la linguistica, l'antropologia, le neuroscienze, per svelare il "diritto muto"²⁷, oppure osservazioni partecipate dell'esperienza giuridica, per identificare i "crittotipi"²⁸), ma specifici arricchimenti di dotazioni epistemiche e di metodo del giurista nel saper "scovare" queste ulteriori "latenze" non verbalizzate dalla Costituzione.

L'alternativa sarebbe stata la consegna di questa parte dell'esperienza giuridica ai protocolli di altri settori scientifici, come la politologia, la sociologia delle organizzazioni, il management (come in larga misura avvenuto, anche grazie al trionfo di quei calchi, quali "Governance", "Soft Law", "Accountability", privi di semantica storica²⁹).

Ma come si manifestano le "zone grigie", con quali effetti e come possono essere studiate? Seguendo uno scandaglio riferibile a Georg Jellinek³⁰, si tratterebbe di manifestazioni atipiche di interferenza intraorganica o interorganica, derivanti dalla disponibilità delle funzioni da parte dei loro titolari (secondo il calco concettuale, di matrice processuale tedesca, del c.d. "*Dispositives Recht*", e la tripartizione, chiarita definitivamente in Italia da Carlo Esposito, tra organo, ufficio e soggettività dell'ufficio³¹). Tali manifestazioni di disponibilità si concretizzerebbero nell'inerzia verso obblighi costituzionali (sotto forma di silenzio od omissione), nella loro funzionalizzazione a obiettivi ed esiti non necessariamente indicati in Costituzione (con le varie forme di piani o direttive "interne"), nella creazione di strumenti *extra ordinem* di orientamento di quelle disponibilità, nonché nel supporto interno alle funzioni formali di controllo o garanzia delle regolarità costituzionali.

Per conseguenza, molte di queste manifestazioni potrebbero essere ulteriormente classificate come atti (di governo, politici, costituzionali³²), attività/funzioni (di alta amministrazione, di direzione, di indirizzo politico³³), scelte³⁴, poteri³⁵, sfere di autonomia³⁶.

In ogni caso, tra forma dei procedimenti, contenuto delle decisioni previste e forma degli atti "tipici" non ci sarebbe necessariamente corrispondenza rispetto alle indicazioni costituzionali e

²⁶ Cfr. R. Caterina (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli 2006.

²⁷ Cfr. A. Gusmai, *Le neuroscienze come strumento di "emersione" del diritto muto*, in *Riv. Biodiritto*, 3, 2017, 7 ss.

²⁸ Nel senso di B. Latour, S. Woolgar, *Laboratory Life: The Construction of Scientific Facts*, Princeton 1979.

²⁹ Sulla "*Comparative Governance*" come scienza comparativa senza semantica storica, B. Guy Peters, G. Pierre, *Comparative Governance*, Cambridge 2016. Per i risvolti giuridici, A.J. Porras Nadales, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Madrid 2014.

³⁰ G. Jellinek, *Riforme e mutamenti costituzionali* (1906), trad. it., Lecce-Cavallino 2003.

³¹ C. Esposito, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Annali Univ. Camerino*, VI, 1932, 251 ss.

³² Per l'Italia, si cfr. i tentativi di approfondimento di A. Criscuoli, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, in *Annali Fac. giur. Univ. Perugia*, 1921, 574 ss., N. Villari, *Note per lo studio degli atti di diritto costituzionale*, Milano 1950, G. Ballardore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano 1949, 156, al quale si deve il tentativo di definizione dell'atto costituzionale come categoria specifica rispetto all'atto politico, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975, 78 ss., G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Torino 2000².

³³ Cfr. le ricostruzioni classificatorie di G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova 1973, J.J. Gomes Canotilho, *Constituição*, cit., M. Dogliani ora con *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna 2015.

³⁴ L.H. Tribe, *Constitutional Choices*, Cambridge 1985.

³⁵ P. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1986, 185 ss.

³⁶ Il tema dell'autonomia costituzionale, quale categoria politica presupposta alle previsioni normative, è stato oggetto di risalenti contributi: cfr. V. Sica, *Contributo alla teoria dell'autonomia costituzionale*, Napoli 1951, e G.U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Milano 1967, con la sua originale tesi dell'autonomia politica come autonomia negoziale privata dei soggetti costituzionali.

questo non per lacunosità delle Costituzioni, bensì proprio a causa della inevitabile "politicità" degli "accoppiamenti strutturali" delle Costituzioni³⁷.

