

## TRA POLITICA E DIRITTO: L'ADEGUAMENTO DELLA FORMA DI GOVERNO ATTRAVERSO I FATTI NORMATIVI

di Ylenia Maria Citino

SOMMARIO: 1. *L'insopprimibile duttilità della forma di governo.* – 2. *Incidenza dei fatti normativi.* – 3. *Il sistema delle convenzioni costituzionali fra normalità e crisi.* – 4. *Il posto della consuetudine costituzionale nella forma di governo e la trasgressione della Costituzione.* – 5. *Il concorso delle forze politiche sulla dinamica dei fatti normativi.*

### 1. L'insopprimibile duttilità della forma di governo

Nella sua vocazione a-temporale, la Costituzione deve fare i conti con il dinamismo storico che, attraverso l'operare delle forze politiche, impone il suo corso al diritto, lasciando tracce che difficilmente possono essere trascurate. L'originalità dell'impostazione mortatiana sul tema è stata in grado fin dal principio di cogliere questa doppia dimensione ontologica, identificando nel concetto di «Costituzione in senso materiale» l'effettività dell'organizzazione delle forze socio-politiche rivolte alla realizzazione dei fini e degli interessi postulati dalle formule costituzionali<sup>1</sup>.

L'evoluzione della forma di governo italiana non sfugge a questo fenomeno dato che, come è noto, è stata profondamente condizionata dalle varie fasi politiche<sup>2</sup>. Il passaggio dai governi di coalizione di stampo consociativo ai governi «di transizione», dal sistema elettorale di tipo proporzionalistico a quello maggioritario bipolare (e ad aspirazione bipartitica), l'ascesa del modello di partito «personale» o «carismatico»<sup>3</sup> non hanno lasciato impregiudicato l'assetto istituzionale voluto e pensato dai padri costituenti. Anzi, l'interazione fra politica e diritto ha prodotto prassi e condotte dei vari attori istituzionali che hanno modificato gradualmente il riparto dei poteri decisionali<sup>4</sup>.

Basti pensare, per quanto riguarda ad esempio la produzione di fonti normative di rango primario, ai cambiamenti apportati al rapporto tra esecutivo e legislativo dall'incremento esponenziale, spesso oltre il limite della legalità costituzionale, delle potestà normative

---

<sup>1</sup> Cfr. C. MORTATI, *Costituzione dello stato (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 167, ma anche Id., *La Costituzione in senso materiale* (1940), rist. inalterata con prefazione di G. ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 1998, soprattutto p. 76 e p. 115 e ss.

<sup>2</sup> Per una rassegna sulle principali vicende relative alla forma di governo italiana, fino al 1996, v. P. CALANDRA, *I governi della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996, *passim*.

<sup>3</sup> Cfr. S. STAIANO, *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *Federalismi.it*, 7 ottobre 2015, n. 19, p. 3. V. anche M. CALISE, *Il partito personale*, Roma-Bari, Latera, 2000, *passim*. Non si ometta P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 66 e ss.

<sup>4</sup> Non, questo, senza un certo gradualismo. Si veda, ad esempio, sul tema della continuità nelle prassi politiche e di governo con il periodo statutario, nonostante il nuovo tessuto costituzionale, ampiamente P. CALANDRA, *I Governi della Repubblica*, cit., p. 25 e ss.

governative<sup>5</sup>, con il frequente ricorso alla decretazione d'urgenza o alla delegazione legislativa, o la distorsiva proposizione di questioni di fiducia e maxi-emendamenti<sup>6</sup>. Ma non sono solo le prassi *contra Constitutionem* a dare un volto sempre diverso alla forma di governo, poiché il mondo dei fatti normativi è assai vasto ed ha avuto un ruolo così importante nel rimodellamento della costituzione materiale da far riemergere antichi problemi metodologici circa la purezza, o meno, dell'approccio giuridico<sup>7</sup>.

La spiegazione del funzionamento della forma di governo, in una prospettiva evolutiva, allora, non può prescindere dallo svolgersi effettivo dei precetti costituzionali. In questo senso, la attualità costituzionale deve essere il punto di avvio necessario per comprendere una realtà che è, allo stesso tempo, *prodotta* dal diritto e *produttiva* di diritto. Norme e realtà, infatti, pur non coincidendo, si trovano in un continuo rapporto di reciproca influenza, tant'è che la norma costituzionale, considerata nella sua asetticità testuale, rimarrebbe solo un comando giuridico astratto se avulso dal contesto in cui è applicata.

Il circuito fra essere e dover essere è ammissibile perché, come è stato affermato da innumerevoli studiosi, la Costituzione, pur rigida, è interpretata come un complesso normativo caratterizzato da una certa «elasticità»<sup>8</sup>, «cedevolezza» (Esposito) o anche «fluidità» (Azzariti). Le teorie sulle «norme a fattispecie aperta»<sup>9</sup> e su quelle intese come «programmatiche»<sup>10</sup> sono importanti corollari di questi principi.

Per aprirsi alla dimensione fattuale, dunque, è evidente che la forma di governo debba avere un certo grado di malleabilità, in modo da fungere da piattaforma ideale su cui le forze politiche si possano muovere. Il rapporto fra l'attitudine normogenetica della costituzione materiale e la giuridicità della costituzione formale è stato, tuttavia, considerato in vario modo. Negli studi di Mortati vengono identificati due momenti: il primo, in corrispondenza di un assetto politico stabile, si caratterizza per un'alta fedeltà della costituzione materiale a quella formale, dato che gli interessi e i valori da questa incarnati convergono alle forze politiche dominanti. Il secondo momento, invece, consiste in un rafforzamento della cogenza della Costituzione, al prorompere di una forza politica nuova, a garanzia del suo nucleo duro di principi. La schematicità di questa visione,

---

<sup>5</sup> Cfr. D. TEGA, *Gli atti normativi primari del Governo nelle recenti tendenze*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, cit., p. 133.

<sup>6</sup> Per un più ampio commento sul ruolo della legge nel sistema delle fonti v. F. MODUGNO, *La legge statale nell'ordinamento italiano*, in M. SICLARI (a cura di), *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma, Aracne, 2008, p. 13-52. Sulla perdurante attualità del problema delle fonti v. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* (1942), rist. con intr. di P. GROSSI, Torino, Giappichelli, 2010, p. 13.

<sup>7</sup> Da un lato, infatti, c'è la posizione di ELIA, che nel tradizionale contributo enciclopedico (*Governo - forme di*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, XIX, p. 634) sviluppa gli spunti di M.S. GIANNINI (*Prefazione* a BURDEAU, *Il regime parlamentare nelle costituzioni europee del dopoguerra*, trad. it. a cura di S. COTTA, Milano, Giuffrè, 1950, in particolare le critiche ai manuali classici a p. XVIII) e di M. DUVERGER (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10 ed., Paris, 1968, ma anche ID., *Les partis politiques*, Paris, 1967) per innovare rispetto alle impostazioni classiche sulla forma di governo, immettendo una nuova variabile data dal sistema dei partiti politici. Dall'altro, ci sono le obiezioni mosse da M. LUCIANI (*Governo - forme di*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, in part. p. 552-558) volte ad una rilettura ulteriore che escluda ogni rischio di ricadute di tipo sociologico o politologico, in un richiamo alla "purezza" del metodo giuridico. V. ulteriormente in prosieguo.

<sup>8</sup> Analogamente, M. FIORAVANTI, *La Costituzione ieri e oggi*, in *Atti dei Convegni Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008*, Roma, 2009, p. 6 che parla dell'elasticità come di un "lusso" che le Costituzioni possono permettersi «se sono alla base ben fondate, ovvero riconosciute senza incertezze come norme fondamentali e primarie dalle rispettive comunità politiche». Un altro autore fa discendere dall'elasticità come conseguenza naturale la minore utilizzabilità dei lavori preparatori. È possibile, nei paesi a Costituzione scritta, che nella prassi si sviluppino delle interpretazioni dei testi costituzionali totalmente difforni rispetto alle intenzioni dei costituenti. Così, A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, I, 3-15, ma soprattutto p. 8.

<sup>9</sup> Così L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 640 ove conclude che «le norme sulla forma di governo (e particolarmente quelle relative al governo parlamentare in senso proprio) sono a fattispecie aperta (entro certi limiti) e cioè suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che ad esso fanno capo».

<sup>10</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 52 e ss.

tuttavia, non è stata esente da obiezioni, principalmente sulla funzione «stabilizzatrice» della costituzione materiale. La competizione aspra fra le forze politiche comporterebbe invero un distacco maggiore fra il testo della Costituzione e la prassi, non già una funzione di garanzia al mantenimento dello *status quo*<sup>11</sup>. Ciò che emerge da entrambi gli approcci, comunque, è che la forma di governo è caratterizzata da un'insopprimibile duttilità, utile a rendere compatibili le varie torsioni della realtà politica sottostante con le esigenze di uniformità e obiettivizzazione delle regole alla base della «necessità costituzionale».

Il tema della distanza fra testualità e fattualità della Costituzione può rivelarsi importante per capire se i processi costituzionali si trovino in una fase fisiologica o, al contrario, in una fase patologica. Nel primo caso, le prassi sorte liberamente dagli interstizi in bianco della Costituzione si trovano in perfetta osmosi con i principi generali relativi alla forma di governo, perché alla base c'è un consenso stabile e perdurante dei poteri costituzionali. Nel secondo caso, gli stessi principi, un tempo pacificamente specificati nella prassi, si riespancono assumendo un contenuto più vago. Il riaffiorare di una certa conflittualità interpretativa e applicativa è un chiaro indicatore dell'esistenza di una crisi di consenso. Perciò, nella fase fisiologica si ammette e si reputa funzionale solo un assetto costituzionale. Nella fase patologica ogni forza contrapposta sostiene l'assetto che più le conviene e le prassi che ne risultano sono il frutto di negoziazioni continue, rimanendo valide soltanto *rebus sic stantibus*.

Da quanto detto, è incontestabile che l'esperienza repubblicana non sia stata irrigidita dalle formule testuali del 1948. Essa si è di volta in volta identificata, piuttosto, in un complesso di materiali che si sono proiettati al di là delle mere enunciazioni scritte della Costituzione: basti pensare ai regolamenti parlamentari, alle leggi attuative e alle elaborazioni ermeneutiche delle disposizioni costituzionali, alle interpretazioni giurisprudenziali che formano la Costituzione *vivente*, ma anche, in larga misura, alle prassi, consuetudini e convenzioni elaborate dagli organi costituzionali secondo dei processi relazionali<sup>12</sup>. Sarebbe impossibile comprendere a fondo l'ordine vigente in un dato momento storico se si considerassero solo le norme nella loro astrattezza. Queste ultime, infatti, devono essere tradotte nella realtà materiale dei rapporti tra poteri e ciò implica il venire in rilievo della fattualità della forma di governo.

La dottrina ha tradizionalmente affrontato il problema sotto il profilo delle “modifiche” o “modificazioni” tacite della Costituzione<sup>13</sup>, intese in almeno due modi diversi. Alla luce di una prima accezione, più restrittiva, modificazioni tacite sarebbero quelle prodotte dalla discrepanza fra il testo costituzionale, formalmente immutato, e l'assetto costituzionale vigente per mezzo di atti e

---

<sup>11</sup> Così, V. ZANGARA, *Costituzione materiale e costituzione convenzionale. Notazioni e spunti*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati: aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1977, 1, p. 346. Altri hanno sostenuto che l'efficacia dell'ordinamento non è determinata solo dalle forze politiche, poiché negli stati moderni esiste un pluralismo di forze tale da comportare l'espansione delle forze costituzionali al di là dei partiti stessi. Così, G. GUARINO, *Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali*, in *Dir. e giur.*, 1948, p. 36 e ss.

