

DIRITTO E SOCIETÀ
2/2014

Quirino Camerlengo

NEL SILENZIO DELLA COSTITUZIONE

[Estratto]

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI 2014

NEL SILENZIO DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Sul “silenzio della Costituzione”: introduzione alla ricerca. – 2. Bricciole di teoria in tema di completezza del diritto. – 3. La materia costituzionale. – 4. I nuovi diritti fondamentali, tra analogia e interpretazione estensiva. – 4.1. La libertà di iniziativa economica privata e la riserva implicita di legge. – 4.2. Spunti in tema di titolarità dei diritti fondamentali. – 5. La “precomprensione” del testo da interpretare: il caso della controfirma ministeriale. – 6. Il rapporto fiduciario tra Camere e Governo e il completamento del sistema costituzionale: la questione di fiducia. – 6.1. Segue: la mozione di sfiducia individuale. – 7. Lacune apparenti: in particolare, il procedimento di formazione del Governo. – 7.1. Le “dimissioni di cortesia” del Presidente del Consiglio in occasione della elezione del nuovo Capo dello Stato. – 8. Su ciò che non è “silenzio della Costituzione”. – 9. I meccanismi di integrazione delle lacune costituzionali.

1. *Sul “silenzio della Costituzione”: introduzione alla ricerca*

«Malgrado le pie illusioni, alle lacunose costituzioni ottocentesche (o alle vecchie costituzioni risultate lacunose in rapporto agli svolgimenti della vita politico-costituzionale) si sono sostituite nuove costituzioni che, secondo esperienza, anche esse sono risultate lacunose o inette a incanalare totalitariamente, secondo precostituite regole, lo svolgersi della vita politico-costituzionale»¹. Così si esprimeva Carlo Esposito a proposito della attitudine (pretesa?) delle costituzioni scritte a fornire una risposta puntuale ai problemi relativi ai fatti, ai comportamenti e ai rapporti inclusi nella materia costituzionale.

¹ C. ESPOSITO, voce *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 470, n. 63. Non diversamente D. DONATI, voce *Costituzione*, in *Enc. it.*, XI, Roma 1931, 656, e G. MARANINI, *Origini dell'insufficienza della nostra Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il Ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze 1969, 415 ss.

Il processo costituente intrapreso alla fine del Settecento ha alimentato molteplici aspettative. Tra queste innanzitutto l'istanza dei consociati a vedersi riconosciuti e garantiti i diritti fondamentali già nei rapporti con i pubblici poteri. Sul versante organizzativo, poi, tale processo ha assecondato l'aspirazione degli attori istituzionali a muoversi e ad operare in un contesto razionalizzato, vale a dire al cospetto di regole precise, chiare, coerenti, in vista del corretto ed ordinato funzionamento del sistema.

Ben presto, però, si è materializzata l'incapacità dei testi costituzionali di fornire una risposta alle tante e variopinte sollecitazioni che la vita istituzionale e la dinamica delle relazioni con la comunità hanno nel tempo promosso. A volte, tali stimoli di adeguamento sono stati assecondati attivando la procedura di revisione costituzionale. In altri casi, a supplire ai silenzi delle costituzioni hanno contribuito le interpretazioni poste in essere dagli organi giurisdizionali e dagli stessi pubblici poteri, nonché le regolarità – spesso culminate in regole vincolanti – invalse nella prassi istituzionale.

Nonostante l'adesione al metodo della codificazione, che in ambito costituzionale segna la tumultuosa transizione tra regimi, l'*horror vacui* ha suscitato non pochi interrogativi sulle modalità da seguire al fine di garantire la capacità delle costituzioni di assolvere compiutamente al proprio ruolo di conformazione precettiva dei fatti, dei contegni e delle relazioni racchiuse nella materia costituzionale.

Ebbene, questo saggio intende esplorare la natura e le implicazioni del *silenzio della Costituzione*, con particolare attenzione ai rimedi diversi dal ricorso alla procedura aggravata. Con una precisazione importante: gli istituti del diritto costituzionale, oggetto della seguente trattazione, verranno esaminati nella misura strettamente necessaria a definire il problema analizzato in questa sede.

2. *Briciole di teoria in tema di completezza del diritto*

Con l'avvento del positivismo, al diritto oggettivo viene assegnata la formidabile funzione di garantire il corretto ed ordinato svolgimento delle relazioni intersoggettive. Il diritto oggettivo è identificato con il diritto positivo, vale a dire con l'insieme delle norme giuridiche prodotte dalle istituzioni e con le procedure previste dall'ordinamento.

Un diritto positivo che aspiri a presidiare la pace sociale non può che essere innanzitutto *coerente*. I suoi elementi costitutivi non debbono cioè

contraddirsi. Il diritto oggettivo deve essere strutturato come sistema². Ove si verifichi un contrasto tra norme prodotte da distinte fonti del diritto, il sistema normativo reagisce attivando uno dei criteri di composizione delle antinomie.

Inoltre, un diritto positivo con una simile vocazione non può che essere *completo*. L'operatore del diritto, sia esso un giudice o un pubblico funzionario, deve poter sempre e comunque reperire nel diritto positivo la risposta da dare allo specifico problema del quale egli è investito. La completezza assicura anche la certezza del diritto positivo, dal momento che ogni consociato è messo nelle condizioni di poter comprendere e prevedere le conseguenze giuridiche associate alle sue condotte. La completezza, poi, intesa come chiusura, impedisce l'ingresso di norme prodotte da fonti diverse da quelle esplicitamente contemplate dall'ordinamento: statualismo e legalismo, dunque, integrano la prospettiva illuminata dal pensiero positivista³.

Sin dall'avvio del processo di codificazione inaugurato dal *Code Napoléon* del 1804, il fine ultimo della completezza, con i suoi fondamentali corollari – di matrice liberale – della certezza e del divieto di denegata giustizia⁴, è stato perseguito, negli ordinamenti di *civil law*, attraverso l'uso della scrittura quale reazione polemica rispetto ad un passato inficiato da abusi ed arbitrii e, nel contempo, quale modalità irrinunciabile di trasposizione della volontà normativa in regole certe, accessibili, stabili⁵.

In questa cornice, le lacune del diritto rappresentano un elemento di criticità, impedendo ai soggetti interessati di individuare lo schema di qualificazione normativa entro cui sussumere lo specifico caso della vita. Al pari delle antinomie, le lacune mettono in discussione l'attitudine del diritto oggettivo a orientare e condizionare lo svolgimento delle relazioni intersoggettive entro binari certi, accessibili, stabili: la razionalità del sistema normativo, quale condizione indefettibile di efficiente funzionamento del diritto, esige coerenza e completezza.

² Cfr. J. RAZ, *The Concept of Legal System*, II ed., London 1973, nonché L.M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York 1975.

³ Su coerenza e completezza v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, II ed., Roma 1946, 76 ss.: nel caso della incoerenza del sistema c'è una norma di troppo, nel caso della incompletezza manca una norma.

⁴ Sui quali, per tutti, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), nuova ed., Milano 1968, e H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge 1949, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1962, 144 ss.

⁵ Come non citare J. BENTHAM, *De l'organisation judiciaire et de la codification*, a cura di E. Dumont, Paris 1828, 334.

Ebbene, quale altro modo per affermare l'onnipotenza del diritto positivo se non affidarsi ad una verità assoluta, indiscutibile, non soggetta a dimostrazione? I fautori di questo disegno hanno concepito il dogma della completezza: il diritto positivo *non può che essere completo* e, dunque, le lacune sono inconcepibili.

Il dogma della completezza è stato presentato in differenti versioni, tutte accomunate dalla condivisa attitudine a rispondere all'unico, autentico interrogativo che un vuoto normativo pone: come decidere o come agire se un fatto della vita non è espressamente previsto da una regola di diritto positivo?

I) Prima forma di inveroamento del dogma della completezza: *tutto ciò che non è previsto da una espressa norma giuridica è giuridicamente irrilevante*.

Una comunità organizzata è attraversata da una intricata congerie di rapporti, comportamenti, fatti, i quali, dal punto di vista sociale, assumono rilevanza in quanto elementi costitutivi della complessa dinamica delle relazioni tra i consociati. A loro volta, simili rapporti, contegni, eventi, possono essere fonte di contrasti, tali da minare la pace in seno alla comunità. Il diritto oggettivo risponde a questo rischio approntando regole, dotate di forza coattiva, al cospetto delle quali i consociati informano le loro azioni e le loro condotte. Il legislatore, dal canto suo, opera una selezione tra tutti questi fatti, individuando quelli che reclamano, in un dato frangente storico, una specifica protezione da parte del diritto: ciò in relazione agli interessi in gioco, agli orientamenti della classe politica dominante, al tasso di conflittualità sociale, ai valori che la stessa comunità ha abbracciato quali pilastri della convivenza pacifica. Qualcosa, dunque, può rimanere al di fuori della regolamentazione giuridica. Rispetto alla infinità delle possibili azioni umane il diritto oggettivo è finito. Ma ciò non significa che esso sia incompleto.

Queste sono, in estrema sintesi, le premesse sulle quali riposa la teoria dello "spazio giuridicamente vuoto" o, meglio, dello "spazio vuoto di diritto" (*Rechtsleerer Raum*)⁶. Se un fatto non è previsto dal diritto positivo, esso è giuridicamente irrilevante. Sicché, non esistono lacune.

Oltre alla ragionevole obiezione secondo cui questa teoria anziché risolvere il problema delle lacune in realtà lo elude⁷, essa non fornisce un

⁶ K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig 1892, 371 ss., e Santi ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925), ora in *Scritti minori*, I, Milano 1950, 371 ss.

⁷ Così A.G. CONTE, voce *Completezza*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino 1988, 140.

risposta appagante al quesito fondamentale relativo alla decisione che un giudice è chiamato ad assumere al fine di dirimere una controversia⁸. Come si è anticipato, infatti, uno dei corollari del dogma in parola è l'obbligo per il giudice di decidere.

Il dubbio è sdrammatizzato da quanti osservano che la regola del *non liquet* è priva di portata universale, in quanto vi sono ordinamenti giuridici che non la contemplano⁹. Inoltre, alcuni ordinamenti autorizzano il giudice a decidere, in difetto di una norma di diritto positivo, in base all'equità o ricorrendo a regole proprie di altri ordinamenti¹⁰. In ogni caso, ove un individuo adisse il giudice allegando una pretesa priva di qualificazione normativa, il giudice dovrebbe rigettare la domanda.

Senonché, se questo è concepibile ove vi sia una esplicita norma giuridica che escludesse la tutela giudiziaria di un dato interesse, non così è in difetto di una simile previsione. Si pensi, ad esempio, all'art. 1933 cod. civ., secondo cui «non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, anche se si tratta di giuoco o di scommessa non proibiti». Il legislatore italiano, in coerenza con l'idea che l'arricchimento personale non possa che discendere dal lavoro e non dall'alea, non ha riconosciuto giuridica rilevanza, ossia protezione giuridica, al credito vantato da chi ha vinto una scommessa. In questo caso, il giudice eventualmente adito potrebbe rigettare la domanda dell'attore applicando l'art. 1933 cit. In tutti gli altri casi, la risposta che offre questa prima declinazione del dogma della completezza non appare persuasiva.

A ciò si aggiunga che, soprattutto nel campo del diritto pubblico, sono necessarie norme non tanto per la risoluzione giudiziale di liti, quanto per il funzionamento di organi: qui il problema non è come deve

⁸ V., al riguardo, F. MODUGNO, voce *Antinomie e lacune*, in *Enc. giur.*, II, Roma 1988, 3.

⁹ Cfr. I. TAMMELO, *On the Logical Openness of Legal Orders. A Modal Analysis of Law with Special Reference to the Logical Status of Non Liquet in International Law*, in *American Journal of Comparative Law* 1959, 187 ss. Come ricorda R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. IV ed., Disc. priv. Sez. civ.*, X, Torino 1993, 273, che al riguardo cita E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien-New York 1971, 155 il divieto di denegare giustizia non è un principio logico, bensì una regola contingente la cui consacrazione è rimessa ai legislatori statali. Peraltro, in ambito processuale, in presenza di una lacuna il suddetto divieto impone al giudice di prendere una decisione, ma non prescrive allo stesso di assumere una data decisione nel senso del rigetto della domanda dell'attore: sicché, il giudice può dirimere la controversia alterando il diritto esistente attraverso l'aggiunta di un nuovo precetto.

¹⁰ Cfr. M. CORSALE, voce *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 267 ss.

decidere il giudice, semmai è la paralisi istituzionale che deriverebbe dalla mancanza di una indispensabile norma di funzionamento¹¹.

II) Seconda forma di inveramento del dogma della completezza: *tutto ciò che non è previsto da una espressa norma giuridica come obbligatorio o vietato è facoltativo o lecito*.

Questa è la conclusione cui accedono la teoria della “norma fondamentale generale e negativa” e la teoria della “norma generale esclusiva” attraverso l'*argumentum a contrario*: è permesso tutto ciò che non è imposto o vietato, nel senso che se un dato comportamento non è gravato da limiti (obbligo o divieto), allora esso è “illimitato”, ossia privo di limiti e, dunque, permesso o lecito¹². Dunque, l'ordinamento è chiuso, in quanto completo, giacché ogni comportamento umano ricade o sotto il dominio di una norma *particolare* che lo vieta o sotto il dominio della norma *generale negativa* che lo consente.

Senonché, si trascura la circostanza che una data condotta “permessa” può essere tale o perché una norma giuridica espressamente la prevede e la garantisce (si pensi, così, alle norme costituzionali in tema di libertà fondamentali) o perché non esiste una norma giuridica che altrettanto esplicitamente la vieti¹³. In altri termini, l'*argumentum a contrario* può essere utilizzato solo se la norma in oggetto esclude radicalmente le condotte che essa non qualifica, senza cioè limitarsi a regolare i comportamenti da essa qualificati¹⁴.