Le "zone grigie", quindi, non possono non interessare qualsiasi giurista preoccupato di conoscere e comprendere le esperienze giuridiche nella loro effettività. Due, nello specifico, sono gli elementi determinanti che emergono dall'osservazione di questo campo: la comprensione della discrezionalità del legislatore (in senso lato inteso) nella produzione delle varie discipline giuridiche di effettività "interna" della Costituzione (*che cosa, come e perché* si può decidere in un determinato settore di normazione); il ruolo delle disposizioni costituzionali nel vincolare azioni, contenuti e atti dei diversi soggetti costituzionali, privati e pubblici per la effettività "esterna" della Costituzione (a quali limiti o vincoli si deve soggiacere).

Nel contesto delle Costituzioni novecentesche, la discrezionalità legislativa non ha potuto che esprimersi in due modi: come attività vincolata nel fine (il *perché*), ma libera nelle modalità del suo perseguimento (il *che cosa/come*); come attività libera sia nel fine che nelle modalità.

Tuttavia, il modo di atteggiarsi della discrezionalità non è dipeso tanto dal titolare della funzione, quanto piuttosto dal tipo di enunciati contenuti nelle Costituzioni di riferimento e dallo spazio concesso agli interstizi delle "zone grigie", evidentemente più ampi nella seconda prospettiva rispetto alla prima³⁸.

Le due prospettive, inoltre, hanno alimentato anche concezioni diverse del sistema costituzionale da parte degli operatori giuridici, indotti ad assumere i parametri costituzionali come chiusi ed esaustivi (nella prima prospettiva) oppure aperti e plurali (nella seconda), soprattutto per discutere e argomentare la costituzionalità/legittimità delle diverse discipline giuridiche. Questo spiega, tra l'altro, la crescente attenzione per gli studi sulla giurisprudenza come narrazione delle concezioni costituzionali espresse dalle decisioni, in termini di classificazione dei tipi di decisione, rispetto ai vincoli imposti appunto al legislatore, o confronto dei contenuti - formalmente o informalmente consolidati - di determinate concezioni costituzionali all'interno di uno Stato.

Tuttavia, poiché l'elemento determinante della discrezionalità conduceva a quello delle caratteristiche normative degli enunciati costituzionali e agli spazi di "autonomia" da esso abilitati per la effettività "esterna" di una Costituzione, le indagini costituzionali novecentesche hanno intrapreso anche il cammino delle tassonomie dei tipi di norme e di forza vincolante degli enunciati costituzionali. I contributi più significativi sono provenuti da tra contesti, che hanno influenzato scritture costituzionali ed elaborazioni intellettuali extraeuropee: quello tedesco, in particolare con gli studi di Friedrich Müller sulla struttura linguistica degli enunciati³⁹; quello italiano, con gli studi di Vezio Crisafulli sulle c.d. "norme programmatiche"⁴⁰; quello portoghese di José J. Gomes Canotilho sulla c.d. "Costituzione dirigente". Paradigmatiche, per la loro inclusione dei contributi tedeschi e italiani, sono state le classificazioni dei "vincoli costituzionali", elaborate da Gomes Canotilho⁴¹. Egli propone una tassonomia delle Costituzioni non nella loro interezza strutturale e funzionale, come formulato per es. da Karl Loewenstein, in Germania⁴², o successivamente da

³⁷ Com'è noto, il concetto di "accoppiamento strutturale" di diritto e politica su tutti i fronti dell'esperienza giuridica, in quanto acquisizione evolutiva delle Costituzioni complesse, si deve a N. Luhmann: cfr. la voce *Accoppiamento strutturale*, in *Luhmann in glossario*, a cura di C. Baraldi, G. Corsi, E. Esposito, Milano 1997, 31-33.

³⁸ Da tale angolo di visuale, K. Loewenstein, per es. considerando il ruolo degli organi e delle funzioni di controllo, classificava le Costituzioni in "normative", "semantiche" e "nominali", in funzione degli spazi di discrezionalità politica dei titolari degli organi e delle conseguenti ricadute sulle regolarità costituzionali. Se si vuole, cfr. M. Carducci, *La Costituzione come ontologia del «sentimento costituzionale»*, in *Scritti on. A. Tarantino*, I, Napoli 2014, 127 ss.