<sup>12</sup> A tal riguardo, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 444 e ss., rielaborato anche in O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, p. 51. Il pensiero di BARTOLE accoglie una nozione più ampia di costituzione vivente, al di là dei multipli episodi interpretativi del testo, differenziandosi rispetto a L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 143 per il quale costituzione vivente è solo «la Carta costituzionale in quanto ricostruita e applicata». Originale, poi, è l'approccio volto ad enucleare un concetto di dimensione *virtuale* della Costituzione, prodotto dal manifestarsi di fatti normativi. Tale metodo avrebbe il pregio di condurre ad una comprensione del sistema costituzionale senza i limiti, in termini di instabilità ed incertezza, dei concetti di costituzione formale o materiale. Così, Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 345 e ss.

<sup>13</sup> In ordine cronologico, si segnalano, *ex multis*, i seguenti contributi: F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le “modificazioni tacite” della Costituzione*, in *Foro pad.*, 1951, IV, p. 185 e ss e in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, ripubbl. in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1965, p. 83 e ss. cit., p. 83 e ss.; S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1959; M. CARDUCCI, *La revisione costituzionale parziale come “modificazione tacita” della Costituzione*, in AA. VV., *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Napoli, Jovene, 1999; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., in part. p. 407 e ss.

fatti che altererebbero la ripartizione delle attribuzioni fra i poteri<sup>14</sup>. Questi fenomeni modificativi, dunque, pur essendo sorti per lo più in via consuetudinaria o convenzionale, giungerebbero a modificare il significato dei precetti costituzionali, in quanto superati o incompleti<sup>15</sup>. In una seconda accezione, certamente più vasta, si arrivano a ricomprendere anche i casi di «vere e proprie violazioni della costituzione, prodotesi per inadempienza o per pretestuosa attuazione del precetto costituzionale»<sup>16</sup>.

Mentre l'orientamento più restrittivo deporrebbe a favore delle modifiche tacite, intese come fisiologici assestamenti di un ordinamento costituzionale, l'orientamento più ampio finirebbe per dare un valore negativo alle medesime, suscettibili non solo di vulnerare l'articolazione dei principi e dei rapporti come voluta dai costituenti ma anche di ledere le posizioni costituzionali garantite (e in ultima analisi, persino i diritti)<sup>17</sup>.

Parlare di adeguamento della forma di governo, invece, consente di riferirsi ad una duplice modalità di processi. Da un lato, la lenta e graduale sedimentazione di regole attraverso la prassi o l'emersione di precedenti che, quasi inavvertitamente agli occhi degli operatori costituzionali, specificano, restringono o allargano le maglie della forma di governo, senza rilevanti spaccature rispetto alle precedenti interpretazioni. Dall'altro lato, quei meccanismi più bruschi di adeguamento<sup>18</sup>, sorti dalla necessità di far fronte a un nuovo e impreveduto caso da regolare attraverso l'individuazione estemporanea di una regola (come si è verificato in materia di impedimento del Presidente della Repubblica)<sup>19</sup>.

## 2. Incidenza dei fatti normativi

Si prendano ora in esame i principali fattori che provocano e guidano il processo di adeguamento della forma di governo, ossia i fatti normativi, quegli eventi o quelle condotte materiali posti in essere dagli attori costituzionali che, in virtù di una forza normativa intrinseca,

---

<sup>14</sup> Per riprendere le parole di Pierandrei, le modificazioni tacite «si presentano, con il volgere del tempo, quando, permanendo immutate le formule scritte, la realtà giuridica viene a configurarsi diversamente da ciò che in passato sembrava voluto dalle formule medesime o che potrebbe ancora apparire voluto da esse, secondo il loro significato palese e immediato». Tutto ciò, avviene senza che si provveda a modificare la Costituzione con un valido procedimento di revisione formale. Cfr. F. PIERANDREI, art. ult. cit., p. 89.

<sup>15</sup> A tal proposito F. PIERANDREI, art. ult. cit., p. 90 si riferisce a «situazioni giuridiche imprevedute».

<sup>16</sup> S. TOSI, *Modificazioni tacite*, cit., p. 4.

<sup>17</sup> Secondo S. TOSI, *Modificazioni tacite*, cit., p. 5, a rigore non si potrebbe parlare di modificazioni tacite in regime di costituzione rigida, perché i prodotti dell'interpretazione evolutiva sono dei fenomeni assolutamente legittimi, mentre se vanno oltre tale confine di legittimità non c'è altro modo di configurarli se non come delle vere e proprie violazioni costituzionali. Analogamente anche C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I) Premesse generali*, Napoli, Jovene, 1992, p. 170 e ss., secondo il quale nel nostro ordinamento le modificazioni tacite, che opererebbero per fatti concludenti, non si possono ritenere legittime in quanto sempre contraddittorie rispetto alla costituzione formale.

<sup>18</sup> Non ci si riferisce, qui, a quei fenomeni violenti o repentini, che danno luogo a una rivoluzione o un colpo di Stato, che sono invece ipotesi di rottura della Costituzione. Cfr. S. TOSI, *Il colpo di Stato*, con pref. di W. Cesarini Sforza, Roma, Gismondi, 1951, p. 5 e ss.; F. PIERANDREI, *La rivoluzione e il diritto*, in *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino, 1964, p. 211-249; G. LO VERDE, *Rivoluzione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, XVIII, p. 899 e ss.; S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 220-233; S. COTTA, *Per un concetto giuridico di rivoluzione*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di L. Sturzo*, Bologna, 1953, p. 471-493; C. CATTANEO, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1960, p. 15 e ss.; G. FIASCHI, *Rivoluzione*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 68.

<sup>19</sup> Basti pensare al caso Segni, ove per la prima volta si ebbe occasione di risolvere il nodo sulla controfirma dell'atto di dimissioni del Presidente della Repubblica, ritenuto esente da essa. Le vicende del 1964, tuttavia, non hanno risolto in maniera univoca alcune questioni, come quella della competenza ad accertare l'impedimento presidenziale, sulle quali rimangono voci discordanti. Cfr. L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 190-191. Ma anche S. LABRIOLA, *Supplenza, dimissioni, impedimento del Presidente della Repubblica*, in *Studi parlamentari di politica costituzionale*, 1978, p. 15 e ss. e V. CRISAFULLI, *Natura e accertamento degli impedimenti del Presidente della Repubblica*, in *Rass. parl.*, 1964, p. 427 e ss.

producono una regola cogente<sup>20</sup>. Parlare di “fatto” non può semplicemente rimandare al concetto di «dato grezzo, avvenimento chiuso nella sua particolarità e accidentalità»<sup>21</sup>, bensì deve evocare un «fenomeno complesso, che non esiste se non interpretato, ricostruito, ricondotto a un “tipo”, a un modello che lo definisce»<sup>22</sup>. Una serie di fatti identici o simili, dunque, può rientrare sotto un medesimo modello, definibile come una *regolarità*<sup>23</sup>. Tuttavia, nel momento in cui viene accompagnata da una *opinio* di doverosità, la medesima assurge a tutti gli effetti a *regola*, una regola di origine fattuale e, in questo campo, principalmente politica<sup>24</sup>.

In tale ottica, il problema della configurabilità del fatto normativo come fonte di diritto, alla stregua di una concezione rigorosamente formalistica, andrebbe risolto con l'esclusione dalla categoria di tutti i fatti atipici. Essendo diritto esclusivamente ciò che trova giustificazione nell'ordinamento, ovvero solo ciò che è tassativamente codificato in regole scritte e *posto* in base ad una norma di produzione giuridica, il fatto non tipizzato sarebbe una semplice fonte *extra ordinem*.

Un tale orientamento rischia però di essere troppo restrittivo, poiché limitando la ricerca a situazioni di tipicità fa escludere la deducibilità – o la rilevanza giuridica<sup>25</sup> – di numerose regole convenzionali o prassi che pure caratterizzano una forma di governo<sup>26</sup>. Tali regole, infatti, ben possono esistere se si sposa l'insegnamento di Rescigno che aveva individuato la categoria della

---

<sup>20</sup> La cd. “forza normativa del fatto” è un motivo ricorrente nelle riflessioni degli studiosi su questo tema, nel tentativo di spiegare come sia possibile che *ex facto oritur ius*. La teoria della forza normativa del fatto trova il suo precursore in G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato – Volume I, Studi introduttivi. Dottrina generale sociale dello Stato*, trad. it., Milano, Società Editrice Libreria, 1921, p. 70. Si vd. anche ID., *Mutamento e Riforma Costituzionale*, trad. parz. di M. CARDUCCI (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Berling, Verlag von O. Haring, 1906), Lecce, Pensa Editore, 2004, p. 10 e ss. Sul tema dei fatti normativi, v. ampiamente Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, cit. Cfr. anche, *ex multis*, il contributo di R. ORESTANO, *I fatti di formazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 28-29, secondo cui sono fatti normativi quei fatti che «al di fuori di una preventiva posizione di norme regolatrici, valgono – col loro realizzarsi e stabilizzarsi – ad instaurare o modificare un ordinamento giuridico, nel suo insieme o in singole strutture, ponendosi, essi medesimi, come determinanti della propria legittimità ed efficacia». Quanto ad altre nozioni, si rinvia a P.L. ZAMPETTI, *Considerazioni metodologiche sul problema dei rapporti tra norma e fatto*, in *Jus*, 1959, 2, p. 216-231; F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale*, cit., p. 83 e ss.; C. PIOVANI, *Il significato del principio dell'effettività*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 16 e ss. Per una rassegna delle varie definizioni di “fatto normativo” v. per tutti R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 645 e ss.

<sup>21</sup> Così M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, p. 35.

<sup>22</sup> M. DOGLIANI, *ibidem*. Cfr. anche M. WEBER, *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, ora in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1958, p. 57 e ss. il quale formula una definizione di “tipo” come “stenografia di concetti”. Si menzioni anche il contributo di A. RUGGERI, che contrappone alle regole costituzionali le regolarità della politica nelle dinamiche endogovernative (*Il Governo tra vecchie e nuove regole e regolarità (spunti problematici)*, in *AIC, Il Governo. Atti del Convegno di Palermo, 8-9-10 novembre 2001*, Padova, Cedam, 2002, p. 317 e ss).

<sup>23</sup> Per M. DOGLIANI (op. cit., p. 36) le regolarità sono delle «costanti di fatto, dei dati strutturali, delle interpretazioni dell'organizzazione statale ricostruite al di là e indipendentemente dal dato normativo formale».

<sup>24</sup> Sulle regole derivanti da atti politici, e sulla insindacabilità di questi ultimi cfr. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 220 e ss.; più risalenti O. RANELLETTI, *La consuetudine come fonte di diritto pubblico interno*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1913, p. 147; A. AMORTH, *Atti del governo*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino, 1937, p. 1110 e ss. Importante il contributo di E. CHELI, *Atto politico e indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961.

<sup>25</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, p. 20, nota 3 ove si riportano numerosi esempi di regole convenzionali che avrebbero necessariamente un carattere giuridico.

<sup>26</sup> Per M. LUCIANI, *Governo*, cit., p. 538 e ss. la definizione corrente di forma di governo è «l'insieme delle regole giuridiche dei rapporti fra i poteri e organi costituzionali titolari di attribuzioni decisionali di natura politica», limitatamente a quelle essenziali, che configurano l'identità di una forma di governo. In particolare, egli si riferisce a «regole propriamente giuridiche in quanto positivamente vincolanti (ancorché non necessariamente ognuna di esse sia *enforceable* con mezzi giurisdizionali). Per questo rientrano nel concetto (oltre – ovviamente – alle norme scritte) le consuetudini, anche costituzionali, ma non la prassi, neppure in forma di convenzione, ove non assurta al rango di consuetudine». Una posizione leggermente diversa è quella di L. ELIA, *Governo*, cit., p. 639, nt. 20, il quale perviene alla conclusione della loro rilevanza in una teoria sulle forme di governo. Ancora, M.S. GIANNINI, cit., p. XI, afferma che «le costituzioni degli Stati non sono testi normativi, ma questi e la prassi assieme». In altre parole, per vedere se un dato sistema costituzionale rientri o meno nella tipizzazione di una forma di governo, bisogna studiare anche le deformazioni prodotte dalla prassi.