Peraltro, non tutti gli ordinamenti, ma solo quelli di ispirazione liberale, recano una previsione analoga a quella dell'art. 5 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, a mente del quale «tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas». E forse il solo diritto penale è il segmento dell'ordinamento in cui può attecchire una simile regola¹⁵.

III) Terza forma di inveramento del dogma della completezza: *tutto ciò che non è previsto da una espressa norma giuridica è regolato da una norma ricavata in via analogica o desunta dai principi generali dell'ordinamento*.

¹¹ V. A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino 1962, 43 ss.

¹² V., rispettivamente, E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig 1903, 17 ss., e D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910), ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova 1966, spec. 45 ss.

¹³ Di questo avviso R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 271 s. V. pure G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London 1963, 86 ss.

¹⁴ Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 3 s.

¹⁵ Cfr. R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 272.

Secondo la teoria della “norma generale inclusiva”, in difetto della norma relativa al caso concreto, il giudice è tenuto a ricorrere all’analogia, sempre che sia possibile riconoscere una ragionevole similitudine tra il fatto regolato e il fatto non previsto¹⁶. Ove non sia possibile ricorrere all’*argumentum a simili*, la strada da imboccare è quella additata dai principi generali, dai quali, con metodo deduttivo, è possibile inferire la regola del caso concreto¹⁷.

Questa ulteriore declinazione del dogma qui considerato in realtà allude alla “completabilità” del diritto oggettivo. Più precisamente, se c’è la norma che espressamente contempla il caso concreto si ha completezza *attuale*, mentre se essa manca ma l’operatore del diritto è abilitato a ricorrere all’*analogia iuris* o ai principi generali allora si ha completezza *virtuale* (o potenziale).

La legittimità del procedimento analogico, così come del ricorso ai principi generali, può spostare il confine che molto faticosamente separa, negli ordinamenti di tradizione romanistica, l’applicazione dalla creazione del diritto. È ben vero che l’interprete si limita in un caso a esplorare il diritto positivo alla ricerca della norma che regola il caso simile e, nell’altro, ad enucleare la regola del caso concreto da uno o più principi di sistema. Tuttavia, come l’esperienza insegna la ricerca del caso analogo impone al giudice di comparare fatti diversi formulando una ipotesi di ragionevole similitudine, con tutte le incertezze fomentate da un siffatto raffronto. D’altro canto, l’attivazione di un metodo deduttivo, dove il materiale di partenza è spesso rappresentato da principi inespressi, non è esente da rischi, specie ove questa operazione sia svolta al cospetto di più principi generali. Il caso Englaro è una delle più significative esemplificazioni della tensione che si può creare tra applicazione e creazione di diritto in presenza di una lacuna¹⁸. E così entra in gioco il principio

¹⁶ N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino 1960, 152 ss.

¹⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, III ed., London 1978, 14 ss., e ID., *A Matter of Principle*, London 1985, 119 ss.

¹⁸ Giova ricordare che la Corte di cassazione, con la sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007, aveva ricavato il principio secondo cui l’interruzione del trattamento vitale può venire disposta soltanto: «a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in

della separazione dei poteri, non meno rilevante del dogma della completezza: «infatti, soltanto là dove la produzione del diritto da parte del potere legislativo provvede una soluzione per tutti i casi possibili, il potere giudiziario può restare nei limiti della funzione che gli è assegnata di mera applicazione di regole precostituite»¹⁹.

Al dogma della completezza non si piegano coloro che, allontanandosi dall'orbita tracciata dal positivismo e dallo statualismo, accettano la possibilità che il diritto oggettivo non fornisca ai consociati la risposta ai loro problemi e che, dunque, ove il giudice venisse chiamato ad esercitare i propri poteri, ben potrebbe dirimere la controversia evocando regole o parametri invalsi in altri ambiti della vita comunitaria. Un tempo si riconosceva la possibilità di ricorrere al diritto naturale, quale fonte di regole universali, giuste, razionali²⁰. In epoca più recente si prediligono strade diverse, come comprovato dalla diffusione di inediti approcci: la *Interessenjurisprudenz* (Heck), il realismo giuridico (Holmes, Frank) e la giurisprudenza sociologica (Ehrlich), il giusliberismo (Kantorowicz), la scuola scientifica del diritto (Gény). In effetti, «il tratto che accomuna tutte queste tendenze è la negazione della duplice identificazione del diritto con l'insieme delle leggi dello Stato, e di queste ultime con un sistema razionale e completo di norme regolanti i comportamenti umani»²¹. La completezza di un dato sistema normativo non è, secondo questo ordine di idee, un requisito assoluto, ma una condizione verificabile solo attraverso la comparazione con altri sistemi²².

Attingendo alle teorie di Gödel, si potrebbe affermare che, posto un qualsiasi sistema normativo, è sempre possibile rinvenire una regola, appartenente a tale sistema, che esiste ed è osservata ed applicata, ma la cui obbligatorietà non è dimostrabile alla stregua delle altre regole costi-

stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona». Cfr., quindi, l'ord. n. 334 del 2008 della Corte costituzionale.

¹⁹ N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Nss. Dig. it.*, IX, Torino 1968, 420.

²⁰ Il ricorso al diritto naturale è ammesso da coloro che sostengono che il diritto positivo si fonda sul diritto naturale. Al riguardo suggestiva è l'immagine disegnata da N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1979, 39: «il diritto positivo non distrugge, ma ricopre, o sommerge il diritto naturale. Se quindi c'è un "buco" nel diritto positivo, attraverso di esso si vede affiorare quello naturale». Tra i padri di questa concezione J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in *Discours, rapports et travaux inédites sur le Code civil*, Paris 1844, 1 ss.

²¹ M. CORSALE, *op. cit.*, 270. V. pure M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino 1988, 54 ss.

²² V., infatti, G. BRUNETTI, *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1917), ora in *Scritti giuridici varii*, II, Torino 1920, 1 ss.

tuenti il sistema stesso²³. Il sistema normativo è completabile, quindi, da regole, invalse grazie a meccanismi di integrazione del diritto positivo, la cui coerenza non necessariamente presuppone un esplicito riconoscimento ad opera delle altre componenti del sistema.

3. *La materia costituzionale*

Il tema della completezza, benché pensato e sviluppato in relazione all'intero ordinamento giuridico, in realtà può essere circoscritto anche ad un solo ambito dello stesso. Infatti, «l'espressione "sistema giuridico" può anche riferirsi ad un micro-sistema normativo, cioè ad un insieme di norme più piccolo, ritagliato (...) nell'ambito dell'intero ordinamento giuridico, allo scopo di trovare la disciplina giuridica di una certa "materia", ossia di un insieme dato di fattispecie»²⁴.

Una volta ammessa, quindi, la possibilità di ragionare di completezza in relazione al diritto costituzionale, quale micro-sistema dell'ordinamento giuridico italiano, affiora con chiarezza e, nel contempo, con drammaticità la questione preliminare: quali sono i confini del diritto costituzionale?

Accedendo alla prospettiva positivista, il diritto costituzionale non è che l'insieme delle norme giuridiche poste dalla Costituzione e dalle altre fonti ad essa equiparate. Ciò, tuttavia, non è sufficiente. La vigente Costituzione italiana non contempla le autorità amministrative indipendenti. Si è, dunque, in presenza di una lacuna? Altri, e assai significativi esempi si potrebbero allegare: la Costituzione formale tace sulla televisione e sulla rete, così come nell'art. 11 non v'è traccia di riferimenti all'Unione europea. Si tratta, evidentemente, di "fatti" che si sono materializzati nei decenni successivi al varo della Carta costituzionale e che all'epoca dei lavori della Costituente non erano neanche immaginabili. Resta però un dato incontrovertibile: non avendo nel frattempo attivato la procedura aggravata, il Parlamento ha lasciato intatto il dettato costituzionale relativamente a quelle parti che avrebbero potuto "ospitare" simili fatti sopravvenuti. Quindi, non è inesatto affermare che oggi su quelle tematiche la Costituzione tace. Che si tratti di un problema di ri-

²³ Cfr. K. GÖDEL, *On Formally Undecidable Propositions of "Principia Mathematica" and Related Systems*, Edinburgh-London 1962. Al riguardo, v. U. PAGALLO, *Gödel e il diritto*, in G. LOLLI (a cura di), *La complessità di Gödel*, Torino 2008, 113 ss.

²⁴ R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 270.

scrittura della legge fondamentale o di risoluzione di dilemmi interpretativi la sostanza non cambia.

È chiaro che se ci limitassimo a considerare diritto costituzionale – quale micro-sistema normativo – tutto ciò e soltanto ciò che è dettato dalla carta fondamentale, allora la risposta all’interrogativo appena formulato sarebbe immediata: nessuna lacuna. Senonché, il problema della completezza impone di gettare lo sguardo oltre ciò che, in un dato frangente temporale, è positivamente ed esplicitamente disciplinato. In fondo, la redazione della nostra Costituzione risale ad un periodo in cui l’idea delle amministrazioni indipendenti, capaci di “neutralizzare” la politica, non si era ancora affacciata, come invece è accaduto negli ultimi decenni²⁵.

Pertanto, il punto cruciale, al fine di ragionare di lacune della Costituzione, non è tanto misurarsi con le vigenti previsioni, quanto con l’insieme dei rapporti, dei fatti, dei comportamenti che, accomunati da condivisi tratti essenziali, costituisce una data materia: la *materia costituzionale*, appunto²⁶.

Intanto, l’espressione “materia costituzionale” è rinvenibile nella nostra Costituzione, all’art. 72, là dove sono indicate le proposte di legge per le quali è sempre obbligatorio il procedimento ordinario. In una lontana pronuncia, la Corte costituzionale ebbe modo di statuire che il quarto comma dell’art. 72, in base al coordinamento con l’art. 138 configura un’espressa limitazione alla potestà, riconosciuta al Parlamento dal terzo comma dello stesso art. 72 di deferire l’esame e l’approvazione dei disegni di legge ad apposite commissioni, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. La detta disposizione pertanto opera nel senso di escludere la procedura decentrata riguardo a quei disegni di legge ai quali il Parlamento, per finalità di carattere politico, intenda attribuire efficacia di legge costituzionale. Non opera, al contrario, per le leggi ordinarie, alla cui approvazione può procedersi anche con la procedura decentrata, con le cautele richieste dalla esigenza che l’atto legislativo sia, per quanto possibile, sottoposto all’esame del Parlamento con la garanzia della pubblicità²⁷.

²⁵ Cfr., in particolare, S. CASSESE, *Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni e quali debbono essere queste norme*, in S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L’amministrazione e la Costituzione: proposte per la Costituente*, Bologna 1993, 19 ss. In generale, v. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1986.

²⁶ Cfr. A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio. Linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino 1999, spec. 201 ss.

²⁷ Sentenza n. 168 del 1963. Cfr., al riguardo, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I «disegni di*

L'intuito, e un po' di conoscenza del diritto, ci induce ad ipotizzare, non senza ragione, che il difetto di enunciati costituzionali in tema di rapporti condominiali o di enfiteusi non rappresenta una lacuna. Si tratta evidentemente di situazioni giuridiche estranee alla materia costituzionale. L'istinto e una grande e profonda preparazione giuridica non ci aiutano però a dare risposte così nette ed immediate di fronte ad alcuni casi dubbi, quali le già evocate *authorities*.

L'identificazione di una lacuna, dunque, non può prescindere dalla delimitazione di ciò che si assume essere la materia costituzionale. Invero, se un dato fatto è incluso in questa materia, allora la mancanza di una esplicita norma può considerarsi un vuoto da colmare. Non così, invece, se si è in presenza di un fatto estraneo a detta materia.

A questo punto sarebbe facile, e oltre modo rassicurante, affermare che è materia costituzionale ciò che il titolare del potere costituente ha voluto che fosse. Ciononostante, l'esperienza di alcuni ordinamenti suggerisce un approccio un po' più problematico. Si pensi agli Stati Uniti d'America. La Costituzione entrata in vigore nel 1789 racchiudeva previsioni relative alla forma del governo federale, all'ordinamento giudiziario federale, alle relazioni tra lo Stato federale e gli Stati membri, alla revisione costituzionale. Un testo tutto sommato snello, che interpretava l'idea di Costituzione abbracciata dai rappresentanti delle ex colonie britanniche: un insieme di principi e regole volte a disciplinare il neonato ordinamento federale e i rapporti tra questo e gli ordinamenti che di lì a poco si sarebbero dati i singoli Stati. Poteva considerarsi materia costituzionale solo quella appena descritta? E, allora, come spiegare che a partire dal 1791 fu esercitato in più occasioni l'*amending power* al fine innanzitutto di introdurre una vera e propria dichiarazione dei diritti fondamentali?

Non è da escludere, anche se non è agevole dimostrarlo, l'influenza esercitata dall'art. 16 della già citata *Déclaration* rivoluzionaria del 1789: «*toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*». Tuttavia, l'esperienza nordamericana fomenta un dilemma di non facile composizione: la "materia costituzionale" precede il processo costituente oppure ne è semplicemente l'esito? Il che significa: rispetto alla "materia costituzionale" il legislatore costituente svolge una funzione ricognitiva (ossia "scopre" nell'ordinamento la materia costituzionale e la disciplina

enunciando principi e norme) oppure svolge una funzione costitutiva (vale a dire “crea” la materia costituzionale)?

La risposta a questo interrogativo è strategica, atteso che da essa dipende la trattazione del tema relativo al silenzio della Costituzione²⁸.

È mia intenzione dimostrare che la materia costituzionale *preesiste* al processo costituente.

Nella ricerca di «ce qui est vraiment constitutionnel»²⁹, la comparazione potrebbe fornire un utile ausilio al fine di identificare il «contenuto caratteristico»³⁰ delle costituzioni. Come se la frequenza statistica di principi e norme potesse dimostrare che, «in der Regel»³¹, la grande maggioranza degli ordinamenti definisce una data materia.