³⁹ F. Müller, *Arbeitsmethoden des Verfassungsrecht*, in *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, XI, a cura di M. Thiel, München-Wien 1972, 123 ss.

⁴⁰ Per il quadro italiano di riferimento, M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982.

⁴¹ J.J. Gomes Canotilho, *Constituição*, cit., 289 ss., 375 ss., 444 ss.

⁴² K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, Tübingen 2000⁴.

Mario Dogliani, in Italia⁴³, bensì nella considerazione "logico-semiotica" dei loro enunciati, distinguibili in ragione delle formule contenute e dei destinatari di riferimento: in questo modo, la sua classificazione tra "imposizioni costituzionali" sui poteri (categoria mutuata dal dibattito tedesco su *Verfassungsaufträge* e *Verfassungsbefehlen*), elemento determinante dell'autorità "interna" della Costituzione (si potrebbe dire degli apparati organizzativi prodotti dal testo), "direttive costituzionali" sui diritti e "determinanti costituzionali" sui significati, quali elementi incidenti sull'autorità "esterna" della Costituzione (sulle dimensioni sociali e comunitarie cui il testo si riferisce)⁴⁴, consente di porre a confronto qualsiasi Costituzione, prendendola sul serio, se così può dirsi, nella sua unitarietà di effettività (come "situazione costituzionale" dello Stato⁴⁵) e non solo nelle sue singole didascalie, per offrire un apparato metodologico di orientamento nell' "uso" delle Costituzioni, da parte di qualsiasi soggetto (individuo, titolare di funzioni, attore politico).

In più, l'approccio consente di evidenziare gli interstizi di disponibilità della Costituzione, in termini di spazio/tempo della libertà (di spontaneità giuridica del "diritto muto" dei soggetti nel diritto "culturale", diremmo oggi) e del potere *extra ordinem* (di "zone grigie" del diritto "politico")⁴⁶.

4. L'attenzione verso gli "antecedenti" in tempi "post-normali"

Ben vengano, quindi, studi che non relegano all'espressionismo insondabile del decidere, quello che Carl Schmitt definiva l'*Entschiedenheit* dei titolari di funzioni⁴⁷, il campo delle "latenze" del diritto costituzionale. Tutte le azioni di esternazione, organizzazione, influenza, valutazione presuppongono elementi "antecedenti" che non possono non essere scandagliati, al fine di comprendere l'effettivo dispiegarsi di una forma di governo. Nella tradizione angloamericana, questo genere di osservazioni, favorito da approcci maggiormente sensibili alle rilevazioni empiriche, ha contraddistinto, per esempio, le discussioni sul concreto atteggiarsi del principio di separazione dei poteri, soprattutto nella verifica delle forme di gerarchia o collegialità dei rapporti interorganici⁴⁸. In Italia, per rifuggire dalle concezioni meramente "esistenziali" dell'indirizzo politico, Enzo Cheli aveva proposto lo studio degli "atti" dei titolari degli organi, in quanto "antecedenti" dell'analisi delle funzioni⁴⁹. Le osservazioni critiche, a volte mosse alle classificazioni italiane delle forme di governo, hanno espresso lo stesso bisogno euristico⁵⁰.

⁴³ M. Dogliani, *Otto concetti di Costituzione*, in AA. VV., *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, a cura di A. Vignudelli, Modena 2011, 9 ss.

⁴⁴ Ma sui profili di autorità "interna" ed "esterna" delle Costituzioni, cfr. ora i contributi di O. Chessa, *La validità delle Costituzioni scritte*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2010, 55-119, e *I giudici del diritto*, Milano 2014, 527-596.

⁴⁵ Il concetto di "situazione costituzionale" dello Stato è stato rappresentato per la prima volta da J.J. Gomes Canotilho, e poi riemerso con Elinor Ostrom, ma come sinonimo di *Action Arenas*, ovvero di campi di osservazione di interazione spaziale tra attori, quindi non coincidente necessariamente con lo Stato e gli organi e organizzazioni, abilitati dalla sua Costituzione: cfr. *Collective Action and the Evolution of Social Norms*, in *14 J. Econ. Perspective*, 3, 137-158 (2000).