«regola di fatto che non può essere non giuridica». Questa troverebbe fondamento nella circostanza che, essendo il fatto il primo elemento di una serie successiva di atti caratterizzati dalla giuridicità, non potrebbe esso stesso non essere *giuridico*.

Se tale “catena” di giuridicità fosse interrotta dalla non giuridicità della regola di fatto, anche gli atti successivi dovrebbero essere considerati invalidi. Ma così non fu quando, per esempio, il Re, sotto la vigenza dello Statuto albertino, nominò un luogotenente per esercitare le sue funzioni in caso di impedimento o di impossibilità di recarsi in certe province. Lo fece pur senza il supporto di una norma positiva che lo autorizzava. Ciononostante, questa prassi fu fin da subito assistita dalla coercibilità, poiché i magistrati eseguivano gli atti del luogotenente nel presupposto della loro validità e i destinatari degli atti erano tenuti ad ottemperarvi. Per concludere, si menzioni anche il Crisafulli<sup>27</sup>, che teorizza l’impatto di fatti *extra ordinem* suscettibili di interferire sull’ordinamento malgrado quest’ultimo non preveda alcunché. Classici esempi ne sono i colpi di stato riusciti o le rivoluzioni vittoriose<sup>28</sup>.

È agevole constatare quanto sia difficile formulare una nozione esaustiva e non contraddittoria del fatto normativo, considerato in rapporto con il sistema giuridico. Emerge, infatti, come i vari modi di intendere il diritto spingano gli operatori a diverse, ed antitetiche, valutazioni del fatto normativo. Riassumendo, coloro che muovono da una concezione prescrittiva adottano un metodo che mira a colmare le lacune nella forma di governo attraverso il ricorso alle sole argomentazioni testuali. Per cui, i comportamenti dei singoli consociati o le prassi degli organi costituzionali sono ininfluenti nell’ordinamento qualora non rispettino quelle condizioni di procedura e di competenza necessarie affinché i medesimi possano essere sussumibili in una dimensione giuridica. Inoltre, il fatto normativo in sé considerato è un elemento spurio nel sistema e costituisce, nella sua cangiante irregolarità, una minaccia alla stabilità e alla certezza del diritto, un’interferenza da contrastare<sup>29</sup>.

Per i fautori di una concezione descrittiva, viceversa, la realtà materiale è parte integrante del sistema e i fatti normativi rilevano ai fini dell’analisi del diritto costituzionale. In questa prospettiva, allora, il fatto normativo non è più una minaccia esterna, ma un’espressione interna fisiologica della derivazione necessariamente umana (e dunque, *naturale*) del diritto, una valvola di sfogo che permette al diritto, altrimenti troppo rigido, di adeguarsi perpetuamente alla realtà. Solo nel momento in cui la corda del diritto, normalmente elastica, verrà tesa in modo eccessivo fino a spezzarsi, la norma scritta non sarà più capace di contenere la realtà e da più parti si invocherà un suo mutamento.

Posta la diversa incidenza dei singoli fatti normativi sulla forma di governo, è possibile considerarli come categoria unitaria solo in funzione del processo osmotico in atto fra la Costituzione materiale, della quale costituiscono il tessuto vivente, e la Costituzione formale. Essi, infatti, agiscono tutti su un piano materiale, ammesso che la Costituzione abbia quel grado di flessibilità da consentirli. Ma, fra i vari tipi di fatti, due sono quelli che rilevano particolarmente ai nostri fini, e sono la convenzione e la consuetudine costituzionale. Quanto agli altri, basti qui affermare che hanno un rilievo minore e che, spettando l’osservanza delle regole da essi prodotta ai soggetti stessi che le hanno poste in essere sulla base di motivi di opportunità politica, utilità o

---

<sup>27</sup> Così, V. CRISAFULLI, *ibidem*, 192 e ss. ma anche R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 95.

<sup>28</sup> V. *ante*, nt. contenente bibliografia in tema di rivoluzione.

<sup>29</sup> Di recente, si evidenzia il contributo di M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, paragrafo 9: «Non resta che una desolata conclusione: il primato della prassi nel diritto costituzionale [...] dipende dal costume mentale dei costituzionalisti [...] c’è infatti una crisi della legalità costituita ogni volta che la regola forgiata dalla prassi s’imponga a scapito della norma scritta [...] la Costituzione formale e quella materiale si delegittimano a vicenda, col risultato che quando un paese ne ospiti due versioni incompatibili, quando il divario tra il diritto e il fatto assuma proporzioni troppo vistose, esso si trova in conclusione senza Costituzione, senza un ordine costituzionale cui appellarsi». Per l’autore il predominio della prassi è, dunque, antesignano dell’autoritarismo e ciò non solo quando la prassi è in violazione della regola legale positiva ma anche quando la applica deformandola.

etichetta istituzionale, corrispondentemente non producono innovazioni di rilievo in ambito di forma di governo.

### 3. Il sistema delle convenzioni costituzionali fra normalità e crisi

L'accentuazione del divario fra il dettato costituzionale e le condotte poste in essere dagli operatori istituzionali, conformemente a consolidati schemi d'azione, è il segno evidente di quella patologica regolarità<sup>30</sup>, espressione di una fase di transizione costituzionale<sup>31</sup>. Durante questo periodo, infatti, le forze politiche, in stato di crisi, sono incapaci di razionalizzare in una riforma le modifiche che sono intervenute sul piano materiale e l'aspirazione alla revisione dell'assetto normativo viene frustrata dall'inconcludenza data dal perdurare della transitorietà. L'unica certezza, allora, è data dall'esistenza di convenzioni che si pongono come stabili norme comportamentali in contrapposizione con un ordine positivo, percepito come non più adeguato e sul quale è venuto a mancare il consenso<sup>32</sup>. Più la discrepanza fra dato testuale e fatto materiale aumenta, più gli operatori costituzionali avranno una predisposizione ad interpretare le norme costituzionali con il minore grado di vincolatività possibile (e specularmente, con il maggiore grado di programmaticità)<sup>33</sup>.

Il sistema delle convenzioni va studiato come un fattore importante per la funzionalità di un assetto costituzionale<sup>34</sup>. Bisognerà, a tal fine, valutare il grado di stabilità delle convenzioni, il grado di acquiescenza e di osservanza che le varie forze politiche vi attribuiscono, così come anche il grado di obiettivizzazione che certe prassi acquisiscono. Se un dato precedente, infatti, è legato a una forza politica determinata e non è assistito da un sufficiente consenso delle altre forze politiche, sarà molto probabile che al cambiamento di maggioranza si formerà un nuovo precedente.

La cedevolezza delle convenzioni può essere una caratteristica apprezzabile in materia di crisi di governo, dove il silenzio costituzionale è stato serbato per permettere alla forma di governo di svilupparsi in modi svariati a seconda della temperie politica. In altri campi, tuttavia, come quello del diritto parlamentare, il fatto che una convenzione sia sottoposta a ripetute modifiche può essere sintomo di instabilità delle forze politiche. In altre parole, la destrutturazione dei partiti, derivante dalla breve vita dei movimenti politici o dall'aumento della litigiosità tale da frustrare ogni decisione, impedisce il verificarsi di modelli costanti di comportamento. I *new comers*, infatti, difficilmente si sentono vincolati da convenzioni che erano in vigore tra le parti antecedenti e non potranno che rimettere in discussione le regole alla luce dei nuovi rapporti di forza<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> L'espressione è mutuata da A. BARBERA, *Le epifanie del «fatto» nel diritto costituzionale*, in AIC, *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale. Atti del XXIX Convegno annuale. Catanzaro, 16-17-18 ottobre 2014*, Napoli, Jovene, 2015, p. 261.

<sup>31</sup> Sul tema, A. RUGGERI, *Note sparse per uno studio sulle transizioni di rilievo costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2000, p. 63 distingue fra continuità dei valori e discontinuità delle regole organizzative.

<sup>32</sup> In tal senso, ad esempio, R. CHERCHI, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, Jovene, 2006, p. 47, ma anche in premessa, (p. XI) ove afferma che «anche nei periodi di crisi, il diritto costituzionale deve individuare quelle regolarità potenzialmente suscettibili di consolidarsi come convenzioni o consuetudini costituzionali, alla ricerca di idee costituzionali che possano essere utili, anche *de iure condendo*, al fine di stabilizzare la forma di governo e migliorare la sua funzionalizzazione alla forma di stato democratica».

<sup>33</sup> Sia chiaro, questo non vale per la prima parte della costituzione, le cui formulazioni ampie non sono motivo di ambiguità ma una valvola preziosa che consente l'espansione del catalogo dei diritti in base alle nuove esigenze che emergono nella società. Diversamente, «sul terreno della forma di governo quella che abbiamo chiamato manipolazione della Costituzione si è manifestata in un cedimento della forma regolativa delle norme costituzionali nei confronti delle autorità politiche». S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., p. 441.

<sup>34</sup> Lo fa, ad esempio, G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, Giappichelli, 2003, il quale nei primi due capitoli compie una rassegna delle varie teorie in tema di convenzioni, mentre nel terzo capitolo (p. 57 e ss.) analizza le regole non scritte e i fatti a rilevanza costituzionale fra la XIII e la XIV legislatura.

<sup>35</sup> Così, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 51.

Questo è dovuto al fatto che le convenzioni hanno, alla base, un fondamento pattizio in quanto la loro vincolatività dipende, in sostanza, dalla volontà delle parti che accettano di osservarle, salvo che si addivenga ad una loro più duratura stabilizzazione volta alla nascita di una regola di tipo consuetudinario.

La convenzione costituzionale, allora, rispetto alla consuetudine che ha una platea potenzialmente più vasta di soggetti, è di base bilaterale o plurilaterale, ma i soggetti sono determinati o determinabili. Non è però considerabile alla stregua di un contratto, perché non è richiesto ai fini della sua formazione che due o più volontà separate si congiungano nel dar vita ad una volontà unica. La convenzione può essere anche tacita o frutto dell'imposizione di una parte sull'altra, la quale, riconoscendo di trovarsi in una posizione subordinata, non potrà fare altro che accettarla. Ecco perché nei rapporti reciproci le convenzioni *simul stabunt vel simul cadent*. La tenuta complessiva è basata sul mantenimento del medesimo equilibrio politico grazie a cui si sono formate.

Per fare un esempio, si pensi alla convenzione sull'elezione dei Presidenti d'Assemblea che, a partire dalla VII legislatura aveva portato a scegliere personalità appartenenti all'opposizione. Alla volta della XII legislatura, invece, per il venir meno delle ragioni politiche che la sorreggevano, la convenzione è decaduta provocando un ritorno alla "presidenza di maggioranza" come nella prima fase della nostra storia repubblicana<sup>36</sup>.

La dottrina inglese poggia su una secolare tradizione consuetudinaria che si incardina principalmente su *customs* e *conventions*. Tali regole, fondate su un generale principio di accettazione e acquiescenza<sup>37</sup>, sono funzionali ad assicurare un corretto rapporto fra il Parlamento sovrano, e il *cabinet*, sua diretta emanazione, nell'obiettivo di tradurre al meglio la volontà del popolo, fulcro dell'ordinamento costituzionale britannico<sup>38</sup>. L'approccio del giurista anglosassone è del tutto peculiare. Le convenzioni sono, ai suoi occhi, il frutto di un processo di aggiustamento istituzionale e di *political bargaining* fra i poteri, attraverso reciproche concessioni nell'esercizio delle attribuzioni costituzionali.

---

<sup>36</sup> Cfr. M. MANETTI, *Le modalità di elezione e i poteri di nomina. La drammatica assenza di nuove regole per il ruolo dei Presidenti*, in ARSAE, *Le trasformazioni del ruolo dei Presidenti delle Camere, Il Filangieri. Quaderno 2012-2013*, Napoli, Jovene, 2013, p. 165 e ss. per la quale la convenzione in questione non era l'affermazione di una regola alternativa bensì di una vera e propria violazione della prassi.