In realtà, il raffronto tra sistemi costituzionali potrebbe fornire elementi per concorrere a corroborare una certa ricostruzione teorica della materia costituzionale. Anche perché un simile approccio pare confidare eccessivamente sulla concreta capacità dei legislatori nazionali di discernere tra i rapporti assoggettati alla regolamentazione costituzionale e tutti gli altri. Fotografando l'esistente, questo metodo appare, però, opinabile³².

Questo approccio, comunque, è ancor più criticabile se si considera che esso rimarca l'incidenza decisiva del fattore politico nei processi costituenti³³. È stato correttamente notato che «i motivi per cui determi-

²⁸ Si noti il differente atteggiamento di F. PIERANDREI, *Saggio sulla teoria della Costituzione* (1951), ora in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965, 66, secondo cui «non è molto difficile stabilire quale sia codesta materia», e di F. MODUGNO, voce *Costituzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, X, Roma 1988, 5 s., ad avviso del quale una materia costituzionale «come entità statica ed oggettiva o come sfera di competenza non esiste». Diversa, e altrettanto problematica, è la questione relativa alla distinzione tra norme materialmente costituzionali e norme alle quali tale qualità è riconosciuta solo dal punto di vista formale, ossia in virtù della loro collocazione nel testo costituzionale: v. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900, trad. it., *La dottrina generale dello Stato*, Milano 1949, 114.

²⁹ B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, I, Paris 1836, 140.

³⁰ R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino 1992, 12 s.

³¹ Per G. JELLINEK, *op. cit.*, 93, la Costituzione include quei principi che «designano gli organi supremi dello Stato e stabiliscono il modo della loro creazione, i loro reciproci rapporti, la loro sfera di azione, ed inoltre la posizione fondamentale dell'individuo di fronte al potere statale».

³² Dal canto suo V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, II ed., Padova 1970, 92, sottolineò la difficoltà di pervenire ad una soddisfacente nozione di materia costituzionale, «sia per la fluidità dell'argomento, che si pone agli estremi confini tra politica e diritto, sia per la suggestione che inevitabilmente finisce per esercitare sulla indagine teoretica il dato empirico rappresentato dai contenuti solitamente assunti nei testi costituzionali scritti nel mondo moderno».

³³ G. ZAGREBELSKY, *Premessa* a C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, ri-

nate statuizioni legislative sono scritte proprio in una “costituzione” e non in una legge ordinaria dipendono da considerazioni politiche e dalle combinazioni delle coalizioni partitiche»³⁴. D’altro canto, ragionare sulle opzioni politiche trasfuse nelle leggi fondamentali, al fine di individuare la materia costituzionale, significa ammettere che è il legislatore a costruire la predetta materia. Esattamente ciò che in questa sede s’intende confutare³⁵.

Ebbene, è possibile delimitare ragionevolmente la materia costituzionale interrogandosi sui fattori che stimolano la *domanda di Costituzione*³⁶.

Lo Stato contemporaneo nasce attraverso un patto tra l’autorità e la comunità. In nome di questo patto i consociati accettano limitazioni alle proprie libertà in nome della pace sociale. Perché questo patto possa perdurare nel tempo è necessario approntare meccanismi volti a prevenire e a reprimere abusi da parte dei pubblici poteri. Dalla società, perciò, affiora una domanda di Costituzione: di un atto normativo, a forte valenza politica, chiamato a garantire, in quanto fonte suprema del diritto, la stabilità dello Stato attraverso la preservazione del patto. Un atto recante principi e norme tendenzialmente intangibili, in modo tale da resistere alle mutevoli contingenze ed all’avvicendamento delle forze politiche al potere.

Cosa domanda, dunque, la comunità allo Stato per presidiare quel patto? Essa chiede, innanzitutto, di proteggere, con precetti vincolanti lo stesso legislatore ordinario, le libertà fondamentali, affinché esse non siano oggetto di limitazioni strumentali al consolidamento del potere da parte della maggioranza. Non a caso i diritti inviolabili sono qualificati così in quanto protetti anche o, meglio, innanzitutto nei confronti delle istituzioni.

Affinché questa sollecitazione abbia ragionevoli probabilità di effettivo soddisfacimento, la comunità chiede ai costituenti di definire una architettura organizzativa dei poteri apicali dello Stato idonea non solo al corretto ed efficiente funzionamento istituzionale, ma ancor prima congeniale alla migliore protezione possibile dei diritti inviolabili.

stampa, Milano 1998, XXXI, illumina le due facce della costituzione, al tempo stesso politicizzata e politicizzante.

³⁴ C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano 1984, 25.

³⁵ C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Torino 1970, 205, scrisse che «il contenuto delle Costituzioni è quanto mai elastico e, in definitiva, politico. Non esiste un criterio assoluto per stabilire ciò che è costituzionale e ciò che non lo è».

³⁶ Cfr. F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV ed., Milano 1986, 8 s.

Infine, la comunità domanda l'allestimento di un sistema di garanzie, innanzitutto giurisdizionali, tale da assicurare, rafforzandola, la tutela dei suddetti diritti in caso di illegittima violazione degli stessi.

Com'è agevole notare, la domanda di Costituzione riguarda la forma di Stato (ossia i rapporti tra gli elementi costitutivi del medesimo, a cominciare proprio dalle relazioni tra gli organi di governo ed il popolo), la forma di governo (che definisce i rapporti tra gli organi di vertice dello Stato) e l'elemento di chiusura del sistema rappresentato per l'appunto dalle forme e dalle istituzioni essenziali di garanzia.

A questa conclusione si può accedere volgendo lo sguardo alla storia delle istituzioni statali e delle diverse comunità nazionali. La domanda di Costituzione è emersa gradualmente, ove si pensi alla plurisecolare esperienza d'Oltremarica. Questa domanda, fomentata da secoli di abusi, prevaricazioni, odiosi privilegi, è, nel continente europeo, esplosa con la rivoluzione francese. Negli Stati Uniti questa domanda ha assunto connotazioni non meno rivoluzionarie, sia pure assumendo contorni e caratteristiche differenti, trattandosi della spinta all'emancipazione delle colonie rispetto alla madre patria inglese.

Fattori politici, accadimenti storici, influenze culturali, suggestioni filosofiche, evoluzione delle categorie giuridiche, senza trascurare gli impulsi provenienti dai sistemi economici, hanno progressivamente plasmato la domanda di Costituzione, come sollecitazione non esclusiva di una data comunità, ma come il frutto della circolazione di modelli e di istituti tra differenti Stati. Così, quando il già citato art. 16 della Dichiarazione del 1789 ha illuminato il ruolo essenziale della Costituzione, ossia la tutela dei diritti fondamentali, esso non ha fatto altro che assecondare una domanda impellente di Costituzione, che era deflagrata nella comunità francese e che era stata in qualche misura stimolata anche da fattori esogeni: non a caso lo stesso art. 16 addita la separazione dei poteri, di matrice britannica, come l'irrinunciabile principio di una architettura istituzionale davvero orientata nella direzione della protezione dei diritti fondamentali.

Il sistema costituzionale rispecchia, dunque, una vasta moltitudine di interessi generali, correlati alle aspettative ed alle esigenze vantate dagli individui in seno alla comunità. La vitalità di questi interessi alimenta incessanti richieste di ordine e, nel contempo, stimola forti istanze di rinnovamento³⁷.

³⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in *Pol. dir.* 1996, 370.

La materia costituzionale è, pertanto, il frutto di questa domanda di Costituzione³⁸. Quest'ultima, in effetti, è «la via a disposizione degli individui, dotati di razionalità e volontà propri, per l'edificazione dello stato e delle altre forme di vita collettiva, sulla base di interessi, valori e principi determinati, cui consegue l'organizzazione di apparati istituzionali escogitati per realizzarli»³⁹.

La comunità domanda alla Costituzione di occuparsi di tutto ciò che, alla luce dell'idea essenziale ad essa sottesa e tenuto conto dell'intreccio dei variegati fattori cui si alludeva in precedenza (politici, culturali, filosofici ecc.), si ritenga fondamentale per la stabilità e la permanenza nel tempo dello Stato. La "fondamentalità" allude ad una qualità che non può difettare affinché una data entità possa essere riconosciuta con determinate caratteristiche e possa essere idonea a favorire il raggiungimento di certi obiettivi. Pertanto, i fatti, i comportamenti e i rapporti inclusi nella materia costituzionale ineriscono alle condizioni di base del sistema costituzionale, vale a dire a quelle condizioni minime (in quanto basilari) ed indispensabili (in quanto infungibili), affinché il sistema stesso possa compiutamente adempiere la propria funzione essenziale⁴⁰. In altre parole, la materia costituzionale abbraccia i fattori elementari ed indefettibili di *stabilità* e *continuità funzionale* del sistema costituzionale.

In fin dei conti, le molteplici concezioni della Costituzione condividono la stessa aspirazione ad illuminare il basilare fattore genetico e di stabilità degli elementi (giuridici, istituzionali, politici, sociali) racchiusi nel sistema qui considerato⁴¹. Si pensi alle concezioni sociologiche, che rimarcano l'influenza esercitata dalle dinamiche comunitarie sulle istituzioni politiche: esse penetrano in profondità nel terreno al fine di intercettare le radici del sistema costituzionale. La concezione decisionista, poi, enfatizza il ruolo catalizzatore della "decisione politica fondamentale", nel senso di una determinazione volitiva con la quale le forze dominanti addiventano ad una stabile unità politica del popolo: tutto ciò che afferisce a tale decisione (ossia, i rapporti che ne rappresentano l'im-

³⁸ G. BURDEAU, *Traité de science politique. IV) Le statut du pouvoir dans l'État*, XII ed., Paris 1969, 19, ritiene che «la raison et l'expérience confirment pleinement» che alcuni fatti, per la loro natura, siano materia costituzionale.

³⁹ G. ZAGREBELSKY, *Società-Stato-Costituzione. Lezioni di dottrina dello Stato*, Torino 1988, 29.

⁴⁰ S. BARTOLE, voce *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, IV, Torino 1989, 296, parla di «ordinamento complessivo degli elementi basilari dell'assetto del potere e dei rapporti di questo con la collettività».

⁴¹ Cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I) Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, 19 ss.

mediata concretizzazione) non può non possedere l'attributo della fondamentalità, rientrando così nella "materia costituzionale". Non diversamente il normativismo. L'attenzione rivolta alla *Grundnorm*, quale norma originaria e data per presupposta razionalmente, ed alla costituzione positiva, quale complesso di norme sulla produzione di (altre) norme, rispecchia la tendenza ad individuare i fattori legittimanti l'ordinamento giuridico e capaci di garantirne la stabilità e la permanenza.

In definitiva, la materia costituzionale esiste già allo stato virtuale (o potenziale), in quanto forgiata dai molteplici fattori (sociali, culturali, politici) che stimolano la domanda di Costituzione. Il processo costituente, pur variamente articolato, non crea la materia costituzionale, ma la scopre. La trasposizione per iscritto dei principi e delle regole che compongono il sistema costituzionale suggella questo passaggio dal virtuale all'attuale in vista del soddisfacimento della domanda di Costituzione.

E non è diversamente in un ordinamento, quale quello inglese, privo di una Costituzione scritta. È stato, infatti, scritto che alla materia costituzionale «appartengono in primo luogo le norme – di Common Law, di legge, di “convenzione” – che disciplinano la composizione e le competenze degli organi che gestiscono i poteri di imperio del regno (...). Ma vi appartengono anche taluni principi che attengono al modo d'essere dell'apparato complessivo dello stato (...), al modo d'essere dell'ordinamento nel suo insieme (...), nonché alle libertà e ai diritti della persona che, a seconda del momento storico, sono avvertiti come fondamentali»⁴².

4. *I nuovi diritti fondamentali, tra analogia e interpretazione estensiva*

Nel corso della seconda guerra mondiale, una cittadina italiana subiva una violenza carnale da parte di alcuni soldati di forze armate occupanti. In seguito, la stessa otteneva un assegno di guerra rinnovabile. La successiva richiesta di aggravamento veniva rigettata una volta accertata l'inesistenza di esiti in atto della predetta violenza. Nel conseguente giudizio, l'adita Corte dei conti sollevava questione d'incostituzionalità della disciplina in materia di pensioni di guerra nella parte in cui non prevedeva il risarcimento del danno morale nei confronti di cittadini vittime di

⁴² G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino 1994, 148. Cfr., sul punto, A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, X ed., London 1962, 23.

violenza carnale in occasione di operazioni belliche. Accogliendo la questione, la Corte costituzionale affermò che la violenza carnale costituisce «la più grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale. Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire»⁴³.

Un figlio naturale chiedeva al competente giudice l'accertamento del proprio diritto di anteporre al cognome, derivatogli dall'unico riconoscimento della madre naturale intervenuto oltre quaranta anni dopo il parto, il precedente cognome attribuito dall'ufficiale di stato civile. L'adito tribunale eccepiva l'incostituzionalità dell'art. 262 del codice civile nella parte in cui non prevedeva che il figlio naturale, assumendo il cognome del genitore che per primo lo aveva riconosciuto, avesse diritto di mantenere il cognome originariamente attribuitogli ove questo costituisse segno distintivo della sua identità personale. Nel dichiarare fondata la questione, la Corte, richiamando una precedente decisione, ribadì che il cognome gode di una distinta tutela anche nella sua funzione di strumento identificativo della persona, e che, in quanto tale, costituisce parte essenziale ed irrinunciabile della personalità: «tutela che è di rilievo costituzionale perché il nome, che costituisce “il primo e più immediato elemento che caratterizza l'identità personale”, è riconosciuto “come bene oggetto di autonomo diritto” dall'art. 2 della Costituzione. D'altra parte il diritto all'identità personale costituisce tipico diritto fondamentale, rientrando esso tra “i diritti che formano il patrimonio irrettrattabile della persona umana” sicché la sua lesione integra la violazione dell'art. 2 citato»⁴⁴.

I casi appena citati sono usualmente annoverati nella giurisprudenza costituzionale in tema di “nuovi” diritti fondamentali⁴⁵.