⁴⁶ Una utile ricognizione problematica dei nessi tra disponibilità dei testi normativi, spazi e tempi del loro utilizzo si deve alla teoria "realistica" di G. Winkler, *Il diritto e la scienza del diritto* (2014), trad. it., Modena 2015.

⁴⁷ Cfr. il classico C. Schmitt, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale* (1912), trad. it., Milano 2016. Anche da questo punto di vista, Weimar offre un laboratorio ricchissimo di riferimenti e suggestioni: si cfr. in merito R. Cavallo, *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Torino 2009.

⁴⁸ Si pensi agli studi di M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford 1967, e W.B. Gwyn, *The Meaning of the Separation of Powers*, New Orleans 1965.

⁴⁹ E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano 1968, 199-200. Anche R. Quadri, *Diritto costituzionale comparato. Appunti dalle lezioni*, Napoli 1961, 57, proponeva la differenziazione tra forma di governo e regime, in ragione di tali evidenze.

⁵⁰ Per es., M. Galizia, *Studi sui rapporti tra parlamento e governo*, Milano 1972, ha effettuato la prima ricognizione approfondita di questo genere di limiti nelle indagini italiane sulle forme di governo. Ma vanno anche ricordati M. Dogliani, *Spunti metodologici per un'indagine sulla forma di governo*, in *Giur. cost.*, 1973, I, 214-232, in merito alla tensione tra descrizione e spiegazione normativa delle forme di governo, e, ora, M. Volpi, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2015, 131-166, P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino 2011, 38 ss., A. Morelli, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per*

Dunque "latenza" e "antecedenza" si riflettono specularmente come elementi determinanti dell'esperienza giuridica degli organi e dei poteri⁵¹. Mi pare che le cinque ricerche discusse ne attestino la ricchezza di implicazioni, una volta intrapreso (e ripreso) questo genere di indagini giuridiche.

In chiusura di queste brevi considerazioni, tuttavia, vorrei sottolineare due profili specifici di originalità che, a mio avviso, i contributi dei giovani Studiosi offrono all'attenzione della comunità dei costituzionalisti. Si tratta di due aspetti che evidenziano la condizione "post-normale" della realtà costituzionale contemporanea⁵².

Il primo investe la "scoperta" della definitiva dissociazione tra "spazi" e "luoghi" di azione e relazione dei pubblici poteri nella realtà contemporanea. Se è vero che lo studio degli "antecedenti" rivela l'insufficienza cognitiva delle fonti del diritto⁵³ (giacché la loro conoscenza è sempre stata necessaria e indispensabile, ancorché mai sufficiente a cogliere fino in fondo le realtà dell'esperienza giuridica, ineluttabilmente integrata dai fatti), oggi esso consente di constatare come il piano delle "latenze" della forma di governo sia andato oltre la dimensione del tempo, in termini appunto di mera "antecedenza" con comportamenti, atti, decisioni, fatti, per appropriarsi di "spazi" diversi e ulteriori rispetto ai "luoghi" istituzionali di collocazione degli organi. Mi pare che questo dato emerga con nettezza dai contributi sulla esternazione dei pubblici poteri, sulla organizzazione della Presidenza della Repubblica e sull'esercizio della delega legislativa. I titolari degli organi, attraverso i loro comportamenti, comunicano oltre i "luoghi" delle relazioni interorganiche, attivando circuiti di condizionamento dell'esercizio formale delle funzioni, che non si riuscirebbe a focalizzare se si continuasse a descrivere la forma di governo con il solo ausilio delle fonti del diritto. Anzi, le stesse fonti fatte, pur così importanti nella concreta vita delle forme di governo, finiscono col subire questo smarrimento, soprattutto allorché dovrebbero attivarsi in termini di "correttezza costituzionale", ossia, per l'appunto, di fedele corrispondenza, come aveva insegnato Paolo Biscaretti di Ruffia⁵⁴, tra "spazi" e "luoghi" di esercizio e relazioni tra poteri. Di questo smarrimento, tra l'altro, mi è apparsa manifestazione significativa (perché espressiva sia della forza metaforica del potere di esternazione sia del concreto atteggiarsi della forma di governo) la recente vicenda delle esternazioni del Ministro degli Interni, Marco Minniti, alla Festa dell'Unità di Pesaro del 28 agosto 2017, quando, in quello "spazio" pubblico non istituzionale, ha confessato gli "antecedenti" di una decisione collegiale di governo, dettati dai suoi "personali timori" sulla "tenuta democratica" dell'Italia (in ragione dei continui sbarchi di migranti dalla Libia); timori a nessuno comunicati (neppure al Presidente della Repubblica in qualità di garante dell'unità nazionale), ancorché "presupposti" alla sua proposta nel "luogo" del Consiglio dei ministri. Può allora essere utile tornare a ricordare nuovamente Luhmann, il quale della funzione comunicativa delle organizzazioni complesse ha fatto uno dei pilastri della sua osservazione dei rapporti tra politica e diritto⁵⁵. La regolazione costituzionale delle organizzazioni, proprio per il suo scopo di razionalizzazione della disponibilità del testo, abilita la dimensione non giuridica dell'agire, ossia la dimensione "politica" del soggetto titolare della funzione, indirizzandone gli "accoppiamenti