<sup>37</sup> Si rimanda a W.I. JENNINGS, *The Law and The Constitution*, London, University of London Press, 1955, p. 106; J.B.D. MITCHELL, *The flexible constitution*, in *Public Law*, Winter, 1960; W. BAGEHOT, *The English Constitution*, intr. di R.H.S. CROSSMAN, 1964; G. MARSHALL, G.C. MOODIE, *Some Problems of the Constitution*, London, Hutchinson, 1959, p. 33, per i quali gli usi sono una categoria eterogenea che racchiude regole generali prescrittive di tipo convenzionale ma di formulazione incerta, pratiche amministrative che, invece, sono state redatte in forma scritta, "generalizzazioni descrittive" del comportamento del governo in certe occasioni (gli aa. fanno l'esempio del presidente americano che, nel formare il suo Gabinetto, nominerà le personalità politiche appartenenti a territori ai quali egli attribuisce maggiore importanza da un punto di vista politico). Si vedano anche O. HOOD PHILLIPS, *Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors*, in *Modern Law Review*, 1966, p. 137 e ss. per una rassegna dei predecessori della dottrina diceyana.

<sup>38</sup> Si vd. P. LEYLAND, *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale, Relazione al XXIX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "Prassi, consuetudini e convenzioni nel diritto costituzionale"*, Università "Magna Graecia" di Catanzaro, 17 e 18 ottobre 2014, in *Diritto pubblico*, 2014, 2, p. 411-429: «conventions allow what might otherwise be a rigid legal framework to be kept up to date with the changing needs of government because, as we shall see, they are constantly evolving». Per questo si è detto che la Costituzione britannica è una Costituzione politica (Cfr. GRIFFITH, *The political constitution*, 1979, 42) e che la "juridification" della politica, nel caso un giorno si decidesse di operare una trasposizione della Costituzione in norme scritte, sarebbe un grande vulnus (Cfr. G. PARRY, M. MORAN (eds), *Democracy and Democratization*, 1994, p. 253). Cfr. anche I. HOLLIDAY, A. GAMBLE, G. PARRY (eds), *Fundamental in British Politics*, 1999, p. 26 per i quali la flessibilità non è tale da pregiudicare i principi che formano il nucleo duro del modello britannico.



La stabilità delle convenzioni non dipende affatto dalla loro formulazione in un testo scritto, che altrimenti le cristallizzerebbe<sup>39</sup>. Non dipende nemmeno dai giudici che le applicano, poiché esse non sono giustiziabili e rimangono nella sfera dei rapporti politici. Dipende, invece, dagli organi costituzionali stessi (oltre che dallo stabile sistema di partiti politici che ne è alla base). Ciascun attore avrà interesse a mantenere determinate convenzioni fino a quando i rapporti di forza rimarranno immutati. Altrimenti nuove negoziazioni faranno venire meno l'efficacia delle antiche regole<sup>40</sup>. Inoltre, secondo la visione diceyana, la normatività delle convenzioni risiederebbe nel loro incarnare dei principi dotati di un'autorità tale da rendere le regole risultanti se non giuridiche, quanto meno cogenti<sup>41</sup>: solo appellandosi ai principi, infatti, le convenzioni avrebbero un sufficiente grado di obiettivizzazione e di razionalizzazione rispetto agli interessi contingenti degli attori costituzionali.

Se il giurista anglosassone ragiona in termini di effettività<sup>42</sup>, il giurista continentale è condizionato dal requisito della validità<sup>43</sup>, che, a seconda di quanto è rigidamente inteso, conduce

---

<sup>39</sup> In questo senso, v. G. TREVES, *Convenzioni costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, 1962, p. 525 per il quale gli inglesi, evitando la rigidità che risulterebbe dalla trasformazione delle convenzioni in norme giuridiche, permettono alle convenzioni stesse di adeguarsi con duttilità alle esigenze che emergono nel Paese. L'inosservanza, allora, non è più un problema giuridico, ma politico e in tale sede va risolto.

<sup>40</sup> Semplicemente, in luogo di affermare che con una nuova condotta si è violata la precedente convenzione, si preferirà dire, in modo assolutamente fittizio, che la medesima non faceva parte della Costituzione: «the uncertain character of the deference paid to the conventions of the constitution is concealed under the current phraseology, which treats the successful violation of a constitutional rule as a proof that the maxim was not in reality part of the constitution. If a habit or precept which can be set at nought is thereby shown not to be a portion of constitutional morality, it naturally follows that no true constitutional rule is ever disobeyed». A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese* (1915), Bologna, Il Mulino, 2003, tit. orig. *Introduction to the study of the law of the constitution*, London, MacMillan, 1959, p. 441.

<sup>41</sup> Si noti, peraltro, che secondo S. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il Politico*, 1983, XLVIII, 2, p. 255, questo modo di procedere non appartiene alla scienza giuridica, bensì trova maggiori punti di contatto con il metodo dello scienziato sociale.

<sup>42</sup> Possibile perché la tradizione istituzionale inglese, anche se non è andata esente da lotte e da rivoluzioni, come l'avvento della dinastia Tudor o la dittatura di Cromwell, riposa su una pace sociale che nel continente europeo non si è sperimentata. Per un quadro sintetico di tali eventi storici cfr. W. BAGEHOT, *La Costituzione inglese* (1867), Bologna, Il Mulino, 1995, p. 249 e ss. Quando si parla di pace sociale, dunque, ci si riferisce all'atteggiamento di "deferenza" (*ivi*, p. 268) del popolo inglese, i cui ceti più umili ammettevano di avere come propri rappresentanti membri appartenenti alle classi più istruite, dando loro ampia autonomia. Gli stessi privilegi di cui godeva l'aristocrazia erano ben tollerati, in quanto la classe nobile era rispettata e "modello da imitare" (G. REBUFFA, *Le radici filosofiche e sociali della Costituzione inglese*, in *La Costituzione britannica: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Università degli studi di Bari, 29-30 maggio 2003*, vol. 1, Torino, Giappichelli, 2005, p. 62. Il tema della differenza fra approccio anglosassone e continentale è sviluppato da RESCIGNO (*Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, p. 132 e ss.) il quale ammette di preferire il metodo del giurista inglese, perché di fronte alla rottura di una convenzione questi dirà che ci sarà un comportamento incostituzionale, mentre il giurista italiano parlerà di illegittimità giuridica. Il pregio del ragionamento del giurista inglese sta in ciò che non entra in contraddizione coi fatti, «mentre il giurista italiano di fronte alla nuova regola che si è sostituita alla vecchia senza il rispetto dei modi precostituiti, si trova nella difficile situazione di far quadrare il cerchio: riconoscere ad un tempo la vigenza della nuova regola (non può fare altrimenti) ed evitare la conclusione che questa regola, essendosi affermata illegittimamente, è invalida». In sostanza, dunque, la stabilità nell'osservanza delle tradizioni ha fatto sì che non emergesse, come invece in Europa, la necessità di arginare, tenere a bada o, come si è detto, "razionalizzare" le forze politiche commutando le regole del gioco in schemi di giustificazione normativi. In questo senso, per Dicey la Francia fu gettata nel disordine del 1848 anche perché gli statisti intesero creare con la Costituzione scritta una condizione di immutabilità. A suo avviso, dunque, la rigidità della Costituzione è un difetto intrinseco che porta dentro sé il trasferimento della sovranità dal popolo alla legge. «Se l'inflessibilità delle costituzioni in Francia ha provocato le rivoluzioni, la flessibilità delle istituzioni d'Inghilterra le ha salvate, almeno per una volta, dal rovesciamento violento. [...] la rigidità di una Costituzione tende a porre sotto controllo la gradualità dell'innovazione; ma proprio perché impedisce la trasformazione essa può, in circostanze sfavorevoli, agevolare la rivoluzione o provocarla». Così, A.V. DICEY, *Introduzione*, cit., p. 108.

ad interpretare differientemente il ruolo delle convenzioni sulla forma di governo. Un approccio dommaticamente puro è dunque portato a considerare giuridiche solo quelle regole che, seppur di origine convenzionale, siano incorporate in una fonte giuridicamente valida. Questo spiega perché la categoria della convenzione costituzionale è stata spesso relegata ai margini degli studi giuridici continentali<sup>44</sup>.

Autorevoli studiosi, tuttavia, si sono spinti a confutare i tradizionali argomenti contro la giuridicità delle convenzioni, che spaziano dalla mancanza di coercibilità alla non giustiziabilità, dal particolare (e ostativo) atteggiamento psicologico basato sull'utilità e sulla non doverosità all'estraneità dall'ordinamento dello Stato<sup>45</sup>. Tutte queste motivazioni sono sembrate poco convincenti a chi ritiene tali regole delle norme funzionali al sistema istituzionale. Essendo «radicat[e] nella loro essenzialità di fatti costituzionali», le convenzioni fanno venire in essere delle situazioni indubbiamente giuridiche. In altre parole, creano rapporti costituzionali che, come tali, possono giustamente essere considerati come fatti normativi o fatti di produzione normativa.

L'obbligatorietà che si fa discendere da tali regole è, tuttavia, limitata dalla clausola *rebus sic stantibus*. Se è vero, infatti, che esse danno vita a «regole di condotta che disciplinano l'esercizio delle competenze costituzionali o un temporaneo assetto dello stesso ordine costituzionale, stabilite in seguito ad un accordo, espresso o tacito, stipulato a livello costituzionale fra gli operatori politici»<sup>46</sup>, sarà altrettanto vero che al mutare della composizione di detto “paniere politico” le convenzioni potranno essere rimodellate in base ai nuovi interessi. Per contro, la loro forza cogente si fonda sul rispetto del principio *pacta sunt servanda* e di conseguenza la non osservanza comporta delle sanzioni politiche o, altrimenti, non giuridiche<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 118 e ss. Si consideri, peraltro, che la tradizione britannica compie una distinzione fra costituzionalità e legalità, nel senso che non necessariamente delle condotte costituzionali debbano essere *legal*. Le convenzioni sono politiche ma non *legal*. Cfr. O. HOOD PHILLIPS, *Conventions in the British Constitution*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, III, p. 1606. Si veda il classico A.E. FREEMAN, *The Growth of the English Constitution*, Londra, MacMillan, 1872, p. 109-110 dove viene portato come esempio quello del ministro che, avendo perso la fiducia della Camera dei Comuni, è obbligato in virtù di una convenzione costituzionale a dimettersi o a chiedere lo scioglimento della Camera.

<sup>44</sup> Ad esempio, S. BARTOLE, *Le convenzioni*, cit., p. 262 reputa la dottrina inglese «scarsamente credibile». Fra le ragioni di questa “marginalità”, Bifulco annovera la loro controversa appartenenza alle fonti-fatto, la difficoltosa traduzione in regole formali, la contingenza e la loro posizione in una zona di frontiera fra diritto e politica. Cfr. R. BIFULCO, *Le riflessioni della cultura giuspubblicistica sulle convenzioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1992, 1, p. 32. Un primo contributo alla letteratura sulle convenzioni è stato dato già nel 1903 da S. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1903, poi ripubbl. in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, 2, p. 271-285. Importante è anche la nota 20 nel saggio di L. ELIA, *Governo*, cit., p. 639 e il contributo di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1978, p. 152 e ss.

<sup>45</sup> Così, V. ZANGARA, *Costituzione materiale*, cit., p. 410-412. Inoltre, a pag. 401 si prospetta un diverso fondamento alla base del sorgere delle convenzioni: se per gli inglesi c'è il concetto di “necessità”, nel nostro ordinamento giova più recuperare il concetto di “utilità”. Egli fa l'esempio delle crisi di governo, in relazione a cui si sarebbe affermata la convenzione secondo cui, in presenza di governi di coalizione monocolori, il venir meno dell'appoggio di un partito anche minore comporta le dimissioni dell'intero governo, a prescindere da un voto parlamentare di sfiducia. Si menzioni anche il contributo di G. TREVES, *Convenzioni cost.*, cit., p. 524 e ss. ma anche ID., *Correttezza costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 716 e ss. le cui opinioni sono allineate agli insegnamenti della dottrina inglese.