⁴³ Sentenza n. 561 del 1987, ove la Corte precisa che «la violenza carnale comporta invero, di per sé, la lesione di fondamentali valori di libertà e dignità della persona, e può inoltre dar luogo a pregiudizi alla vita di relazione. Tali lesioni hanno autonomo rilievo sia rispetto alle sofferenze ed ai perturbamenti psichici che la violenza carnale naturalmente comporta, sia rispetto agli eventuali danni patrimoniali a questa conseguenti: e la loro riparazione è doverosa, in quanto i suddetti valori sono, appunto, oggetto di diretta protezione costituzionale».

⁴⁴ Sentenza n. 297 del 1996, che richiama la sentenza n. 13 del 1994. V. pure la sentenza n. 120 del 2001.

⁴⁵ Prima di proseguire oltre merita un cenno la posizione di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I) Teoria del diritto*, Roma-Bari 2007, 726 ss.,

L'individuazione di un diritto fondamentale "nuovo", vale a dire privo di esplicita previsione ad opera della Costituzione, è l'esito di un processo di riempimento di un vuoto normativo?

Nel solco tracciato dal pensiero positivista, sarebbe coerente asserire che i diritti fondamentali sono soltanto quelli espressamente contemplati dagli enunciati costituzionali. La ragione è semplice: secondo questo approccio teorico, la Costituzione crea, in quanto atto normativo, i diritti fondamentali. Stando così le cose, le lacune, quanto al catalogo dei diritti fondamentali, sarebbero in radice escluse.

Accedendo, invece, alla prospettiva illuminata dal giusnaturalismo, parrebbe più coerente abbracciare l'idea della Costituzione quale atto che si limita a riconoscere e a garantire i diritti fondamentali: questi, dunque, preesistono al processo costituente, essendo patrimonio irrettrattabile di tutti gli individui in quanto appartenenti al genere umano. La Costituzione sarebbe, così, solcata da un numero non previamente quantificabile di lacune, la cui consistenza dipende da ciò che la comunità ascrive, secondo ragione o in base a valori etici o religiosi, ai diritti fondamentali.

Non pochi studiosi hanno subito il fascino di questa interpretazione arrivando a riconoscere nell'art. 2 Cost. la base normativa di un catalogo aperto di diritti fondamentali, quasi che gli artt. 13 e seguenti si limitassero a fornire un elenco importante ma non tassativo di diritti⁴⁶. Si è pervenuti alla medesima conclusione, pur non aderendo alla dottrina giusnaturalistica, anche affermando che la categoria dei diritti è sensibile e, dunque, aperta «ai valori e agli interessi nuovi che vanno emergendo ad opera delle forze politiche e culturali prevalenti, delle forze politiche, cioè, che determinano la costituzione materiale»⁴⁷.

Questa posizione è stata contestata da quanti, pur senza cedere alle lusinghe del formalismo, fanno notare come, imboccando questo itinerario interpretativo, si rischi di favorire l'affermazione di concezioni ideali che rappresentano solo una parte della comunità, là dove uno dei prin-

l'eventuale rango costituzionale dei diritti fondamentali è irrilevante ai fini di una simile qualificazione, essendo la previsione nella legge fondamentale solo una tecnica di protezione. Come a dire: i diritti fondamentali sono tali anche se non previsti dalla Costituzione.

⁴⁶ V., in particolare, C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità*, in *Iustitia* 1949, 69 ss., e S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale. Presupposti e concetto*, Milano 1950, 108.

⁴⁷ A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975, 84 s.

cipi cardine della nostra Costituzione è proprio il pluralismo⁴⁸. Senza dimenticare, poi, che l'ampliamento progressivo di nuovi diritti fondamentali, i quali entrano nell'ordinamento attraversando la porta spalancata dall'art. 2, determina paradossalmente una graduale limitazione di tutti i diritti, vista la necessità di un loro bilanciamento⁴⁹.

Dal canto suo, il giudice delle leggi, abbandonato il vecchio indirizzo di chiusura⁵⁰, ha identificato nuovi diritti il più delle volte attraverso una interpretazione estensiva delle positive previsioni costituzionali: il diritto alla vita alla luce degli artt. 13 e 32⁵¹, o la libertà di coscienza ancorandola agli artt. 19 e 21. In questa giurisprudenza, l'art. 2 è rimasto sullo sfondo, nel senso che non è stato dalla Corte ignorato, ma è sovente stato incluso nel complesso edificio argomentativo dalla stessa costruito per pervenire al riconoscimento di un nuovo diritto.

Gli sviluppi più recenti del costituzionalismo, sempre più orientato ad un dialogo multilivello tra differenti sistemi, testimoniano l'intensità dell'impatto prodotto dai cataloghi di diritti altrove definiti, a cominciare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo: si pensi, ad esempio, al diritto all'onore, al decoro, alla rispettabilità, alla riservatezza, intimità e reputazione⁵². Si è, quindi, in presenza di un inedito universalismo dei diritti non più fondato sui pilastri del giusnaturalismo, ma ancorato alle fondamenta del costituzionalismo cooperativo che si proietta ben oltre i confini nazionali⁵³.

La Corte ha così optato per il meccanismo dell'interpretazione estensiva⁵⁴. Sicché, appare ragionevole affermare che i nuovi diritti, così iden-

⁴⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1985, 61 ss.

⁴⁹ Così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, II ed., Padova 1995, 568, e R. BIN, G. PI-TRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XIII ed., Torino 2012, 523.

⁵⁰ Cfr., ad esempio, la sentenza n. 29 del 1962.

⁵¹ Nondimeno, sul diritto alla vita come «premessa naturale di qualsiasi altra situazione costituzionalmente protetta», v. la sentenza n. 26 del 1979 della Corte costituzionale.

⁵² Sentenza n. 38 del 1973. V. anche la sentenza n. 388 del 1999.

⁵³ Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino 2001, 54.

⁵⁴ Cfr., in particolare, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 54 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 53 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova 2003, 21 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2005, 137 ss. Secondo F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 8, «la libertà come valore non può essere circoscritta a previsioni determinate e specifiche delle esplicazioni e direzioni in cui esso si realizza». V., in generale, E. ROSSI, *Commento*

tificati, sono già presenti *in nuce* nelle disposizioni costituzionali⁵⁵. Pertanto, non di riconoscimento di inedite situazioni giuridiche soggettive dotate di rilevanza costituzionale si tratta, quanto di arricchimento oggettivo della portata sostanziale delle previsioni della legge fondamentale⁵⁶.

L'interpretazione è la tecnica con la quale dalla disposizione si ricava la norma, vale a dire lo schema di qualificazione entro cui sussumere lo specifico caso concreto. È estensiva l'interpretazione che sfrutta al massimo le potenzialità semantiche dell'enunciato. Se di primo acchito una data formulazione testuale sembra includere solo un determinato fatto o comportamento, una analisi più approfondita, condotta alla stregua degli ordinari canoni ermeneutici e vitalizzata dal confronto con il caso reale, induce l'interprete a scoprire un significato normativo più ampio. In questo modo, la disposizione interpretata non espande il proprio ambito di operatività: piuttosto, l'interprete rivela la sua compiuta portata normativa, accedendo ad una opzione di senso che sino a quel momento era rimasta allo stato virtuale o potenziale. In altri termini, la portata sostanziale della disposizione non viene ampliata artificialmente dall'interprete: egli si limita a proiettarsi oltre il primo, immediato significato apparente dell'enunciato. Non a caso, questa tecnica è comunque annoverata tra le diverse forme di interpretazione del diritto oggettivo⁵⁷.

Con l'analogia, l'operatore del diritto va oltre. Egli ha di fronte a sé un caso non esplicitamente previsto dal diritto positivo. Individua, quindi, un caso ragionevolmente simile, oggetto di una espressa disposizione. Il caso concreto comunque non ricadrebbe nell'ambito di operatività di quella disposizione, neanche – si badi bene – sottoponendo quest'ultima alla più ardita interpretazione estensiva. Tuttavia, gli elementi di similitudine tra il caso regolato e quello sprovvisto di disciplina giuridica sono tali da legittimare l'applicazione della disposizione anche al secondo.

È, quindi, sufficientemente chiara la linea di demarcazione che separa l'interpretazione estensiva e l'analogia. Nel primo caso, la disposi-

all'art. 2, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, 46 s.

⁵⁵ Cfr. A. RUGGERI, "Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino 1994, 64 ss.

⁵⁶ Di questo avviso T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, VIII ed., Milano 1994, 701.

⁵⁷ In Cass. pen., V sez., 3 luglio 1991, in *Foro it.* 1992, II, 146, si legge che ogni termine impiegato in una disposizione ha una "area di significanza" in cui intorno ad un "nucleo essenziale" si estende una "zona di indeterminazione" che spetta all'interprete scoprire.

zione ha in potenza una data espansione sostanziale, quanto all'oggetto regolato, e tocca all'interprete scoprirla compiutamente. Quindi, a ben vedere l'interprete non estende la portata sostanziale dell'enunciato, ma scopre le potenzialità normative in essa racchiuse. Nel procedimento analogico, invece, l'interprete va oltre l'ambito di operatività della disposizione, che si potrebbe ricavare attraverso la scoperta delle sue potenzialità normative, in modo tale da includervi il caso non regolato: e questa operazione è condotta attivando l'*argumentum a simili*⁵⁸.

Si pensi alla locuzione "libertà personale" la cui inviolabilità è sancita dall'art. 13, primo comma, Cost. Quando la Corte vi include l'identità sessuale o l'onore o la reputazione o, in generale, la dimensione psicologica e morale dell'individuo, non fa che svelare la portata sostanziale di tale enunciato. E lo fa grazie a fattori ricavati dai lavori preparatori, dalla intrinseca latitudine dei termini utilizzati, dalla combinazione con altre disposizioni costituzionali, a cominciare dal principio personalista consacrato nell'art. 2 e ribadito nel secondo comma dell'art. 3. A non diverse conclusioni si potrebbe pervenire in relazione alla libertà di coscienza e alla sua ascrivibilità all'ambito di operatività, oltre che del citato art. 13, degli artt. 19 e 21. E, poi, il diritto all'abitazione in relazione al domicilio inviolabile di cui all'art. 14. La riservatezza e la *privacy*, infine, sono beni racchiusi, dapprima allo stato virtuale e poi rivelati dalla Corte costituzionale, negli artt. 14 e 15.

Pertanto, ove si acceda alla diffusa opinione secondo cui solo l'analoga, e non l'interpretazione estensiva, è uno strumento di integrazione del diritto oggettivo, allora appare corretto affermare che quando la Corte identifica un nuovo diritto non colma alcuna lacuna, ma sfrutta appieno le potenzialità degli enunciati positivi attraverso un corretto impiego dei tradizionali e consolidati canoni ermeneutici.

È chiaro che la conclusione cui si è appena pervenuti è il frutto di una modesta approssimazione al massiccio tema della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia⁵⁹. Tuttavia, ai limitati fini della presente

⁵⁸ Secondo R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, 322, «si fa interpretazione estensiva allorché si estende il significato di un termine o di una locuzione oltre il suo significato letterale più immediato, ovvero lo si estende fino a coprire anche fattispecie che ricadono entro l'area di "penombra". Si fa applicazione analogica allorché si applica una norma ad un caso che si riconosce come escluso dal suo campo di applicazione: il che (...) non è cosa diversa dall'elaborare una nuova norma inespressa». Similmente M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica* (parte II), in *Jus* 1942, 528 ss.

⁵⁹ Al quale è dedicato l'approfondito studio di M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003.

trattazione ciò può ragionevolmente bastare. Chi scrive è consapevole dei limiti imputabili alla distinzione tra il ruolo dichiarativo dell'interprete, nel caso dell'interpretazione estensiva, ed il ruolo costitutivo (quasi creativo) dell'operatore del diritto che si avvale dell'analogia⁶⁰. Così come può apparire azzardato affermare che l'analogia non attiene all'interpretazione, ma si riferisce all'applicazione del diritto (che presuppone pur sempre una pregressa attività ermeneutica). Nondimeno, ciò che si è inteso dimostrare in questa sede, e che il dibattito su queste tematiche non pare contraddire, è che la ricognizione di nuovi diritti non attesta alcuna azione creativa del giudice delle leggi, essendo la sua attività destinata a materializzarsi entro i confini tracciati dalla interpretazione del diritto positivo.

4.1. *La libertà di iniziativa economica privata e la riserva implicita di legge*

A presidio dei diritti fondamentali la Costituzione contempla, oltre (ma non sempre) alla riserva di giurisdizione, anche la riserva di legge: più precisamente, la riserva assoluta di legge. Così statuendo, la Costituzione impone al legislatore ordinario di definire una disciplina autosufficiente, con particolare riferimento ai limiti opponibili ai suddetti diritti, lasciando alle fonti secondarie uno spazio minimo di intervento per la regolazione di aspetti minuti, di estremo dettaglio. La presenza di una riserva di legge è comprovata da inequivoche formulazioni linguistiche, dalle quali si evince un esplicito rinvio alla legge.

Nella Costituzione, tuttavia, un diritto appare privo di una espressa garanzia in questi termini: la libertà di iniziativa economica privata. L'art. 41 Cost. consacra tale libertà e la assoggetta a limiti quali la libertà, la sicurezza, la dignità e l'utilità sociale. Nella sua formulazione testuale, però, manca un esplicito rinvio alla legge quale fonte abilitata a definire

⁶⁰ V., soprattutto, N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Nss. Dig. it.*, I, Torino 1957, 604 s. Sempre N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.* 1968, I, 1, 697, osserva come la distinzione in oggetto, immaginata in particolare nell'ambito del diritto penale, abbia fatto «rientrare dalla finestra del giudice quello che era stato cacciato dalla porta del legislatore». Negano il teorizzato divario tra queste due modalità di integrazione L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino 1987, 327, a detta della quale l'interpretazione estensiva è una analogia "facile", e L. CAIANI, voce *Analogia. B) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 354, secondo cui l'interpretazione estensiva e l'analogia «fanno parte, strutturalmente e funzionalmente, di un processo fondamentalmente unitario».

casi e modalità di intervento limitativo dei pubblici poteri in nome di tali vincoli⁶¹.