uno studio sulle forme di governo, in *www.federalismi.it*, 1, 2017, sulla rilevanza della ricostruzione storica dei fenomeni latenti, per la comprensione dello stato attuale di una forma di governo.

⁵¹ Gli studi di M. Dogliani, ora nel cit. *La ricerca dell'ordine perduto*, insistono sull'importanza di questo genere di approfondimenti, al fine di attestare le regolarità costituzionali abilitate da regole e principi costituzionali.

⁵² Il tema della "post-normalità" si può far risalire alle riflessioni sul rapporto tra conoscenza scientifica e prassi, elaborate da G.H. Gadamer, *Che cos'è la prassi?*, trad. it. in *La ragione nell'età della scienza*, Genova 1999, 67-85, e delinea la complessità e difficoltà di condivisione dei paradigmi scientifici, rispetto a un pluralismo metodologico declinabile come ermeneutica soggettiva della realtà.

⁵³ Così L. Mossini, *Fonti del diritto. Contributo alla storia di una metafora giuridica*, in *Studi senesi*, 74, 1, 1962, 139 ss.

⁵⁴ P. Biscaretti di Ruffia, *Le norme di correttezza costituzionale*, Milano 1939.

⁵⁵ Prendo spunto da uno degli Studiosi più attenti a questo risvolto del contributo luhmanniano al diritto costituzionale: J. Torres Nafarrate, *Luhmann: la política como sistema*, México DF, 2004.

strutturali" con tutti i "sistemi" con cui il soggetto interagisce (dall'economia, alla scienza, al diritto stesso, alle organizzazioni, alla comunicazione ecc...)⁵⁶.

Il secondo profilo riguarda il tema della scienza come "antecedente" di fatto delle decisioni del giudice costituzionale sulle leggi. Qui gli interrogativi sono importantissimi: esistono concretamente i "fatti scientifici"? Possono (e come?)⁵⁷ essere assunti ad "antecedenti" delle cognizioni e valutazioni di un giudice? Il dibattito in merito è enorme e non è certo questa la sede per affrontarlo⁵⁸. Ritengo utile, però, richiamare alcuni passaggi, che evidenziano la complessità dell'assunto nel quadro generale delle "zone grigie" e degli "antecedenti" della forma di governo. In primo luogo, accennerei alla inevitabile ambiguità del giudice di fronte al tema, dato che il suo ruolo oscilla sempre tra l'accettazione (epistemologicamente passiva⁵⁹) della scienza come fonte di cognizione o interposizione⁶⁰ e la considerazione della stessa come oggetto controverso del cui confronto garantire la neutralità⁶¹. Nell'uno e nell'altro caso, la scienza si presenta come un problema. Ma non solo. Qualsiasi "fatto scientifico", soprattutto quando perviene a contenzioso giudiziale, soffre ormai del c.d. "paradosso dell'autorità": produce controversie, invece di risolverle⁶². E le produce in una duplice direzione: come "multitecnologismo", ossia come impossibilità di definire pacificamente al proprio interno l'unica, vera e condivisa soluzione ai problemi sottoposti⁶³; come "paradigma post-normale", ovvero come esigenza di democratizzazione dei processi di discussione di temi scientificamente risolvibili, ma bisognosi di consenso⁶⁴. Da questi punti di vista, i "fatti scientifici" assurgono sì ad "antecedenti" della forma di governo, ma nella misura in cui definiscono i modi o rivelano le "latenze" attraverso cui i conflitti della scienza sono gestiti dai poteri costituzionali. Le esigenze di "democratizzazione" della conoscenza scientifica, cui ha dedicato imprescindibili contributi Elinor Ostrom⁶⁵, sono figlie di questo stato di cose e non possono non coinvolgere anche il ruolo del giudice, soprattutto quello costituzionale, in funzione, tra l'altro, proprio di una rinnovata "razionalizzazione" dei poteri tanto della scienza quanto degli organi costituzionali e della sovranità popolare che rivendica interlocuzione e codecisione su argomenti scientificamente sensibili⁶⁶. Da questo punto di vista, la forma di governo italiana si scopre estremamente impreparata a cogliere la nuova sfida. Il mito della "riserva di scienza", in quanto interposizione necessaria tra sapienza giuridica e interessi in gioco, non regge al cospetto delle pressioni di condivisione dei saperi (scientifici come anche quelli c.d. "non esperti"), che provengono dal basso ed emergono in tanti conflitti pubblici. Né può reggere il solo discorso morale di discutere del "bene" di una soluzione giudiziale attraverso l'ausilio degli scienziati e degli studi scientifici come risorse narrative presunte "neutre" rispetto agli interessi in gioco.