<sup>46</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed. a cura di G. SILVESTRI, Milano, Giuffrè, 2010, p. 72.

<sup>47</sup> G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, VI ed., Padova, Cedam, 2008, p. 260.

Per completezza di esposizione, va detto che si escludono da questo campo sia le norme di correttezza costituzionale<sup>48</sup> che le norme di galateo parlamentare o di deontologia<sup>49</sup>, in quanto rispondono a finalità diverse. Più difficile, invece, parrebbe essere la delimitazione con la categoria della consuetudine. Posto, infatti, che gli studiosi sono riusciti a tracciare dei principi consistenti sotto il profilo dottrinario, le suddette teorie risultano di scarsa o perigliosa applicabilità sul profilo pratico. Nel passaggio all'osservazione della realtà costituzionale, infatti, i criteri fissati dalla dottrina assumono contorni molto più evanescenti e incerti. Tant'è che il giudice costituzionale non li ha mai fatti propri e, salvo rari casi, non si è mai sbilanciato definendo certe fattispecie "convenzioni" o "consuetudini". Tutt'al più, egli ha preferito parlare di «prassi costanti e uniformi nel tempo»<sup>50</sup>.

#### 4. Il posto della consuetudine costituzionale nella forma di governo e la trasgressione della Costituzione

Fonte di natura eminentemente politica, la consuetudine nel diritto pubblico mette in moto processi normativi fattuali che sono vitali per l'adeguamento della forma di governo<sup>51</sup>. Rispetto alla teoria generale della consuetudine, i caratteri di questa fonte in ambito costituzionale sono differenti e del tutto peculiari<sup>52</sup>. Si dà il caso, infatti, che il terreno di maggiore affermazione di regole consuetudinarie sia proprio quello della parte organizzativa della Costituzione, aperta alla presenza di regole, per dirla con il linguaggio di Crisafulli, *facoltizzanti*<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> Uno dei primi ad occuparsi dell'argomento fu S. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., p. 271-285. In chiave monografica, invece, si guardi P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1939, soprattutto, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, da p. 75 in poi. Cfr. anche A. TESAURO, *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, 2, Padova, Cedam, 1957, p. 489-506. Le norme di correttezza costituzionale non hanno bisogno di una costante applicazione nel tempo, né richiedono la convinzione di rispettare un obbligo giuridico (semmai, etico o morale). Nella teorizzazione di Biscaretti di Ruffia un esempio tipico di norma di correttezza costituzionale è rinvenuto nella nomina del Primo Ministro. Così in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il procedimento di nomina del Capo del governo*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, vol.2, n. 2, p. 371 per il quale sono norme di correttezza a guidare la scelta della Corona della personalità che rivestiva l'incarico di Primo Ministro, in epoca statutaria.

<sup>49</sup> Per alcuni autori la deontologia costituzionale sarebbe una "sottocategoria" delle norme di correttezza costituzionale. AA. VV., *Diritto pubblico*, a cura di F. MODUGNO, Torino, Giappichelli, 2015, p. 205. Per altri, invece sarebbero «giuridicamente indifferenti» e la sanzione conseguente al loro mancato rispetto sarebbe un semplice biasimo. Così G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, VI ed., Padova, Cedam, 2008, p. 258 ove specifica, tuttavia, che l'eventuale accettazione del Presidente della Repubblica neoeletto delle dimissioni del Governo che per correttezza le aveva presentate non sarebbe mera scorrettezza bensì vero e proprio abuso di poteri. Non convince l'impostazione data al problema della rilevanza giuridica delle convenzioni, laddove, pure escludendone la giuridicità, si afferma l'idoneità di convenzioni, correttezza e prassi ad entrare come criteri di risoluzione dei conflitti di attribuzione, ai fini della delimitazione delle competenze tra poteri. *Contra*, F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*, II ed., a cura di F. MODUGNO, Torino, Giappichelli, 2015, p. 205 per cui le regole di natura convenzionale non sono applicabili in sede giurisdizionale.

<sup>50</sup> Sul tema v. A. MORRONE, *Prassi e giustizia costituzionale*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI, *La prassi*, op. cit., p. 491 e ss.

<sup>51</sup> Per un commento sul rilievo della consuetudine nei vari settori dell'ordinamento, v. il classico di C. CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1948, soprattutto p. 39 e ss. Sull'importanza fondamentale e primaria delle consuetudini nel nostro ordinamento v. C. ESPOSITO, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 467, e, più argomentato, Id., *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano, Giuffrè, 1962, poi ripubbl. in Id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 258. Importante anche l'esposizione di N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., *passim*.

<sup>52</sup> Lo fa notare S. STAMMATI, *Punti di riflessione sulla consuetudine e le regole convenzionali*, in *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, Cedam, 1985, p. 810. Prima ancora, C. GIROLA, *Le consuetudini costituzionali*, in *Studi urbinati*, V, 1931, p. 74 e ss.

<sup>53</sup> Si tratta, cioè, di consuetudini che permettono a certi organi costituzionali di esercitare talune attribuzioni nei confronti di altri organi, i quali, corrispondentemente, adottano un comportamento di acquiescenza. Tale mancanza di reazione sarebbe alla base dell'elemento spirituale. Così, V. CRISAFULLI, *Variazioni sul tema delle fonti (con particolare riguardo alla consuetudine)*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, III, Milano, Giuffrè, 1967, p. 268.

Ciò che contraddistingue le consuetudini costituzionali rispetto a quelle di diritto privato è la diversa soggettività<sup>54</sup>. Infatti, il comportamento consuetudinario non nasce dal basso ma può essere posto in essere solo dalla particolare “collettività costituzionale”, costituita dagli organi statali fondamentali, siano essi monocratici o collegiali<sup>55</sup>.

Diverso, inoltre, è l’operare del principio di effettività, in base a modalità non esenti da critiche reciproche in dottrina<sup>56</sup>. Da esso discenderebbe, secondo le opinioni più accreditate, che non è sufficiente una mera sommatoria di condotte materiali per dare origine alla regola ma soprattutto una costante e uniforme ripetizione di esse (*diuturnitas*) sorretta, eventualmente, da una consapevolezza di doverosità (*opinio*). La questione dell’essenzialità (o meno) dell’elemento spirituale è stata oggetto di ripetuti contrasti ma, come giustamente è stato notato, non ha trovato spazio nella giurisprudenza della Corte che, nei casi in cui è venuta in rilievo la parametricità di fonti consuetudinarie, ha, più o meno scientemente, omesso di ponderare l’esistenza di un’*opinio* come prova del fondamento consuetudinario di un dato fatto<sup>57</sup>. Il cessare della reiterazione, invece, alla base del fenomeno della desuetudine, dimostra ancor di più quanto l’effettività sia un elemento atto a conferire certezza dell’esistenza di una regola consuetudinaria. Tant’è vero che le vicende legate alle fonti consuetudinarie devono più opportunamente essere considerate con la lente del principio di effettività, e non con quella formale delle regole sulla produzione normativa<sup>58</sup>. Deve sottolinearsi, tuttavia, come si discute dell’ammissibilità in campo di diritto costituzionale di consuetudini cd. a formazione istantanea, in base alle quali anche una singola condotta potrebbe essere in grado di elevarsi a norma<sup>59</sup>. Contrariamente a coloro che le includono nelle varie tipologie di consuetudine, altri vi intravedono, in realtà, delle convenzioni, sulla base della constatazione che le stesse provengono da «accordi specifici tra gli organi» tesi a creare espressamente una regola valida per il futuro<sup>60</sup>.

Un’ulteriore differenza si manifesta sotto il profilo del processo di formazione del contenuto della norma. Nel settore privatistico, le condotte consuetudinarie hanno una formulazione linguistica spiccatamente pratica e sono di volta in volta leggermente dissimili. L’unico modo affinché possano acquisire un valore non controverso è che siano sussunte in una norma astratta (ad

---

<sup>54</sup> E questo porta con sé il corollario che anche i requisiti richiesti per l’esistenza di una consuetudine costituzionale siano meno estesi. V. F. MORHOFF, *Rapporti fra Parlamento e Governo nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 86.

<sup>55</sup> Può essere interessante riportare la visione di Orestano, di matrice istituzionalista, che distingue, quanto al diritto pubblico, quelle formazioni consuetudinarie intese all’attuazione di strutture organizzative rivolte al soddisfacimento di interessi comuni, istituite senza la previa posizione di una norma. Esse si puntualizzano in un “fatto” vero e proprio, costituito dall’esistere in concreto di dette strutture. Dunque, ciò che si definisce impropriamente come consuetudine, si risolve nella mera esistenza della struttura organizzativa. Quanto al diritto privato, la consuetudine è identificabile come un “precetto” o una “fonte di precetti” che si impongono all’osservanza di chi tiene i comportamenti e che scaturiscono dai comportamenti stessi e dalla loro ripetizione. Così R. ORESTANO, *I fatti*, cit., p. 143-145.

<sup>56</sup> Cfr. C. MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 200 per il quale non è auspicabile una «raffigurazione meramente esistenziale del fenomeno giuridico».

<sup>57</sup> P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 2, p. 459 che tuttavia aggiunge che l’omessa mancata considerazione dell’*opinio* sarebbe per la Corte non una «obliterazione» quanto piuttosto una «desubiettivazione».

<sup>58</sup> Così, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, p. 276 che nota giustamente come la consuetudine si affermi «per forza propria» senza bisogno di un atto di autorità, ma per via graduale. A tale effetto pone l’esempio della prassi che si trasforma in convenzione e, infine, in consuetudine.

<sup>59</sup> E allora, ammesso tale tipo di consuetudini, bisogna concludere che l’elemento temporale della ripetizione è condizione inessenziale ai fini della nascita di nuove consuetudini. Secondo alcuni, esso può sussistere ma deve concorrere con altri elementi, tra cui l’istantanea e cospicua generalizzazione del comportamento. Cfr. G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 65 e ss. Ammette le consuetudini istantanee V. CRISAFULLI, *Variazioni sul tema delle fonti con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, III, Milano, Giuffrè, 1967, p. 273.

<sup>60</sup> Così, G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1970, p. 7 e ss. Anche S. STAMMATI, *Punti di riflessione*, art. cit., p. 813 non condivide l’ammissibilità di consuetudini istantanee posto che, se fosse vero il contrario, «si perderebbe qualsiasi criterio per controllare la creazione di norme consuetudinarie», con il rischio dell’anarchia nella produzione normativa.

esempio, una codificazione in raccolte di usi<sup>61</sup>) o in una pronuncia di un'autorità giurisdizionale che, interpellata nell'insorgenza di una controversia, può riconoscerne o negarne l'applicabilità, dandovi una formulazione specifica<sup>62</sup>. La consuetudine di diritto pubblico soggiace a meccanismi di consolidazione differenti e può benissimo rimanere ambigua. Un luogo dove è possibile rinvenire con maggiore nitidezza contenuti consuetudinari può essere, invece, quello del diritto parlamentare, ove sono state prodotte raccolte di precedenti, tenuti all'interno delle Camere, frutto dell'attività pretoria dei Presidenti d'Assemblea<sup>63</sup> e delle Giunte per il Regolamento<sup>64</sup>.

La convergenza della fonte consuetudinaria nella forma di governo pone innanzitutto dei seri problemi di delimitazione con il fenomeno convenzionale<sup>65</sup>. A livello teorico, infatti, bisogna riconoscere il peculiare rapporto di continuità: più le convenzioni si allontanano dalla volontà dei loro autori e dalle circostanze contingenti che hanno indotto il loro venire in essere, più esse si spersonalizzano e si obiettivizzano, diventando idonee a trasformarsi in consuetudini. Il fattore temporale, quindi, sarebbe cruciale ma nessun autore si è spinto, giustamente, ad operare una quantificazione. Saranno gli equilibri determinati dalle forze politiche a decidere la sorte dell'autorevolezza delle singole regole.