Il problema del silenzio della Costituzione non si porrebbe ove si disconoscesse a tale libertà la dignità di diritto fondamentale⁶². Altrimenti, ammessa la natura fondamentale del diritto di iniziativa economica, si potrebbe escludere la presenza, sia pure tacita, di una riserva di legge riconoscendo che i limiti contemplati dall'art. 41 sono in realtà provvisti di immediata precettività. In altri termini, secondo questa lettura non sarebbe necessario attendere un intervento specifico del legislatore, essendo la pubblica amministrazione e gli organi giudiziari legittimati a trattare detta libertà come una situazione giuridica soggettiva direttamente vincolata dai limiti sopra ricordati⁶³.

Tuttavia, posto che «il diritto di cui al 1° e al 2° co. dell'art. 41 non è riconosciuto dalla Costituzione in modo assoluto, ma solo entro i limiti fissati dal 2° co. dell'articolo stesso»⁶⁴, il giudice delle leggi è proclive a cogliere in questa previsione una riserva implicita di legge, ricavabile «dai principi generali informatori dell'ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura»⁶⁵.

Siamo, così, al cospetto di una lacuna del testo costituzionale colmata ricorrendo ai principi generali in materia di tutela dei diritti fondamentali.

⁶¹ In effetti, l'ultimo comma rinvia sì alla legge, ma solo per indirizzare e coordinare «a fini sociali» le attività economiche pubbliche e private.

⁶² Così, in particolare, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983, 582 ss.

⁶³ Cfr., soprattutto, A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, II, Milano 1982, 483.

⁶⁴ C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1962, 33 s.

⁶⁵ Sentenza n. 4 del 1962. Nella di poco successiva sentenza n. 40 del 1964 si legge che le «private libertà nella materia economica» sono disciplinate dalla Costituzione «secondo una chiara ispirazione unitaria, della quale la regola della riserva di legge, pur senza che si possa negare una certa sua varia modulazione, rappresenta sicuramente una costante». Dal canto suo, R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *op. cit.*, 2001, 76, riconosce alla Corte il merito di non aver mai esitato «nell'estendere la riserva di legge al campo in questione, nonostante il suo intervento fosse destinato ad assomigliare agli occhi di molti ad una temeraria riscrittura della disposizione costituzionale». V. anche R. NIRO, *Commento all'art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 852 ss.

4.2. *Spunti in tema di titolarità dei diritti fondamentali*

Quando la Costituzione si riferisce al bene protetto, quale oggetto di un diritto fondamentale, la portata universale della singola disposizione, quanto ai titolari di tale diritto, è fuori discussione: «la libertà personale è inviolabile», oppure «il domicilio è inviolabile», o ancora «tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa». In questi casi, il dettato costituzionale non frappone ostacoli letterali al riconoscimento di tali diritti in capo a tutti gli individui, a prescindere dalla cittadinanza⁶⁶.

Una barriera all'accesso universale è, invece, eretta da quegli enunciati che espressamente fanno riferimento ai cittadini quali titolari del diritto di volta in volta previsto: così gli artt. 16, 17 e 18, oltre ai diritti politici a cominciare dal diritto di voto.

Esclusi questi ultimi, che secondo una tradizione consolidata nel tempo si reputano intimamente connessi allo *status civitatis*, si potrebbe porre il seguente interrogativo: nel riferirsi ai soli cittadini la Costituzione vuole davvero circoscrivere la platea dei titolari dei diritti fondamentali in questione oppure, nel caso degli stranieri, si è in presenza di una lacuna?

Ove si ammettesse l'esistenza di un vuoto normativo, ai fini della sua eliminazione si potrebbe accedere a due distinte modalità di integrazione del testo lacunoso: l'interpretazione estensiva oppure l'analogia. Senonché, la prima appare impraticabile, dal momento che, per quanti sforzi l'interprete possa compiere senza alterare il nucleo essenziale di una certa previsione, il termine "cittadino" ha un puntuale e specifico significato giuridico, tale da non includervi, neppure allo stato potenziale, la condizione di straniero. Diversamente, potrebbe essere attivato il procedimento analogico in quanto tra la posizione vantata dal cittadino in merito ai beni fondamentali provvisti di dignità costituzionale e la situazione giuridica degli stranieri in relazione ai medesimi beni sussiste una ragionevole somiglianza.

Peraltro, il ricorso all'analogia è supportato dal principio personalista di cui all'art. 2 Cost., secondo cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», non del cittadino⁶⁷. D'altro canto, il riferi-

⁶⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Cittadino e straniero come titolari dei diritti fondamentali*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1992, 213 ss. Quanto alla giurisprudenza costituzionale v., tra le tante, le sentenze n. 11 del 1968; n. 62 del 1994; n. 58 del 1995; n. 198 del 2000; n. 222 del 2004.

⁶⁷ Cfr. S. PRISCO, voce *Riunione (libertà di)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, 3. Con la sentenza n. 105 del 2001, la Corte ha riconosciuto che «i diritti che la Costituzione pro-

mento esplicito ai soli cittadini operato dal primo comma dell'art. 3 Cost., non ha impedito al giudice delle leggi di statuire che l'eguaglianza dinanzi alla legge deve essere riconosciuta anche agli stranieri «dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo»⁶⁸.

L'applicazione analogica delle citate disposizioni si rivela, invece, preclusa ove non sia verificabile la necessaria ragionevole similitudine. Si pensi alla libertà di circolazione e soggiorno. In più occasioni la stessa Corte costituzionale ha negato che sussista una piena parità di trattamento e di godimento tra cittadini e stranieri extracomunitari, a causa di «differenze di fatto e di posizioni giuridiche»⁶⁹. Quelle differenze, appunto, che impediscono il ricorso all'analogia.

È corretto, comunque, ricordare l'opinione di quanti propugnano una lettura combinata della specifica disposizione che si rivolge testualmente ai cittadini con l'art. 10, secondo comma, Cost., tale per cui in realtà l'estensione agli stranieri deve comunque passare per un apposito intervento del legislatore⁷⁰. Così come altrove si parla di interpretazione sistematica «volta a verificare quali siano gli interessi generali che solo la condizione di cittadino è idonea a soddisfare»⁷¹.

5. *La “precomprensione” del testo da interpretare: il caso della controfirma ministeriale*

Con una suggestiva provocazione, Monateri ha addebitato all'interprete la responsabilità dei vuoti normativi. Più precisamente, «la lacuna

clama inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». V., tra le più recenti, le sentenze n. 306 del 2008; n. 187 del 2010; n. 61 e n. 329 del 2011.

⁶⁸ Sentenza n. 54 del 1979. Nella successiva sentenza n. 62 del 1994 la Corte ha ribadito che quando si tratta di godimento dei diritti inviolabili «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero». Già prima la sentenza n. 104 del 1969.

⁶⁹ Sentenza n. 244 del 1974. La Corte ha, infatti, riconosciuto che il diverso trattamento quanto al godimento di tale diritto dipende da differenze di fatto che il legislatore è legittimato a valutare e disciplinare di conseguenza, secondo scelte discrezionali purché conformi al canone generale di ragionevolezza: cfr. le sentenze n. 104 del 1969 e n. 503 del 1987.

⁷⁰ Così A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano 1967, 39; R. BORRELLO, voce *Riunione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, 1422; G. ROLLA, *La tutela costituzionale dei diritti*, Milano 2003, 53.

⁷¹ F. RIGANO, *Commento all'art. 18*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 408 s.

non è nella norma in sé, ma è sempre il risultato dell'applicazione di una procedura interpretativa: la lacuna è una creazione dell'interprete»⁷². Un fondo di verità in questa constatazione è innegabile se si accede all'idea che l'attività interpretativa sia preceduta dalla "precomprensione" del testo⁷³. In effetti, di lacuna si potrebbe parlare ove si appurasse l'esistenza di un netto divario tra l'aspettativa di senso alimentata dalla precomprensione e l'effettivo risultato dell'operazione interpretativa.

L'art. 89 Cost. stabilisce che «nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità». Ove il Presidente della Repubblica adotti un atto di sua iniziativa, dunque senza alcun impulso governativo, si pone il problema della individuazione del ministro controfirmante. Questo dilemma potrebbe essere risolto radicalmente escludendo che il Capo dello Stato possa agire di propria iniziativa oppure potrebbe essere sciolto sottoponendo l'art. 89 ad una interpretazione estensiva.

Supponiamo che s'intenda procedere ad una operazione ermeneutica su tale enunciato. Il buon senso potrebbe supportare una precomprensione del testo tale da individuare nel ministro "competente" per materia colui al quale dovrà essere richiesta la controfirma. Senonché, neanche forzando al massimo la lettera della disposizione in oggetto si potrebbe pervenire a questo risultato. Proposta è altro rispetto a competenza, anche se il ministro proponente non può che essere quello competente⁷⁴. La proposta è un atto di impulso, laddove la competenza è lo spazio di azione entro il quale opera un determinato organo⁷⁵. Si è, dunque, in presenza di uno iato evidente tra l'aspettativa coltivata dall'interprete in sede di precomprensione (se non c'è il ministro proponente, allora occorrerà far riferimento al ministro competente) e l'effettivo esito dell'interpretazione (la Costituzione contempla la sola controfirma del ministro proponente).

⁷² P.G. MONATERI, *Interpretare la legge*, in *Riv. dir. civ.* 1987, 595.

⁷³ Cfr. E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.* 1948, 14; H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1965), trad. it., *Verità e metodo*, Milano 1987, 312 ss.; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1972), trad. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli 1983, 12 ss.

⁷⁴ Infatti, L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 459, osserva che dal testo costituzionale «parrebbe risultare che il valore della controfirma sia costante ed univoco; sicché non potrebbero esservi atti presidenziali che non vengano preceduti e condizionati da una proposta del ministro competente».

⁷⁵ Per C. ESPOSITO, voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 286, n. 7, la formula "ministro competente" ha un significato ulteriore rispetto a quella di "ministro proponente".

Ebbene, questo divario è sufficiente a dimostrare che la lacuna, nel caso di specie, sia stata creata dall'interprete?

Un argomento forte potrebbe essere speso per corroborare questa ipotesi. Dichiarando la sussistenza di una simile lacuna (la Costituzione tace su chi, tra i ministri, debba controfirmare un atto di iniziativa presidenziale), in realtà si persegue l'obiettivo di riconoscere al Capo dello Stato il potere di assumere atti anche senza una previa proposta ministeriale.

Stando così le cose, l'artificiosità della lacuna potrebbe indurre a ritenere che, in tal modo, l'interprete abbia in realtà perseguito l'obiettivo di rileggere significativamente il ruolo assegnato dalla Costituzione al Presidente della Repubblica, nonché i rapporti di questi con il governo. Non una lacuna da colmare, ma una innovazione da introdurre nel sistema costituzionale.

In effetti, l'art. 85 del testo proposto dalla Commissione in seno all'Assemblea costituente, che faceva esplicito riferimento ai ministri competenti, fu stralciato e sostituito dall'attuale versione⁷⁶. Se qualcuno, al riguardo, ha ipotizzato una svista, più verosimile appare la lettura fornita da quanti ritengono una simile scelta coerente con la figura presidenziale che stava affiorando in quella sede⁷⁷. In effetti, non è mancato chi, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ha escluso la facoltà del Presidente di adottare atti senza la previa proposta ministeriale: e ciò al fine di non alterare la forma di governo parlamentare attraverso l'immissione di elementi reputati incompatibili con il rapporto fiduciario tra il legislativo e l'esecutivo⁷⁸.

Senonché, l'inscindibile connubio proposta/controfirma apparve inconciliabile con alcuni poteri presidenziali rispetto ai quali l'impulso governativo poteva già di primo acchito considerarsi o logicamente improbabile (si pensi alla nomina del Presidente del Consiglio dei ministri) o istituzionalmente impraticabile (così le diverse nomine devolute al Capo

⁷⁶ In virtù dell'emendamento Perassi: v. M. MIDIRI, *Commento all'art. 69*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 1733 s.

⁷⁷ Cfr., rispettivamente, G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1951, 926 ss., e E. CHELI, *Commento all'art. 89*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1983, 96 ss. Secondo A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, II, V ed., Bologna 1997, 252, i costituenti avrebbero commesso un errore vero e proprio, e non semplicemente uno svarione.

⁷⁸ Cfr. S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano 1949, 25 ss.

dello Stato). Parallelamente, la prassi immediatamente successiva al varo della Costituzione ha fatto gradualmente emergere una tipologia di atti non solo formalmente, ma anche sostanzialmente presidenziali rispetto ai quali la volontà del Capo dello Stato è dominante rispetto a quella dell'esecutivo. Atti, questi, rispetto ai quali è apparsa sin da subito impraticabile una iniziativa ministeriale, pur restando ferma la irresponsabilità del Presidente della Repubblica. Per questa ragione, e fatta eccezione per i cd. atti personalissimi del Capo dello Stato, gli atti formalmente e sostanzialmente presidenziali non sono stati considerati esenti dall'obbligo di controfirma: una soluzione, questa, che in astratto ben avrebbe potuto rappresentare una corretta soluzione alla asserita lacuna del testo costituzionale. E, invece, «una prassi consolidata e mai messa in dubbio nella vita costituzionale ha affidato la controfirma di questi atti al *ministro competente per materia*»⁷⁹. La stessa Corte costituzionale, nella nota pronuncia sul potere presidenziale di grazia, ha ricordato che «nel medesimo impianto costituzionale configurato nel 1948, venne ribadita la necessità che tutti gli atti del Presidente della Repubblica, a pena di invalidità, dovessero essere controfirmati dai Ministri “proponenti” (espressione equivalente, secondo l'interpretazione successivamente invalsa, a quella di Ministri “competenti”)»⁸⁰. In questo modo, la presunta lacuna è stata colmata con l'affermazione di una soluzione che, da un lato, riflette la legittimazione del Capo dello Stato ad assumere iniziative rispetto alle quali la sua volontà è determinante e, dall'altro, consente comunque all'esecutivo una adeguata forma di controllo volta ad evitare che il Presidente configuri o asseconi un indirizzo politico diverso da quello tracciato dalle Camere e dal Governo nello svolgimento del loro rapporto fiduciario.