Se è vero che non esistono procedimenti integralmente neutrali in qualsiasi dinamica dell'esperienza conoscitiva e se è vero che persino il bilanciamento giudiziale costituisce in realtà

⁵⁶ I lavori di N. Luhmann, postumi, che contengono queste complesse considerazioni, utilissime per lo studio degli "antecedenti" della forma di governo, sono *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2000, e *Organizzazione e decisione* (2000), trad. it., Milano 2005.

⁵⁷ Per una sintesi della complessità dell'interrogativo, si v. C. Piciocchi, *A ciascuno il suo mestiere: l'actio finium regundorum tra poteri dello Stato e territori ... "altri"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2015, 1159 ss.

⁵⁸ Cfr. le utili rilevazioni sulla giurisprudenza italiana di A. Santosuosso, G. Pinotti, *Il diritto delle corsi, la scienza e la tecnica: una tassonomia*, in *Riv. Biodiritto*, 1, 2017, 53 ss.

⁵⁹ Passiva, in quanto il giudice non è uno scienziato professionista e dunque non padroneggia (e forse neppure conosce) alcun protocollo dell'epistemologia.

⁶⁰ P.R. Senn, *Science as a Source of Law*, in *The Elgar Companion to Law and Economics*, a cura di J.G. Backhaus, Cheltenham-Northampton 2005, 433

⁶¹ C. Gusy, *Justiz als Hüterin "politischer Neutralität" der Wissenschaft?*, in *53 Recht und Politik*, 1, 2017, 36 ss.

⁶² Cfr. A. Lorenzet, *Il lato controverso della tecnoscienza*, Bologna 2013, 18 ss.

⁶³ M. Bucchi, *Scienziati e non scienziati. Perché scienza e società non si capiscono*, Bologna 2010, 54 ss.

⁶⁴ Cfr. già S.O. Funtowicz, J.R. Ravetz, *Science for a Post-normal Age*, in *25 Future*, 7, 1993, 739 ss.

⁶⁵ C. Hess, E. Ostrom (a cura di), *La conoscenza come bene comune* (2007), trad. it., Milano 2009.

⁶⁶ Sulle implicazioni di questo ineludibile problema delle forme di governo contemporanee, cfr. i dibattiti in M. Capanna (a cura di), *Scienza bene comune*, Milano 2013.

una "fuga" dall'argomentazione "oggettiva" e dunque dall'asetticità anche (dell'uso) dell'evidenza scientifica, non possiamo continuare a non vedere che la forma di governo necessita di riflessioni, analisi e proposte riferite a queste nuove "latenze" e ai nuovi "antecedenti" del suo funzionamento. Probabilmente c'è bisogno di ripensare quella separazione tra diritto costituzionale "generale" e diritto costituzionale "comune", per ricollocare in un'unica "clinica" lo studio della realtà, nel tempo della dissociazione di "spazi" e "luoghi" dei poteri e della dissoluzione della "normalità" scientifica.

I lavori dei nostri giovani Studiosi forniscono, secondo me, utili indirizzi per riprendere il cammino.