In ogni caso, la presenza di una fattualità più consuetudinaria che convenzionale potrebbe stare ad indicare una maggiore sedimentazione delle regole di origine politica. Ma può anche significare un incremento della rigidità della forma di governo, poiché se le convenzioni possono essere trasgredite o abolite da un nuovo accordo convenzionale, al contrario le consuetudini sono svincolate dalla persistenza di una volontà ad applicarle e quindi una condotta divergente sarà percepita come una violazione, ma non comporterà alcuna negazione o abrogazione<sup>66</sup>.

Occorre qui fare qualche precisazione. Si suole, infatti, parlare di consuetudini *secundum legem*, principalmente con riferimento a quelle regole non scritte che rendono più agevole l'attuazione di istituti costituzionali, rispetto ai quali si pongono in una posizione di accessorialità o strumentalità. Un esempio è dato da quell'insieme di regole emerse, nel silenzio della Costituzione, per specificare i passaggi procedurali dal momento delle dimissioni di un governo a quello della formazione di un nuovo governo<sup>67</sup>. Ma possono darsi anche delle consuetudini meramente negative, intese non già come una ripetizione di una condotta costante e uniforme nel tempo quanto, piuttosto, come la ripetuta omissione di essa. Si pensi ad esempio alla consuetudine secondo cui, in caso di crisi di governo, il Capo dello Stato si astiene dall'indire nuove elezioni se è in grado di trovare una nuova maggioranza in seno alle Camere. In questo caso, non vale il criterio tradizionale della *diuturnitas*. La differenza, rispetto alle consuetudini classiche, risiederebbe in un aggravamento del requisito temporale e in una discontinuità nei precedenti.

---

<sup>61</sup> Cfr. C.E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, Giuffrè, 1958, dove a p. 26 e ss. compie una rassegna dei vari termini usati per riferirsi agli usi.

<sup>62</sup> Altri punti di differenziazione sono, in ambito costituzionale, la «mancanza di poteri formali di disconoscimento della consuetudine da parte dei consociati» e la dissociazione fra elemento spirituale ed elemento materiale della consuetudine, che apparterebbero a sfere soggettive diverse. Così S. STAMMATI, *op. cit.*, p. 828.

<sup>63</sup> Degna di nota è la consultazione della raccolta *Circolari e disposizioni interpretative del Regolamento emanate dal Presidente della Camera (1979-1992)*, Camera dei Deputati, Segretariato Generale, Roma, 1994. Cfr. anche N. LUPO, *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Bologna, Il Mulino, 2013, *passim*.

<sup>64</sup> Cfr. F. POLI, *Dinamiche del sistema politico e formazione delle regole di diritto parlamentare: una tassonomia dei pareri delle Giunte per i regolamenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, 1, p. 1-29.

<sup>65</sup> Cfr. L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, XIX, 1970, p. 678-9 per il quale la distinzione sarebbe impossibile in radice. Distinguere la consuetudine da una convenzione in virtù del suo presunto essere giuridicamente obbligatoria non sarebbe che una petizione di principio. Esse, invece, sarebbero accomunate da un carattere essenziale: «discendono entrambe da norme giuridiche implicite nella Costituzione ovvero dai principi generali del sistema».

<sup>66</sup> Sul punto, per tutti si vedano C. PIOVANI, *Il significato del principio dell'effettività*, cit., p. 37 e ss. e C. ESPOSITO, *La consuetudine*, cit., p. 312.

<sup>67</sup> Secondo G. Zagrebelsky, queste consuetudini si porrebbero rispetto alla Costituzione nello stesso modo con cui il regolamento di esecuzione si pone rispetto alla legge ordinaria. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., p. 166.

È stato notato, peraltro, come non sempre una consuetudine riposi sulla convinzione o credenza di *dover* porre in essere una certa condotta. In altre parole, a volte il fatto emerge non già da una situazione di obbligo, bensì di potere. Si è parlato, in questo caso, di consuetudini cd. secondarie o di competenza<sup>68</sup>, che non postulano una condotta qualificabile come doverosa, ma agevolano la distribuzione di competenze e attribuzioni fra determinati organi dello Stato (un classico esempio sono le regole in materia di questione di fiducia). Come giustamente rilevato dalla dottrina in questione<sup>69</sup>, essendo l'esercizio di un potere una prerogativa di un preciso organo, non è detto che quest'ultimo debba per forza esercitarlo. Anche in questo caso, il requisito della ripetizione andrebbe minimizzato rispetto alla teoria classica della consuetudine, perché potrebbe essere intermittente o discontinuo. L'unico modo per assecondare i criteri tradizionali, sarebbe attraverso un'inversione logica della regola. Infatti, alla facoltà di esercitare un determinato potere corrisponde, dall'altro lato, un obbligo di astenersi dal compiere qualunque attività che osti all'esercizio del potere stesso o che ne renda difficoltoso l'esercizio<sup>70</sup>. E allora, seguendo l'esempio precedente, si può riformulare il potere di porre la questione di fiducia con il corrispondente dovere del presidente dell'Assemblea di consentire la discussione e le dichiarazioni di voto sulla mozione<sup>71</sup>.

Esistono poi consuetudini integrative, o *praeter Constitutionem*, intese come fonti che si prestano ad integrare il contenuto di disposizioni che, per oggettiva difficoltà tecnica o per opportunità politica, non hanno disciplinato in maniera completa una data fattispecie<sup>72</sup>. Su queste, al di là della diatriba sulla loro ammissibilità<sup>73</sup>, è stato argomentato che essendo la Costituzione composta altresì da norme di principio, deve ammettersi un'eterointegrazione attraverso norme non scritte, in quanto frutto del naturale processi di applicazione dei principi stessi. Se le consuetudini non potessero operare in questo senso, dovrebbe ammettersi una riduzione della portata operativa della Costituzione<sup>74</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le consuetudini cd. interpretative, in virtù delle quali la ripetizione di un fatto stabilizza uno solo dei tanti possibili significati di una norma costituzionale,

---

<sup>68</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Norma giuridica*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, 1965, p. 336 e ss. laddove distingue fra norme secondarie e norme di condotta, mentre cfr. ID., *Consuetudine (teoria generale)*, cit., p. 436 per un'applicazione della distinzione alla materia consuetudinaria, in particolare della consuetudine costituzionale. Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., p. 45 sul fondamento delle consuetudini attributive di un potere.

<sup>69</sup> G. ZAGREBELSKY, *ivi*, p. 46.

<sup>70</sup> Per le nozioni di potere, potestà e facoltà, vedi S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 172 ma anche 192 e ss. Sulle norme imperative e sulla distinzione fra norme prescrittive e descrittive, vedi il classico contributo di N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 71 e ss. Un altro autore, tuttavia, critica la riduzione di ogni norma a un imperativo o un dovere. In particolare, C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930, p. 50 e ss.

<sup>71</sup> Zagrebelsky approfondisce il contenuto della consuetudine di potere e, nel caso dell'esempio in questione, enuclea due proposizioni che devono essere contestualmente valide affinché si possa prospettare l'affermazione, in capo all'organo assembleare, del potere di porre la questione di fiducia: a) in occasione delle passate votazioni sulla questione di fiducia non si sono dati comportamenti impeditivi in tal senso e b) ogni volta che la votazione sulla fiducia è passata, si sono avute le dimissioni dell'organo esecutivo. G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., p. 48.

<sup>72</sup> Vedi, a tal proposito, A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi*, cit., p. 12 il quale, distaccandosi dall'idea anglosassone di convenzione, adduce alcuni esempi di nuove regole che si affermano come fatti normativi senza tuttavia violare la Costituzione: il rimpasto come alternativa alla crisi, l'introduzione di figure come il Vicepresidente del consiglio o i Ministri senza portafoglio, le Commissioni bicamerali con funzioni consultive, etc.

<sup>73</sup> In merito a cui si rinvia a A. TESAURO, *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza*, cit., p. 498 che ritiene ammissibile la consuetudine integrativa nell'ordinamento statutario, ma non nell'attuale ordinamento italiano, poiché quest'ultimo, improntato ad una Costituzione rigida, e non più flessibile, può ammettere consuetudini solo come "attività di esecuzione" dove, al pari della legge ed in materie non riservate ad essa, la regola consuetudinaria possa essere una delle possibili norme esecutive. Analogamente, S. TOSI, *Modificazioni tacite*, cit., p. 60, precisa che eventuali consuetudini possono al massimo dare attuazione alla Costituzione, ma mai integrarla, a pena di non voler forzare la rigidità con un concetto eccessivo di elasticità. Ne ammette, *a contrario*, l'ammissibilità, M. CAVINO, *Appunti per una riflessione*, art. cit., p. 110.

<sup>74</sup> C'è chi ne fa derivare una «riduzione della sua efficacia come strumento di regolazione delle decisioni politiche». M. CAVINO, *Appunti per una riflessione*, art. cit., p. 111.

sembra esservi un largo consenso sulla loro ammissibilità<sup>75</sup>. Ciò che rileva è che, se da un lato la Corte costituzionale non può, nella fase ermeneutica del giudizio, essere vincolata dall'interpretazione più consolidata<sup>76</sup>, è ben possibile che, al fine di presentare il proprio giudizio nel modo più distaccato possibile, essa stessa si appoggi sul criterio consuetudinario ed avvalori quell'indirizzo interpretativo<sup>77</sup>. Se è evidente il fine di apparire, nei casi più politici, arbitro imparziale dei vari interessi, non bisogna dimenticare che all'occorrenza la Corte potrebbe legittimamente disattendere il richiamo alla consuetudine. Ad essa soltanto spetta, infatti, l'ultima parola sull'interpretazione delle norme costituzionali, visto il valore relativo delle consuetudini interpretative. Ma ci sono certi casi su cui la Corte potrebbe non avere mai l'occasione di pronunciarsi. Basti pensare a quello della consuetudine maturata sull'art. 59 Cost., in merito alla nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica: la sua applicazione è mutata negli anni senza alcun intervento della Corte<sup>78</sup>.

Un problema teorico non di poca importanza è, poi, quello dell'ammissibilità, o meno, di consuetudini *contra Constitutionem*<sup>79</sup>. Sono stati identificati in dottrina due diversi modi attraverso cui una consuetudine possa integrare una violazione del precetto costituzionale: il modo più visibile è quello per cui, a fronte di una disposizione scritta ben precisa, la regola consuetudinaria contenga un comando incompatibile con la prima, onde l'interprete si troverà di fronte ad un'antinomia impossibile da comporre. Il modo più subdolo è quello che opera quando la consuetudine *specifica* una norma costituzionale che aveva un campo applicativo più ampio, prediligendo di fatto una sola delle possibili interpretazioni. In questo caso, non si ravvisa un'incompatibilità immediata con la lettera della Costituzione, ma una restrizione del fascio delle possibilità ammesse, che è comunque di per sé sintomo di un contrasto. Se questo meccanismo può porre dei problemi nella parte sui diritti e sulle libertà, è invece assai probabile che si verifichi *nemine contradicente* nella parte sull'organizzazione dei poteri, dove la lacuna o l'ambiguità costituzionale viene integrata da considerazioni di opportunità politica.

In base a quanto detto, si deve riconoscere che, nel diritto costituzionale vivente, è ben possibile che vi siano prassi apparentemente o effettivamente contrarie alla Costituzione. Si tratta di situazioni illecite che possono essere viste come strappi o frodi della Costituzione e che spesso non sono giustiziabili dalla Corte costituzionale se non in sede di conflitto di attribuzione. Se si considera, tuttavia, che tale strumento di composizione delle liti fra gli organi supremi dello Stato non viene adito se non come ultima istanza, bisogna constatare che la risoluzione delle incertezze in

---

<sup>75</sup> Cfr. M. CAVINO, art. cit., p. 108-109 ove compie una distinzione fra consuetudini integrative e consuetudini integrate, riferendosi, rispetto a queste ultime, alle consuetudini esterne al nostro ordinamento ma da esso richiamate mediante un rinvio. Sulle consuetudini interpretative v. anche A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 3 e ss.

<sup>76</sup> Questo spiega perché le norme consuetudinarie sono *minus quam perfectae*, cioè non assistite da alcuna sanzione. Cfr. M. CAVINO, cit., p. 115 ma anche p. 119.