Non appare, perciò, manifestamente infondato il dubbio che di lacuna si sia parlato non perché davvero ve ne fossero gli estremi, ma per legittimare il progressivo consolidamento di una prassi destinata a muoversi lungo binari in parte divergenti da quelli posti dall'Assemblea costituente. Quanto le concrete vicissitudini istituzionali abbiano contribuito a modellare la figura presidenziale è un dato incontrovertibile, anche ai giorni nostri⁸¹. Al silenzio della Costituzione, quindi, gli attori istituzionali hanno risposto con la consacrazione di una regolarità (una

⁷⁹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, 260 s.

⁸⁰ Sentenza n. 200 del 2006, punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

⁸¹ V., infatti, M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, nella rivista telematica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, n. 1 del 2014.

convenzione o una consuetudine?) non del tutto coincidente con quanto stabilito dal dettato costituzionale, neppure interpretato estensivamente⁸².

6. *Il rapporto fiduciario tra Camere e Governo e il completamento del sistema costituzionale: la questione di fiducia*

La forma di governo parlamentare si regge sul rapporto fiduciario tra il potere legislativo e quello esecutivo⁸³. La nostra Costituzione contempla espressamente, quali strumenti di inveroimento di tale rapporto, la mozione di fiducia e quella di sfiducia: due atti parlamentari che segnano l'inizio e, rispettivamente, la fine della relazione fiduciaria. Nel contempo, la Costituzione formale non prevede un omologo atto governativo di verifica della fiducia.

È chiaro che le Camere possono legittimamente operare anche senza una attestazione fiduciaria da parte dell'esecutivo, così come è indiscutibile che, stando all'art. 94, primo comma, è il Governo a dover godere della fiducia dei due rami del Parlamento, e non viceversa.

Tuttavia, il sospetto che vi sia, in realtà, una lacuna da colmare riposa su di una attenta considerazione di tale rapporto.

Intanto, la fiducia determina per l'appunto l'instaurazione di un rapporto tra distinti organi, rilevante anche sul piano giuridico. Inoltre, il concetto stesso di fiducia evoca una relazione bilaterale, e non un rapporto di tipo gerarchico tra due distinte entità organizzative⁸⁴. L'organo

⁸² Dal canto loro, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino 2012, 237, sostengono che una interpretazione sistematica del dettato costituzionale induca già di per sé a ritenere che sarebbe erroneo affermare che «i ministri possedano un potere di proposta anche in ambiti invece sicuramente propri del Presidente della Repubblica».

⁸³ Cfr., per tutti, S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna 1997, 8 ss.

⁸⁴ Così G. ZAGREBELSKY, *La formazione del Governo nelle prime quattro legislature repubblicane*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1968, 843; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano 1973, 300; G. RIZZA, *Questione di fiducia, regolamenti parlamentari e attribuzioni dell'esecutivo*, in questa *Rivista* 1981, 147; V. LIPOLIS, *Le procedure parlamentari del rapporto fiduciario*, in AA. VV., *Diritto parlamentare*, Rimini 1992, 292; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna 2003, 391; A. AMBROSI, *Commento all'art. 94*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova 2008, 849. V. pure J. SOLAL-CELIGNY, *La questione de confiance sous la IV^e République*, in *Revue du droit public et de la science politique* 1952, 737. Con la sentenza n. 7 del 1996, che verrà richiamata più approfonditamente in seguito, la Corte ha abbracciato questa conformazione del rapporto fiduciario.

destinatario dell'investitura fiduciaria non è collocato in una posizione passiva, ben potendo interloquire con le Camere⁸⁵.

Questa lacuna è stata colmata con la consacrazione di un istituto, la questione di fiducia, privo di una testuale previsione in Costituzione⁸⁶.

Si noti sin da subito che la questione di fiducia non è compiutamente speculare alla mozione di sfiducia. In quest'ultimo caso, una delle Camere vota contro l'esecutivo determinandone le dimissioni quale conseguenza giuridicamente necessaria. Con la questione di fiducia, invece, il Governo non si ritrae direttamente dal rapporto fiduciario, ma costringe una delle Camere a votare nel senso indicato dall'esecutivo. Solo in caso di voto contrario, allora il Governo sarà tenuto a dimettersi.

Grazie alla questione di fiducia, quindi, anche l'esecutivo è stato posto nelle condizioni di sottoporre a verifica la vitalità del legame fiduciario. È ben vero che tale rapporto potrebbe venir meno in forza di una decisione unilaterale dell'esecutivo, come nel caso delle dimissioni. Senonché, un conto è una scelta operata direttamente dal Governo, altro è, in termini di assunzione della responsabilità politica, una decisione avversa di una delle Camere in relazione ad un atto sul quale l'esecutivo aveva posto la questione di fiducia.

La questione di fiducia era già invalsa nel periodo statutario. Nell'ordinamento repubblicano e, dunque, nel silenzio della Costituzione la consacrazione di tale istituto è stata ascritta ad una consuetudine⁸⁷ o ad una convenzione⁸⁸ o alla prassi⁸⁹ o, ancora, è stata collegata alla previsione dell'art. 94, che presuppone un rapporto di mutua cooperazione tra le istituzioni quiivi considerate⁹⁰. La positivizzazione ha avuto luogo,

⁸⁵ In effetti, T. MARTINES, *op. cit.*, 395, parla del Governo come di un «soggetto attivo del rapporto fiduciario».

⁸⁶ Di silenzio della Costituzione parla più volte M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano 1996, 151 e 159 ss. L'incompletezza dell'art. 94 Cost. è stata sottolineata da L. VENTURA, *La questione di fiducia: spunti problematici*, in *Studi. parl. pol. cost.* 1973, 21 ss., e da P.G. GRASSO, *Note in tema di dimissioni del Governo*, in *Giur. cost.* 1979, 170. Dunque, sulla immanenza della questione di fiducia nel sistema costituzionale v. G. AMATO, *Intervento*, in AA. VV., *L'indirizzo politico nel nuovo Regolamento della Camera dei Deputati*, Milano 1973, 84.

⁸⁷ Di questo avviso V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, V ed., Padova 1984, 157, nonché S. MERLINI, *Il Governo*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, cit., 203.

⁸⁸ In questo senso G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova 1972, 77.

⁸⁹ V. T. MARTINES, *op. cit.*, 394, e L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 392.

⁹⁰ Cfr. M. VILLONE, *Commento all'art. 94*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna 1987, 295.

in seguito, con il regolamento della Camera del 1971, e poi con la legge n. 400 del 1988, il cui art. 2 stabilisce che la posizione della questione sia deliberata dal Consiglio dei Ministri su iniziativa del Presidente⁹¹.

Questa risposta al silenzio della Costituzione ha riequilibrato il rapporto fiduciario non solo al fine di rafforzare l'idea di una paritaria cooperazione tra gli organi interessati, ma anche allo scopo di riaffermare l'autonomia del Governo quale protagonista dell'opera di definizione e di attuazione dell'indirizzo politico⁹².

6.1. *Segue: la mozione di sfiducia individuale*

La Costituzione tace anche in ordine alle conseguenze che potrebbero affliggere il singolo ministro ove questi assumesse reiterate iniziative incompatibili con l'indirizzo e la politica di governo. Più precisamente, il dettato costituzionale non contempla alcuna modalità di rimozione dall'incarico ministeriale.

A questa lacuna si è tentato vanamente di rimediare affermando la sussistenza in capo al Presidente della Repubblica di un potere di revoca⁹³. Questa tesi è stata argomentata osservando che in qualsiasi potere di nomina è immanente il potere specularmente antitetico, vale a dire quello preordinato alla cessazione dell'incarico⁹⁴. Inoltre, di potere presidenziale di revoca si è parlato a proposito del caso in cui, a seguito della votazione di una mozione di sfiducia, il governo non si dimetta⁹⁵. In questo caso resta comunque aperta la possibilità di un conflitto interorganico dinanzi alla Corte costituzionale.

Tuttavia, questa interpretazione estensiva dell'art. 92, secondo comma, Cost., non ha avuto fortuna, essendo prevalso l'indirizzo incline

⁹¹ Cfr., quindi, il regolamento del Senato del 1988. Sulla riconduzione della questione di fiducia all'autonomia parlamentare si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 391 del 1995.

⁹² Così L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 643, nonché A. D'ANDREA, *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*, Torino 1991, 210 ss.

⁹³ Ricorda l'annosità della questione L. CARLASSARE, *Relazione generale su Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica*, in *Il Governo. Annuario 2001* (Atti del convegno annuale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Palermo 8-9-10 novembre 2001), Padova 2002, 84 ss.

⁹⁴ Di questo parere, tra gli altri, A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, I, Firenze 1951, 152 ss., e M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano 1972, 120 ss.

⁹⁵ Cfr., tra gli altri, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, IX ed., Padova 1975, 571, e L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Milano 1981, 199.

a richiedere una esplicita ed inequivoca attribuzione del potere di revoca⁹⁶. E ciò a maggior ragione anche in capo al Presidente del Consiglio, cui la citata previsione assegna il solo potere di proposta dei ministri da nominare⁹⁷. È ben vero che le innovazioni introdotte nel sistema elettorale, e il mutato assetto delle relazioni tra i partiti, potrebbero indurre a riconoscere una simile potestà⁹⁸. Nondimeno, il ruolo peculiare assegnato al Presidente del Consiglio dall'art. 95, primo comma, Cost., non è stato reputato sufficiente ai fini del riconoscimento di una simile prerogativa, anche solo sotto forma di proposta di revoca indirizzata al Capo dello Stato⁹⁹.

Al suindicato fine, peraltro, non potrebbe soccorrere neppure l'art. 122, ultimo comma, Cost., come novellato nel 1999, in ordine alla revoca dei membri della Giunta regionale. Il ricorso all'analogia è, tuttavia, precluso dalla mancanza dei requisiti necessari affinché si possa legittimamente procedere all'attivazione dell'*argumentum a simili*. In effetti, il potere di revoca è assegnato al Presidente della Regione, unitamente al potere di nomina, ove questi sia eletto a suffragio universale e diretto. Le differenze tra il soggetto che procede alla nomina dell'esecutivo nazionale, e il Presidente della Regione sono tali, e così radicali, da escludere che si tratti di casi ragionevolmente simili.

Sgombrata, così, l'ipotesi radicale di una crisi di governo, quale modalità per superare il dissenso in seno all'esecutivo, nella vita costituzionale si è affermato l'istituto della sfiducia individuale quale meccanismo idoneo a riempire il vuoto della Costituzione.

Al riguardo, la Corte costituzionale, nella notissima pronuncia sul caso Mancuso, ha ben illustrato i termini della questione¹⁰⁰. Dopo aver riconosciuto il «silenzio della Costituzione» in argomento, la Corte ha

⁹⁶ Cfr., ad esempio, L. PALADIN, voce *Governo italiano*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970, 695 s.; G. PITRUZZELLA, *Il presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del Governo*, Padova 1986, 207 ss.; V. ANGIOLINI, *Le braci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica*, in *Riv. dir. cost.* 1998, 82 ss.; S. NICCOLAI, *Il Governo*, Roma-Bari 2003, 126.

⁹⁷ Non così, invece, per C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 553, che riconosce al Presidente del Consiglio il potere di proporre la revoca al Capo dello Stato proprio in relazioni alle responsabilità del medesimo in seno all'esecutivo.

⁹⁸ Così S. GALEOTTI, *Risposta alle sei domande ai costituzionalisti provocate dal caso Mancuso*, in *Giur. cost.* 1995, 4701, e L. CARLASSARE, *Sfiducia individuale e revoca dei ministri nel nuovo assetto politico*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, I, Milano 1998, 157 ss.

⁹⁹ Cfr. F. DONATI, *La responsabilità politica dei ministri nella forma di governo italiana*, Torino 1997, 133.

¹⁰⁰ Sentenza n. 7 del 1996, cit.

evidenziato che «il fatto che l'istituto della sfiducia individuale non sia stato tradotto in una espressa previsione non porta a farlo ritenere fuori dal quadro costituzionale. Non avendo l'Assemblea costituente preso esplicita posizione sul tema, è da ritenere che essa non abbia inteso pregiudicare le modalità attuative che la forma di governo, così come definita, avrebbe consentito. Nella interpretazione della Costituzione, occorre privilegiare l'argomento logico-sistematico: si tratta, allora, di accertare se la sfiducia individuale, benché non contemplata espressamente, possa, tuttavia, reputarsi elemento intrinseco al disegno tracciato negli artt. 92, 94 e 95 della Costituzione, suscettibile di essere esplicitato in relazione alle esigenze poste dallo sviluppo storico del governo parlamentare». Nella nostra forma di governo, «là dove esiste indirizzo politico esiste responsabilità (...) e là dove esiste responsabilità non può non esistere rapporto fiduciario». Il principio di collegialità non è tale da escludere una qualche forma di responsabilità individuale del singolo ministro: «la collegialità stessa è metodo dell'azione dell'esecutivo che può essere infranto proprio dal comportamento dissonante del singolo, e che il recupero dell'unitarietà di indirizzo può essere favorito proprio dal ricorso, quando una delle Camere lo ritenga opportuno, all'istituto della sfiducia individuale». Ebbene, detto istituto si è affermato nella prassi repubblicana, come recepita dai regolamenti parlamentari, grazie ad elementi ai quali «non può non essere riconosciuto grande significato, perché contribuiscono ad integrare le norme costituzionali scritte e a definire la posizione degli organi costituzionali, alla stregua di principi e regole non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali»¹⁰¹.