<sup>77</sup> E lo ha fatto, effettivamente, in diverse pronunce. Cfr. P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti?*, cit., p. 431 e ss.

<sup>78</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in M. LUCIANI, M. VOLPI, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 11.

<sup>79</sup> Secondo la visione di Ainis, che ha catalogato una serie di prassi *contra Constitutionem*, «non resta che una desolata conclusione: il primato della prassi nel diritto costituzionale [...] dipende dal costume mentale dei costituzionalisti [...] c'è infatti una crisi della legalità costituita ogni volta che la regola forgiata dalla prassi s'imponga a scapito della norma scritta [...] la Costituzione formale e quella materiale si delegittimano a vicenda, col risultato che quando un paese ne ospiti due versioni incompatibili, quando il divario tra il diritto e il fatto assuma proporzioni troppo vistose, esso si trova in conclusione senza Costituzione, senza un ordine costituzionale cui appellarsi». Cfr. M. AINIS, *Sul valore della prassi*, cit., p. 324 e ss. In parziale disaccordo, M. CAVINO, *Appunti per una riflessione*, art. cit., p. 121.

merito all'attribuzione di una determinata competenza viene solitamente e opportunamente fatta valere per via politica<sup>80</sup>.

Nell'ipotesi di un sistema politico conflittuale, inoltre, si manifesta la tendenza per cui tutto ciò su cui si riesce ad ottenere faticosamente un'intesa deve essere "posto in sicurezza" attraverso la trasposizione in una fonte normativa, che sia formalmente o materialmente costituzionale non importa a questi fini. Le questioni (si badi, sempre legate ai sommi rapporti fra gli organi costituzionali) più controverse sulle quali non si riesce a raggiungere nessuna maggioranza qualificata rimangono soggette al *political bargaining* che, diversamente da quello britannico, non consente di raggiungere un grado sufficiente di certezza poiché è evidente che l'accordo verrà meno al sopraggiungere di una nuova maggioranza in grado di ribaltarlo. Un effetto di consolidamento delle prassi si potrebbe raggiungere solo se le forze politiche mantenessero una costante disponibilità alla cooperazione politica.

### 5. Il concorso delle forze politiche sulla dinamica dei fatti normativi

Prendendo le mosse dalla diatriba sul posizionamento del partito politico nella teoria della forma di governo, come elemento costitutivo (Elia) o elemento semplicemente condizionante (Luciani), deve qui riconoscersi l'importanza che il fenomeno partitico riveste nell'espressione e nel condizionamento di determinati fatti normativi. Il fatto che i partiti siano «logicamente anteriori»<sup>81</sup> alla forma di governo non può giustificare una costruzione concettuale che neghi la loro «immediata rilevanza giuridica»<sup>82</sup>. Non tutte le vicende legate al sistema partitico, infatti, sono *tout court* rimarchevoli ai fini dello studio di eventuali alterazioni della forma di governo<sup>83</sup>. Idonee a entrare nella griglia argomentativa sono quelle che producono delle "stabilizzazioni" fattoriali, individuate sin da Elia come *condicio sine qua non*. In altre parole, possono avere un peso solamente quelle vicende che, per l'appunto, stabilizzandosi, danno vita a delle situazioni di fatto costanti che sfociano a loro volta in regole convenzionali o consuetudinarie<sup>84</sup>.

L'esistenza di formule solenni e di precetti vincolanti assistiti da sanzioni giuridiche è, nelle costituzioni moderne, il segno tangibile di quella volontà razionalizzatrice che, nel tentativo di tratteggiare una forma di governo funzionale, avrebbe voluto eliminare in radice la prismatica realtà del potere creando dei modelli dai quali fosse assai difficile distaccarsi<sup>85</sup>. Questo perché, in un'ottica positiva, la politica si sarebbe sforzata di autolimitarsi con strumenti di diritto ovvero, in un'ottica negativa, come effettivamente è avvenuto nelle prime legislature della storia repubblicana, forze politiche immature non hanno trovato un grado sufficiente di concordanza per attuare parti

---

<sup>80</sup> Va rilevata, tuttavia, la differente impostazione data da R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 120, secondo cui le pronunce di inammissibilità della Corte su conflitti di tipo politico comportano un arretramento della «linea di espansione del principio di legalità, oltre alla quale si estende uno spazio sottratto alla regolazione in base a costituzione». Il rifiuto della Corte, dunque, potrebbe suscitare perplessità fra quegli interpreti che muovono dal dogma della completezza dell'ordinamento costituzionale. In sostanza, un conflitto politico dichiarato inammissibile equivarrebbe ad una pronuncia di infondatezza sul merito.

<sup>81</sup> Così, M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., p. 556.

<sup>82</sup> A tal riguardo, M. DOGLIANI, *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giur. cost.*, 1973, 1, p. 224 rileva che sono stati compiuti «gravi errori» nella manualistica classica che ha ommesso di tenere in considerazione elementi, come i partiti politici, che si sono storicamente delineati nell'esperienza politica di un paese ma che, tuttavia, non sono stati tenuti presenti in quanto non contemplati dalle teorizzazioni tradizionali.

<sup>83</sup> Su come il concorso dei partiti incide sul sistema rappresentativo e sull'organizzazione dello Stato-Governo cfr. P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., p. 100 e ss.

<sup>84</sup> La maggiore obiezione mossa alla costruzione teorica di Elia è stata quella relativa alla non giuridicità delle convenzioni.

<sup>85</sup> Si parla, a tal proposito, di «razionalizzazione del potere, per cui il fatto metagiuridico del potere è inferiore alle regole del diritto scritto» e questo diventa un fenomeno costante nel diritto costituzionale moderno. Così, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, trad. di A. PICHIERRI, Lecce, Pensa editore, 2009, p. 207 (tit. orig. *L'échec du parlementarisme «rationalisé»*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1, 1954).



della Costituzione di primaria importanza (come l'art. 95)<sup>86</sup>. L'operare dei fatti normativi, tuttavia, dimostra come l'*essere* insidia frequentemente l'astratta perfezione del *dover essere*, piegandolo ad adattamenti che non erano previsti.

Si tenga conto che, con riguardo al sistema italiano, la razionalizzazione è stata invero alquanto "debole"<sup>87</sup>. Essa, infatti, ha operato alla stregua di una «fattispecie a formazione progressiva»<sup>88</sup>, poiché i partiti politici hanno avuto ampia libertà di integrare, ridisegnare (talvolta, anche di compromettere) i rapporti costituzionali in base alle fluttuazioni degli equilibri di potere, avvalendosi della possibilità di introdurre regole nuove mediante lo strumento convenzionale.

Su un piano teorico, la politica potrebbe porsi in una fase precedente al diritto. Essa, infatti, è un'attività di tipo teleologico<sup>89</sup>, in quanto volta a individuare i fini supremi dello Stato e a dirimere i vari giudizi di valore sulle priorità dell'azione di chi governa in base al principio di maggioranza. Tali fini contingenti, attuativi di quelli supremi della Costituzione<sup>90</sup> e iscritti nel programma di governo e nel successivo indirizzo politico, consacrano il passaggio al diritto. Si tratta, pertanto di un movimento unidirezionale in base a cui i fini vengono specificati in regole giuridicamente valide e coercitive, le valutazioni di tipo assiologico restando, invece, riservate alla sfera della discrezionalità politica.

Se si muove dall'assunto che la politica debba trovarsi su un binario separato dal diritto, giusta la differenza ontologica che li distingue, si avrà una nozione di essa quale "volontà pre-legislativa". Se, invece, si ha il coraggio di sfatare il teorema di un diritto diacronico, si impedirà, da un punto di vista metodologico, che le varie tassonomie sulle forme di governo "pure" possano essere falsate dai vari processi storici della politica. Se si fanno salvi alcuni orientamenti di rottura, l'impostazione prevalente sembra essere orientata verso una tendenza ad una maggiore osservazione empirica, attraverso una considerazione congiunta di politica e diritto, essendo la prima un'«attività critica, tendente al mutamento dell'ideologia informatrice»<sup>91</sup> di un ordinamento. Da Mortati in poi, questa corrente di pensiero adotta delle conclusioni nette: il fine politico, che informa l'agire delle istituzioni dello Stato, non si limita a situarsi in un terreno pregiuridico, ma costituisce esso stesso l'essenza, la "fonte prima" del diritto dello Stato<sup>92</sup>.

Alcuni studiosi sono giunti a esprimersi in termini di "circularità" nel rapporto fra diritto e politica<sup>93</sup>, data la reciproca dipendenza che si instaura fra gli operatori costituzionali che creano prassi interpretando il diritto e il diritto "elastico" da cui si enucleano principi tradizionali o

<sup>86</sup> Nell'esempio riportato, peraltro, si precisa come, in mancanza di consuetudini interpretative o integrative consolidate, la dottrina del tempo non abbia avuto altra scelta che richiamarsi a fonti del periodo statutario o di quello fascista, come il decreto Zanardelli o la legge n. 100 del 1926. Riferimenti più puntuali alle fonti in questione li compie L. PALADIN, *Governo italiano*, cit., p. 676.

<sup>87</sup> Abbastanza condivisa, infatti, è l'idea che la Costituzione scritta sia stata redatta appositamente in modo incompleto «in nome del principio dell'autonomia politica o della libera articolazione del Governo». Così, L. PALADIN, *ibidem*.

<sup>88</sup> Così, S. STAIANO, *Trasformazioni dei partiti*, art. cit., p. 7.

<sup>89</sup> Rispetto alla dottrina dello Stato, che contiene giudizi di conoscenza, la politica contiene giudizi di valore e consente di studiare i fenomeni delle istituzioni dello Stato sotto un punto di vista più critico. Così, G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato – Volume I, Studi introduttivi. Dottrina generale sociale dello Stato*, trad. it., Milano, Società Editrice Libreria, 1921, p. 62-63.

<sup>90</sup> A tal riguardo, si veda la tesi di Crosa, che contrappone al complesso dogmatico dello Stato moderno (il cd. Stato di diritto), le finalità politiche particolari dei vari stati, che corrispondono ad esigenze nazionali proprie di ciascuno di essi. Queste finalità non sono altro che un insieme di principi preesistenti al diritto stesso, e si collocherebbero giustamente su un terreno metagiuridico o persino filosofico. Tuttavia, pur risiedendo nel «mondo delle idee», i medesimi influenzano costantemente attività di rilievo come quelle dei partiti politici. Cfr. E. CROSA, *Il fattore politico e le costituzioni*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, Cedam, 1931, p. 164.

<sup>91</sup> Così, C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), rist. inalt. con premessa di G. ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 1998, p. 109.

<sup>92</sup> In questo senso, anche G. JELLINEK, *Mutamento e riforma costituzionale*, trad. parz. di M. Carducci (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtliche-politische Abhandlung*, Berling, Verlag von O. Haring, 1906), Lecce, Pensa Editore, 2004, p. 67, secondo cui «le proposizioni giuridiche sono incapaci di dominare, effettivamente, la distribuzione del potere statale. Le forze politiche reali operano secondo leggi che agiscono indipendentemente da qualsiasi forma giuridica».

<sup>93</sup> Una tale tesi era desumibile sin dalle teorizzazioni di A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig-Wien, 1929.

innovativi, fonti di nuove prassi. In questo senso, è lecito ipotizzare un certo grado di flessibilità che consenta a questa sorta di «diritto secondario» di integrare «la distribuzione costituzionale del potere per conformarne l'esercizio a determinate circostanze di fatto»<sup>94</sup>.

Seguendo tale spunto, possono aversi due situazioni. O la Costituzione, in quanto fonte elastica, è fisiologicamente configurabile in modo tale da lasciare spazi sufficientemente aperti per consentire l'ingresso di regole di tipo dispositivo, integrative del diritto e provenienti dall'autoregolamentazione delle forze politiche. Ovvero, la Costituzione ha delle lacune tecniche, più o meno gravi, e le garanzie insite nelle sue norme non sono sufficienti a tutelare la sua integrità e a prevenire che i vuoti non vengano patologicamente occupati da pratiche degenerative<sup>95</sup>.

In realtà, la situazione ancora una volta non è mai così netta per cui vi saranno casi in cui il fatto normativo è una necessaria valvola di sfogo del sistema costituzionale, e altri casi in cui travalica i limiti della Costituzione assumendo i caratteri di un meccanismo patologico, in quanto in palese difformità non solo con la lettera ma anche con la *ratio* ricercata dal potere costituente. Ciò che ci interessa qui riconoscere è che le forze politiche, sul piano dei fatti, riescano, bene o male, a condizionare il diritto statale<sup>96</sup>. Già riconosciuta da Miele<sup>97</sup>, tale tesi viene fatta propria anche da Esposito<sup>98</sup>, per il quale la validità delle «fredde ricostruzioni concettuali delle astratte formule della Costituzione» dipende dal loro effettivo «animarsi» sul piano politico, restando altrimenti lettera morta.

Di conseguenza, «la Costituzione materiale si porrebbe non come condizione della validità (formale) dell'ordinamento, ma come condizione del suo effettivo verificarsi»<sup>99</sup>. Essa esiste solo in quanto il *dover essere* coincida con l'*essere*. Compito dell'interprete, dunque, è controllare che il *Sein* della norma, nella sua realizzazione concreta, rispetti il *Sollen*, rievocando ciò che il legislatore (in questo caso, il costituente) aveva stabilito nel momento in cui aveva formulato la norma scritta. Come si vede, è una teoria molto diversa da quella formulata da Mortati negli anni Trenta<sup>100</sup>, rispetto alla quale emerge in tutta la sua pregnanza il principio di effettività<sup>101</sup>.

Il contrasto tra le risultanze teoriche di determinate situazioni di diritto e ciò che avviene come dato di fatto è finemente tenuto in considerazione anche dalla tesi sostenuta da Jellinek,

---

<sup>94</sup> G. JELLINEK, op. cit., p. 41.

<sup>95</sup> In questo senso, L. VENTURA, *Le crisi di governo tra "regole" costituzionali e "regolarità" della politica*, in L. VENTURA (a cura di), *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale, Atti di un convegno, Catanzaro 22 e 23 ottobre 1999*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 93 che si domanda quanto, in un simile contesto, sia sufficiente il ruolo del Capo dello Stato e della Corte costituzionale a scongiurare dette pratiche degenerative.

<sup>96</sup> Un valido esempio di ciò è contenuto in quanto riportato da G. BALLADORE PALLIERI (*La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro Padano*, 1954, IV, p. 61 e ss.), che rileva con una punta di amarezza come, nonostante l'entrata in vigore di una nuova Costituzione, solo la forma repubblicana era immediatamente percepibile agli occhi dell'interprete, mentre il resto, nella pratica, sembrava ignorare l'emaneazione di nuove norme e rifarsi comodamente ai vecchi testi.

<sup>97</sup> G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 417.

<sup>98</sup> Cfr. ESPOSITO, *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1964, ma anche ID., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, ora in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 265 e ss. ove aggiunge che «il diritto preconstituito può esprimere [...] la volontà di prestabilire in quali casi e in quali limiti la propria forza sarà al servizio di coloro che tendono a creare diritto nuovo, ma non può elevarsi a condizione assoluta o a premessa inviolabile della validità del diritto futuro». Di conseguenza, non si può escludere che anche delle regole in contrasto con l'ordinamento preconstituito entrino a far parte dell'ordinamento. Per una completa esposizione della teoria sui partiti, v. C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, La Garangola, 1954, p. 215 e ss.

<sup>99</sup> Questo il commento di T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 47.

<sup>100</sup> Ci si riferisce al noto saggio di C. MORTATI, *La costituzione materiale*, cit., *passim*. Peraltro, si segnala l'interpretazione datane da Ridola, secondo cui Mortati, così come Löwenstein, avrebbe avuto una concezione elitistica del partito, considerato come uno «strumento per impadronirsi del potere». P. RIDOLA, *Carlo Esposito* in F. LANCHESTER (a cura di), *La Sapienza del giovane Leopoldo Elia. 1948-1962*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 75 e ss. (in particolare, p. 8 nel documento scaricabile online).

<sup>101</sup> *Contra*, la tesi di R. MONACO, *Efficacia delle norme costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, III, p. 291 e ss. secondo cui esisterebbe una presunzione di validità e di efficacia giuridica a favore di tutte le norme costituzionali destinata a cadere di fronte alla disapplicazione, al disuso che deriva dal fatto che tali norme non corrispondono al fine politico.

secondo il quale tutti gli atti posti in essere dagli organi dello Stato sono assistiti da una presunzione di legalità. Vale, dunque, la regola opposta, per cui se nessuno degli aventi diritto solleva obiezioni contro tali atti, o affermi di ritenerli privi di effetto, questi ultimi «debbono considerarsi conformi al diritto se pure una interpretazione letterale di una disposizione della Costituzione conducesse a un risultato diverso»<sup>102</sup>.

Ma tenere in considerazione l'effettività non significa, come chiarito da alcuni studiosi, *ridurre il diritto al fatto*<sup>103</sup>, poiché non si tratta di studiare i singoli fatti che caratterizzano la vita politica di un Paese, ma di individuare ed analizzare quei fatti connotati dalla giuridicità e dalla normatività. Se si sposa la tesi della natura organica dei partiti<sup>104</sup>, poi, è facile ammettere che i medesimi possano, quantunque empiricamente, contribuire alla nascita di nuovo diritto attraverso i fatti. La conclusione cui giunge, in una visione negativa, il Maranini è che sarebbero due le strade attraverso le quali il partito si inserisce nel sistema di governo<sup>105</sup>: «in modo diretto, partecipando di fatto o anche formalmente alla potestà di designazione della rappresentanza politica; in modo indiretto ma non meno fatale, corrompendo ogni residuo di controlli giuridici e di equilibri di poteri nel sistema di governo»<sup>106</sup>. Cionondimeno, c'è chi individua nel formalismo l'ultimo baluardo atto ad impedire che i partiti si impadroniscano *tout court* delle istituzioni: a deliberare, in ultima analisi, sarà sempre il Parlamento o il Consiglio dei Ministri<sup>107</sup>.

Resta da chiarire, peraltro, come la crisi o l'instabilità del sistema politico possa produrre un rimodellamento, a volte anche uno sconquassamento, di tutto quell'apparato di regole fattuali, a maggior ragione quelle di derivazione più propriamente politica. Secondo Barile, quando si afferma una nuova forza politica, cambia anche il regime politico<sup>108</sup>, oltre che la Costituzione materiale, perché è la stessa dialettica fra i poteri che viene trasfigurata<sup>109</sup>. I partiti, infatti, osservano le norme costituzionali materiali, rendendole efficaci, solo fintanto che permane quel motivo di opportunità politica o di utilità che le ha fatte sorgere. Quelle norme, prosegue Barile, rispecchiano il fine politico della società, in quel dato momento storico. Dunque, pur essendo prevedibili delle reazioni

---

<sup>102</sup> G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 70. Analogamente, A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, cit., p. 803, per il quale sono ammissibili «deviazioni dall'originario sistema di governo» ma non possono essere considerate come violazioni della Costituzione, giacché gli organi a cui spettava un determinato potere non hanno compiuto nessuna reazione al suo esercizio da parte di un altro organo. Questo dipende dall'equilibrio rispettivo dei vari organi costituzionali. Infatti, egli prosegue affermando che «l'inosservanza per così dire "sostanziale" è riscattata dal mantenimento dell'equilibrio, altrimenti pregiudicato».

<sup>103</sup> Cfr. P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, cit., p. 116.

<sup>104</sup> In virtù della quale i partiti diventano i pilastri della Costituzione e assumono carattere di veri organi costituzionali. Di conseguenza, «cessa la loro irresponsabilità e si impone la loro subordinazione a quel sistema di reciproci controlli che sta alla base di ogni non illusoria Costituzione». Così, G. MARANINI, *Governo parlamentare e partitocrazia*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, II, p. 36.

<sup>105</sup> Si precisa, peraltro, che qui l'accezione "sistema di governo" è intesa in modo diverso rispetto a quella di "forma di governo". Riprendendo la definizione di A. AMORTH (*Il contenuto giuridico della Costituzione*, cit., p. 803), il sistema di governo è «quel sistema di rapporti tra gli organi, fra cui si è compiuta una distribuzione di competenze per il fine unitario del governo dello Stato».

<sup>106</sup> G. MARANINI, *ivi*, p. 34. Inoltre, lo stesso autore, non meno apoditticamente, afferma in altro scritto (*Miti e realtà della democrazia*, cit., p. 205) che «il Parlamento controlla il governo, ma le direzioni di partito controllano il parlamento, e attraverso il parlamento, il governo; se poi direzione di partito e governo si identificano, il controllato diventa controllore, con evidente eversione di ogni schema di governo parlamentare». *Contra*, C. ESPOSITO, *I partiti*, in *La Costituzione italiana*, cit., p. 231 sottolineando che quello che spesso è stato ritenuto un «malcostume o degenerazione degli istituti costituzionali», ossia gli interventi dei partiti nella determinazione della politica nazionale, «deve oggi considerarsi conforme alla legalità costituzionale» preso atto che il ruolo dei partiti risulta consacrato dall'art. 49 Cost.

<sup>107</sup> Così, G. BALLADORE PALLIERI, *Il ruolo dei partiti nell'ordinamento democratico dello Stato contemporaneo*, in *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico. Atti del I Congresso nazionale di Dottrina dello Stato*, a cura di P.L. ZAMPETTI, Milano, La Nuova Europa, 1967, p. 30.

<sup>108</sup> Per una definizione di regime politico, v. V. GUELI, *Il regime politico*, Roma, La scienza, 1949, p. 32 secondo cui non è altro che la «realizzazione del principio politico, che informa il rapporto fondamentale di una organizzazione statale, nel principio giuridico costituzionale di essa e, tendenzialmente, in tutto il suo ordinamento giuridico».

<sup>109</sup> Cfr. P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica: profilo sistematico*, Firenze, Barbera, 1951, p. 44.

da parte dell'ordinamento, conseguenti alla violazione dell'assetto previgente, è chiaro che si tratterà di sanzioni assolutamente non giuridiche<sup>110</sup>.

Se norma e fatto, grazie alle frizioni continue che si producono tra diritto e politica nella vita di una Costituzione, assumono gradualmente dei contenuti diversi, non se ne può che prendere atto ai fini di una corretta politica legislativa. E allora, una volta acquisita la consapevolezza che certi conflitti non possono essere risolti da un tribunale costituzionale<sup>111</sup>, a pena di sottrarre spontaneità agli equilibri politici, bisognerà anche considerare che ogni futuro aggiustamento costituzionale per via legislativa dovrà tenere conto di questo livello normativo e limitare, di conseguenza, gli sconfinamenti cagionati da una eccessiva legalizzazione del livello costituzionale se non intende correre il rischio di vincolare e irrigidire tutto quel sistema di interrelazioni che, giorno dopo giorno, rende vivente la lettera della Costituzione.

---

<sup>110</sup> Al contrario, nel pensiero di MORTATI, (*La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 103 e ss.) la sanzione, ovvero la reazione, sarà il mancato raggiungimento dello scopo politico in seguito alla violazione dell'obbligo assunto dalle forze politiche in occasione del loro affermarsi. Ciò non vale ad escludere che la responsabilità di coloro che abbiano commesso la violazione possa essere anche giuridica perché atti compiuti nella mancata ottemperanza del fine politico possano aver prodotto sanzioni di invalidità.

<sup>111</sup> Tuttavia, è stato registrato, rispetto al passato, un atteggiamento interventista sempre maggiore da parte della Corte Costituzionale, che non si è astenuta dal prendere parte in conflitti ad alto tono politico. L'aumento esponenziale dei conflitti di attribuzione è stato analizzato da P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti?*, art. cit., p. 431 e ss.