La Corte, dunque, riconosce l'attitudine di una consuetudine costituzionale a colmare una lacuna del testo¹⁰².

¹⁰¹ Quest'ultimo passaggio coincide testualmente con quanto statuito dalla stessa Corte nella precedente sentenza n. 126 del 1981, ove, in tema di autonomia contabile degli organi costituzionali, essa riconosce che «la disciplina dettata dalle norme costituzionali scritte, quanto al regime organizzativo e funzionale degli apparati serventi gli organi costituzionali, non è affatto compiuta e dettagliata», sì da poter essere integrata appunto da consuetudini costituzionali.

¹⁰² Non ha ritenuto decisivo il richiamo della consuetudine R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, 169. Cfr., in generale, Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano 2002, 91 ss. V., pure, P. CALANDRA, *Il Governo della Repubblica*, Bologna 1986, 181 ss.

7. *Lacune apparenti: in particolare, il procedimento di formazione del Governo*

Facciamo un passo indietro rispetto ai momenti istituzionali esaminati in precedenza. In effetti, un altro importante frangente in cui affiora, con chiarezza, la “lacunosità” del dettato costituzionale è proprio quello del procedimento di formazione del Governo¹⁰³.

L’art. 92, secondo comma, Cost., assegna al Presidente della Repubblica il potere di nominare il Presidente del Consiglio e, su proposta di questi, i ministri. Null’altro è specificato.

È tuttavia dubbio che si tratti di una vera e propria lacuna ascrivibile ad un carente apprezzamento delle implicazioni associate a questo vitale frangente della vita istituzionale.

Vi è uniformità di vedute quanto alla configurazione di un vero e proprio procedimento, quale sequenza coordinata di atti orientati verso un determinato obiettivo, vale a dire la formazione del Governo¹⁰⁴. Ogni procedimento è scandito da regole cogenti. Nel silenzio della Costituzione, si ritiene che esso sia «oggetto di consuetudini, convenzioni e prassi»¹⁰⁵. Tali regole hanno, quindi, plasmato tale fattispecie procedimentale immettendo, nel sistema costituzionale altrimenti silente, alcuni istituti consolidatisi nel tempo: le consultazioni, l’incarico seguito dall’accettazione con riserva, il preincarico, il mandato esplorativo, e così via.

Il Costituente, consapevole della duttilità del prescelto modello di governo, non ha inteso fissare una disciplina di dettaglio, preferendo rinviare a regole idonee ad adattarsi alle mutevoli dinamiche istituzionali. L’unico indirizzo vincolante che è dato ricavare dal testo, interpretato in via sistematica, è la dimensione finalistica del potere presidenziale in parola. Il Capo dello Stato è chiamato ad identificare una compagine governativa, a cominciare dal suo *leader*, in grado di ottenere la fiducia in Par-

¹⁰³ Sulla lacunosità del testo costituzionale in materia di Governo v., in particolare, G. PITRUZZELLA, *Commento agli artt. 92-93*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 13, e S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, 111 ss.

¹⁰⁴ Per L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 685, si ha un solo procedimento, laddove A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano 1981, 140, distingue tra il procedimento che sfocia nella investitura del Presidente del Consiglio e quello relativo ai ministri. V., inoltre, L. ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo*, in *Giur. cost.* 1957, 1178 ss.

¹⁰⁵ A. D’ANDREA, *Commento all’art. 92*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 1783.

lamento¹⁰⁶. In fondo, il Presidente della Repubblica è stato più volte qualificato come garante del corretto funzionamento delle istituzioni, chiamate a loro volta ad informare le reciproche relazioni al principio di leale collaborazione¹⁰⁷.

In questo delicato frangente istituzionale semmai il vero problema non è quello della presenza di una lacuna nel testo, bensì quello relativo alle implicazioni, giuridiche e politiche, associate all'esercizio del potere in oggetto. Si pensi, vigente l'attuale sistema elettorale, alla nomina di un soggetto diverso dal *leader* della coalizione che ha vinto le elezioni. O, ancora, si pensi ad uno snellimento procedurale che ometta del tutto le consultazioni o le limiti soltanto ad alcuni soggetti politici. Nel primo caso il rischio concreto di un fallimento della successiva procedura fiduciaria in Parlamento potrebbe esporre il Capo dello Stato a forme di biasimo e di critica che, pur non determinando alcuna forma di responsabilità politica, ne potrebbero minare l'autorevolezza e la credibilità. Nel secondo caso, dal punto di vista giuridico tutto dipende dalla qualificazione che s'intende dare alle regole che hanno finito coll'imporre le consultazioni: ove si tratti di consuetudini, quindi di fonti del diritto, la giustiziabilità delle stesse, ammesso che si possa arrivare davanti alla Corte costituzionale, è una eventualità da non escludere. Non così, invece, se alle stesse regole si assegna una connotazione diversa, quali regole convenzionali o di correttezza¹⁰⁸.

In definitiva, il caso appena esaminato esula dalla nozione di lacuna,

¹⁰⁶ Cfr., per tutti, S. BARTOLE, voce *Governo*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, VII, Torino 1991, 641.

¹⁰⁷ Su questo R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.* 2001, 3 ss. Nella discussa sentenza n. 1 del 2013 si legge che il Presidente della Repubblica «è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche. Egli dispone pertanto di competenze che incidono su ognuno dei citati poteri, allo scopo di salvaguardare, ad un tempo, sia la loro separazione che il loro equilibrio. Tale singolare caratteristica della posizione del Presidente si riflette sulla natura delle sue attribuzioni, che non implicano il potere di adottare decisioni nel merito di specifiche materie, ma danno allo stesso gli strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni, da cui devono scaturire le relative decisioni di merito». La stessa Corte aggiunge che «tutti i poteri del Presidente della Repubblica hanno dunque lo scopo di consentire allo stesso di indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali».

¹⁰⁸ Cfr. A. REPOSO, *Il procedimento di formazione del Governo e i suoi più recenti sviluppi costituzionali*, in questa *Rivista* 2003, 187 ss.

trattandosi più propriamente di una delle tante ipotesi in cui la Costituzione lascia ad altre “fonti” (siano esse legali o di natura fattuale) il compito di meglio definire la disciplina di determinati comportamenti o rapporti¹⁰⁹.

7.1. *Le “dimissioni di cortesia” del Presidente del Consiglio in occasione della elezione del nuovo Capo dello Stato*

Nella prassi repubblicana è invalsa una regola in occasione della elezione del nuovo Capo dello Stato: il Presidente del Consiglio rassegna le proprie dimissioni al nuovo Presidente della Repubblica il quale le respinge¹¹⁰.

La Costituzione non prevede nulla al riguardo. Non stabilisce alcun obbligo in capo al Presidente del Consiglio. Si potrebbe ipotizzare l'esistenza di una lacuna ove si sottolineasse il particolare legame che avvince i due organi in oggetto. In fondo, il Presidente del Consiglio in carica fu nominato da un Presidente diverso da quello subentrante per effetto di una nuova elezione.

In verità, è difficile scorgere nel testo costituzionale una simile omissione. Le dimissioni del Governo in carica aprono o, comunque, sono il riflesso di una crisi nel rapporto fiduciario con le Camere. Nel caso di specie, però, la rinuncia del Presidente del Consiglio non è determinata dal venir meno del sostegno da parte della maggioranza parlamentare. Così, è opinione unanime che si tratti di “dimissioni di cortesia”: una sorta di simbolico ossequio nei confronti del nuovo Capo dello Stato, il quale, per ragioni di leale collaborazione e di corretto adempimento delle proprie funzioni di equilibrio e di moderazione, non può che respingere le dimissioni.

Il caso in esame, dunque, è stato ricondotto all'inafferrabile fenomeno della correttezza (o galateo) costituzionale. Si versa, così, al di fuori del campo dominato dal diritto. Questo singolare momento istituzionale è stato consegnato a regole non giuridiche, espressive di una sorta di etica costituzionale destinata a invernare valori di lealtà e di rispetto reciproco nel sistema costituzionale¹¹¹.

¹⁰⁹ Sul peso assunto, in questo frangente, dalle consuetudini, dalle convenzioni e dalle regole di correttezza v. A.A. ROMANO, *La formazione del Governo*, Padova 1977, 31 ss.

¹¹⁰ Sulla prassi statutaria v. P. ARMAROLI, *L'elezione del Presidente della Repubblica in Italia*, Padova 1977, 396 s.

¹¹¹ Al riguardo, P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*,

In effetti, si pensi al colpo di scena – mai finora verificatosi – di una accettazione delle dimissioni¹¹². La dottrina più attenta esclude in radice la rilevanza giuridica del rapporto venutosi ad instaurare tra i due Presidenti. Le dimissioni governative sarebbero, in realtà, un atto giuridicamente inesistente, e come tale inidoneo a spiegare i propri effetti tipici, come si potrebbe agevolmente evincere dal tenore delle motivazioni adotte dal Presidente del Consiglio¹¹³. Stando così le cose, a maggior ragione non avrebbe rilevanza giuridica l'atto presidenziale di accettazione delle stesse¹¹⁴.

In definitiva, il caso appena evocato non è una esemplificazione propria di lacuna, ma riflette la capacità del sistema dei rapporti tra gli organi supremi dello Stato di recepire modelli di comportamento idonei a favorire il corretto e eticamente sostenibile funzionamento delle istituzioni.

8. *Su ciò che non è “silenzio della Costituzione”*

La trattazione svolta dimostra come il silenzio della Costituzione sia suscettibile di essere interpretato in maniera non univoca. In altri termini, non è detto che, mancando una data previsione nel testo costituzionale in merito a fatti, comportamenti o rapporti inclusi nella materia in oggetto, si sia in presenza di un vuoto normativo da colmare¹¹⁵.

Milano 1939, 129, ritiene che la buona educazione politica sia indispensabile ai fini del corretto funzionamento delle istituzioni. La correttezza quale antidoto alla “frode” e alla “insidia” fu a suo tempo ipotizzata da Santi ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl.* 1903, I, 483 ss. In generale, v. G. TREVES, voce *Correttezza costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 716 ss.; A. REPOSO, *Le regole di correttezza costituzionale nel sistema delle fonti-fatto*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano 1977, 264 ss.; G. ZAGREBELSKY, voce *Correttezza costituzionale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma 1988, 1 ss. Sulla natura delle regole di correttezza v. il dibattito riassunto in Q. CAMERLENGO, *op. ult. cit.*, 193 ss.

¹¹² Alle dimissioni del IV governo De Gasperi fece seguito un rimpasto. In occasione della rielezione del Presidente Napolitano del 20 aprile 2013 il governo Monti era già dimissionario dal dicembre 2012, similmente a quanto accadde con l'elezione del Presidente Scalfaro avvenuta il 25 maggio 1992 (dimissionario il VII Governo Andreotti).

¹¹³ V. L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino 1995, 143.

¹¹⁴ Cfr. F. RIGANO, *La clausola “di cortesia” nella motivazione delle dimissioni del governo*, in L. VENTURA (a cura di), *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino 2001, 281 ss.

¹¹⁵ In via preliminare, giova ricordare come per R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle*

I) Si è al di fuori del concetto di lacuna allorché si tratti di sciogliere un dilemma interpretativo. In altri termini, non si ha alcun vuoto da colmare quando l'individuazione della regola da applicare al caso concreto impone semplicemente di enucleare dalla disposizione la norma. Si pensi all'interpretazione dell'art. 59, secondo comma, Cost., sui senatori a vita nominabili, in corso di mandato, dal Capo dello Stato. Analogamente, l'individuazione dei poteri esercitabili dalle Camere in regime di *prorogatio* è anch'esso un problema interpretativo (art. 61, secondo comma, Cost.), al pari di quello relativo alle attribuzioni del Governo nel periodo compreso tra il giuramento e il conseguimento della fiducia o del Governo dimissionario. E, infatti, è prevalsa la tesi secondo cui in questi frangenti l'esecutivo non possa adottare atti che impegnino l'indirizzo politico¹¹⁶. Autorevolmente è stato sostenuto che i limiti ai poteri spettanti al governo in attesa della fiducia e al governo dimissionario «non rappresentano l'oggetto di consuetudini costituzionali ormai definite, ma abbiano un carattere fluido e convenzionale: derivando in sostanza da un'autorestrizione, decisa dal Governo stesso per ragioni di opportunità politica, cioè per non compromettere l'esito del voto di fiducia»¹¹⁷. Ancora, la Costituzione tace in merito alla reiterazione del decreto legge o all'inserimento nella legge di conversione di emendamenti del tutto estranei all'oggetto originario del decreto da convertire. Simili limitazioni si sono, però, faticosamente imposte nella giurisprudenza costituzionale in forza di una interpretazione del dettato costituzionale, che non ha impegnato alcun meccanismo di integrazione¹¹⁸.

II) Non si ha una lacuna della Costituzione quando questa rinvia, espressamente o tacitamente, ad altre fonti (di pari grado, quando il rinvio ha ad oggetto leggi costituzionali, o di grado inferiore in tutti gli altri casi). Si pensi, ad esempio, alla disciplina dell'organizzazione del Governo. L'organo titolare del potere esecutivo è senza ombra di dubbio una componente della materia costituzionale. Nondimeno, l'art. 95,

fonti, Milano 1998, 347 s., la Costituzione può considerarsi completa allorché sia in grado di fornire sempre all'organo di giustizia costituzionale un parametro per sindacare la legittimità delle leggi. Cfr. pure A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionalità sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 795 ss.

¹¹⁶ Non è condivisibile l'opinione di quanti parlano di "ordinaria amministrazione", atteso che ragionevolmente un Governo dimissionario o in attesa di fiducia ben può esercitare il potere normativo di decretazione d'urgenza, che non è certo ordinaria amministrazione.

¹¹⁷ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 390.

¹¹⁸ V., infatti, le sentenze n. 360 del 1996 e, rispettivamente, n. 22 del 2012.

terzo comma, Cost., demanda alla legge il compito di provvedere «all'ordinamento della Presidenza del Consiglio» e a determinare «il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministeri». Figure come i viceministri, i sottosegretari, o incarichi o organismi particolari sono senza dubbio profili specifici della dimensione organizzativa dell'esecutivo, al pari dei compiti assegnati ai diversi organi, che rilevano sul piano funzionale. Tuttavia, la Costituzione preferisce devolvere ad una fonte ad essa subordinata la definizione normativa di tali aspetti. Sicché, il problema non è tanto il riempimento di un vuoto nel dettato costituzionale, quanto la verifica della compatibilità della disciplina dettata dal legislatore ordinario con la Costituzione.

Un altro esempio appare particolarmente illuminante. Il Parlamento, modificando l'art. 121 Cost., ha sottratto al Consiglio regionale la titolarità della potestà regolamentare, ma nel contempo non ha proceduto ad una conseguente riallocazione. Alcune Regioni hanno letto in questa omissione l'inveramento di un presunto principio generale di sistema in forza del quale la potestà regolamentare spetta, per definizione, all'organo esecutivo. La Corte ha respinto con energia questa interpretazione: «*nel silenzio della Costituzione*, in presenza di una pluralità di possibili soluzioni organizzative del potere regolamentare regionale e per il rispetto dell'autonomia statutaria regionale, la tesi che l'art. 121, secondo comma, della Costituzione abbia attribuito tale potere alla Giunta regionale (sia tale attribuzione assoluta o derogabile dai nuovi statuti) deve essere respinta»¹¹⁹. Proprio la difesa regionale aveva evocato il suddetto principio, che la Corte ha affermato trattarsi di «un modo di ragionare che, oltre al rischio di sovrapporre modelli concettuali alle regole particolari, comporta anche quello di comprimere indebitamente la potestà statutaria di tutte le regioni ad autonomia ordinaria, tramite non controllabili inferenze e deduzioni da concetti generali, assunti *a priori*». Non vi è, dunque, alcuna lacuna da colmare ricorrendo all'analogia *iuris*, bensì un rinvio a future determinazioni devolute alla fonte più congeniale tra quelle immediatamente subordinate alla stessa Costituzione.

Più in generale, è chiaro che in presenza di norme programmatiche, per loro natura destinate ad essere attuate da altre e successive fonti, non si ha alcun vuoto da riempire ricorrendo ai mezzi di integrazione che verranno di qui a poco individuati.

¹¹⁹ Sentenza n. 313 del 2003 (enfasi aggiunta). Sulla vicenda v. Q. CAMERLENGO, *Il sistema delle fonti*, in L. VIOLINI, Q. CAMERLENGO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Lombardia*, Torino 2013, 149 ss., anche per i necessari riferimenti bibliografici.

III) Infine, non rilevano le cd. lacune ideologiche, che si possono identificare operando un confronto tra la Costituzione, così come è scritta e per il suo contenuto, ed una concezione ideale di Costituzione. In questi casi, in effetti, la lacuna finisce coll'essere «la differenza tra il diritto positivo e un altro ordinamento ritenuto migliore, più giusto, più equo»¹²⁰. Il tema del silenzio della Costituzione va trattato come avente ad oggetto un complesso organico di regole prodotte in relazione a determinati valori e in vista del conseguimento di determinati obiettivi. Ove si accedesse alla prospettiva indicata dal concetto di lacuna ideologica, si finirebbe coll'assecondare una indagine *de iure condendo*, di politica del diritto, e non di studio del diritto positivo. Una opzione metodologica, questa, estranea alla presente trattazione. Considerato, poi, che le Costituzioni sono il prodotto dell'opera dell'uomo, e che nessun atto umano è perfetto, l'accoglimento della nozione di lacuna ideologica si rivelerebbe destituito di qualsiasi valore scientifico, visto che tutti i sistemi normativi sono perfettabili in quanto peggiori rispetto ad un assetto ideale. È per questa ragione, peraltro, che Bobbio definisce il diritto naturale (che per molti è l'assetto normativo ideale) come un sistema normativo privo per definizione di lacune ideologiche.

9. *I meccanismi di integrazione delle lacune costituzionali*

Questo saggio ha inteso dimostrare che la *Costituzione* può anche rivelarsi lacunosa, ma il *sistema costituzionale* è completo. Il sistema, infatti, include non solo le disposizioni contenute nel testo della legge fondamentale. Esso racchiude, innanzitutto, modelli di comportamento invalsi con regolarità nella prassi e idonei a orientare, con un certo grado di vincolatività, la condotta degli attori istituzionali: si pensi alle consuetudini, alle convenzioni, alle regole di correttezza. Detto sistema abbraccia, altresì, le regole originate dalla attivazione dei meccanismi di integrazione quali l'analogia e il ricorso ai principi generali¹²¹.

La *materia costituzionale*, preesistente all'opera di razionalizzazione

¹²⁰ Cfr., infatti, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 257.

¹²¹ L'espressione "ordinamento costituzionale" avrebbe potuto ingenerare minori difficoltà da punto di vista concettuale. Nondimeno, la scelta di definire questo eterogeneo complesso di regole e istituzioni come "sistema" risponde ad una precisa e consapevole opzione teorica, con una percepibile sfumatura assiologica: perché il diritto costituzionale possa operare quale fattore di ordine, è necessario che esso operi quale sistema, nel senso dapprima chiarito.

posta in essere dal costituente, è il contesto entro il quale si sviluppa e si arricchisce progressivamente il sistema: le regole affermatesi in via di fatto e le regole ricavate ricorrendo ai citati meccanismi di integrazione non sono che forme di attualizzazione di modelli di comportamento presenti allo stato virtuale o potenziale.

In estrema sintesi: il diritto costituzionale positivo è *completabile* attingendo al sistema costituzionale. A sua volta, il sistema comprende modelli di comportamento vincolanti gli attori istituzionali rispetto ai fatti, alle condotte e alle relazioni che, presentando le caratteristiche di essenzialità dapprima individuate, ricadono nella materia costituzionale.

Prima di procedere oltre, non si può fare a meno di ricordare che il tema qui trattato è condizionato da un profilo parallelo, di grande importanza e di altrettanto intensa difficoltà: l'interpretazione costituzionale. Più volte si è avuto modo di evocare opzioni ermeneutiche in relazione a specifiche fattispecie, ma è solo adesso che appare opportuno ribadire le peculiarità di tale interpretazione. È solo ricordando tali tratti specifici che si può cogliere nella giusta misura l'essenza del problema trattato in queste pagine¹²².

I) I fatti normativi *praeter constitutionem* sono stati indicati, dalla maggioranza della letteratura giuridica, quali elementi idonei a rendere completo il sistema, nel senso dapprima chiarito. In fondo, non si tratta di disattendere il dato positivo, ma di integrarlo fornendo una soluzione a problematiche della materia costituzionale ignorate dalla Costituzione scritta¹²³.

Rispetto al tema del silenzio della Costituzione poco importa interrogarsi sulla natura delle consuetudini, delle convenzioni, delle regole di

¹²² Si rinvia, tra gli altri, a A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milano 1972; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982; R. GUASTINI, *Specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Analisi e diritto*, 1996, 169 ss.; S.F. REGASTO, *L'interpretazione costituzionale. Il conflitto tra «valori» e «principi» in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini 1997; F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Napoli 2014.

¹²³ Così Santi ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), ora in *Prolesioni e discorsi accademici*, Modena 1931, 100; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino 1970, 150 s.; G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, 45 ss.; S. STAMMATI, *Punti di riflessione sulla consuetudine e le regole convenzionali*, in *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, 848; S. BARTOLE, *Sul diritto costituzionale e la scienza politica. Confronti, ipotesi e prospettive*, in *Il politico* 1986, 14; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto. I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XIV, Torino 1989, 10 e 14; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova 1997, 262.

correttezza, e sui rispettivi elementi di discriminazione. Ciò che, ai fini qui considerati, rileva è la capacità delle regole così prodotte di indirizzare la condotta degli organi e degli attori istituzionali in relazione a profili problematici che non sono oggetto di una puntuale previsione nella Carta costituzionale. Le conseguenze della violazione di una regola convenzionale o di un precetto di correttezza rappresentano un tema importante sul piano della teoria generale trattandosi di fatti estranei al novero delle fonti del diritto, diversamente dalle consuetudini. E questo aspetto diventerà decisivo in occasione di una controversia da dirimere, magari dinanzi alla Corte costituzionale. Ma questo attiene alla dimensione patologica dei fatti normativi, laddove il tema del silenzio della Costituzione sposta lo sguardo dell'interprete verso l'orizzonte tracciato dalla dimensione fisiologica di tali fatti: le consuetudini, le convenzioni, la correttezza quali matrici di soluzioni a problemi che la lacunosa Costituzione non è in grado di risolvere.

Quanto alla pertinente casistica, oltre alle esemplificazioni già esaminate si ricorda che l'art. 86, secondo comma, Cost., tace in ordine alle modalità di accertamento e di dichiarazione dello stato di impedimento temporaneo o permanente del Capo dello Stato¹²⁴. C'è un solo precedente, del 1964, che vide come sfortunato protagonista il Presidente Antonio Segni. In quell'occasione vi fu un atto governativo adottato d'intesa con i Presidenti dei due rami del Parlamento, su impulso del segretario generale presso la Presidenza della Repubblica, cui seguirono, il 6 dicembre dello stesso anno, le dimissioni del Presidente. Al riguardo, la dottrina ha ipotizzato la consacrazione di una vera e propria consuetudine, vincolante per il futuro¹²⁵. Pur non essendo mancate altre interpretazioni, resta il fatto che la decisione allora assunta si è imposta quale modello oggettivo di riferimento a fronte di un lacunoso dettato costituzionale¹²⁶.

II) Per quanto riguarda i tradizionali e riconosciuti metodi di integrazione, si è visto come l'analogia e il ricorso ai principi generali del diritto siano meccanismi attivabili anche nello specifico contesto qui considerato¹²⁷. Più precisamente, le specificità della Costituzione formale, quale

¹²⁴ E, infatti, P. CARETTI, U. DE SIERVO, *op. cit.*, 231, parlano espressamente di lacuna del testo costituzionale.

¹²⁵ Cfr., tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 199, e F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 18.

¹²⁶ L'art. 94, terzo comma, Cost., non dice nulla quanto alla Camera davanti alla quale il Governo deve presentarsi per ottenere la fiducia. A questo silenzio la prassi ha risposto con la regola – di buon senso istituzionale – della rotazione.

¹²⁷ Cfr. F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in questa *Rivista* 1987, 181 ss.

atto normativo che cerca, in funzione di razionalizzazione, un difficile equilibrio tra diritto e politica, non sono state ritenute, dalla prevalente dottrina, fattori ostativi al ricorso all'analogia e ai principi generali¹²⁸.

Una volta riconosciuta l'attitudine specifica del procedimento analogico ad integrare le lacune della Costituzione, occorre però individuarne i limiti. In effetti, ai sensi dell'art. 14 delle Preleggi non sono suscettibili di applicazione analogica le norme eccezionali.

Che si tratti di un limite logico o di una opzione politica trasfusa in una previsione giuridica è un dubbio che non può essere scemerato in questa sede¹²⁹. E pure l'esatta natura delle norme eccezionali è un dilemma dai contorni così ampi da esigere una trattazione non compatibile con l'economia del presente lavoro. Basta solo ricordare che per taluni è eccezionale la norma che deroga ad un principio generale, mentre per altri è tale la norma che disciplina una data condotta «in modo opposto a quello in cui verrebbe regolata se la norma eccezionale non esistesse»¹³⁰. È qui sufficiente riconoscere che le norme eccezionali, al pari di quelle singolari, di quelle speciali e di quelle derogatorie, si contrappongono alla uniformità, alla generalità ed alla regolarità di un determinato assetto normativo comune ad una classe organica di fattispecie omogenee¹³¹. E a ciò si può aggiungere che un precetto non è mai eccezionale in termini assoluti, ma lo è soltanto in rapporto ad un complesso compatto, unitario e coerente di regole, costruito in un dato momento storico e condizionato da determinati principi e valori¹³².

A corredo dei dati appena succintamente esposti, non si può sottacere la peculiarità dell'ambito normativo qui considerato, quanto meno

¹²⁸ In questo senso, tra gli altri, P. CHIMIENTI, *Manuale di diritto costituzionale*, Roma 1918-1920, 101; F. PERGOLESÌ, *Manuale di diritto costituzionale*, Roma 1941, 18 s.; F. PIETRANDREI, *L'interpretazione della Costituzione* (1952), ora in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965, 202 ss.; C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 199; G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1970, 911; E. SPAGNA MUSSO, *Appunti per una teoria dell'anomia costituzionale*, in questa *Rivista* 1975, 324;

¹²⁹ Propendono per la seconda lettura, tra gli altri, L. CAIANI, *op. cit.*, 369, e G. CARCATERRA, voce *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma 1988, 10.

¹³⁰ Nel primo senso R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993, 439 s.; nel secondo F. MODUGNO, voce *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 520, nonché N. BOBBIO, voce *Analogia*, cit., 605.

¹³¹ Cfr. Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 1127.

¹³² Così Santi ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, II ed., Milano 1947, 86 ss.

in relazione alle funzioni distribuite tra gli organi costituzionali. I rapporti, i fatti e i comportamenti inclusi nella materia costituzionale sono retti dal principio di legalità costituzionale, la cui rigidità è l'ingrediente indefettibile ai fini di una razionale distribuzione dei poteri tra i diversi attori istituzionali. Tale rigidità frappone un ulteriore ostacolo all'attivazione di meccanismi di integrazione delle lacune. In effetti, nell'escludere il ricorso alla norma generale esclusiva, è stato sottolineato come, in forza del principio di legalità, nell'ambito qui considerato «i pubblici poteri possono compiere non già ogni atto che non sia loro vietato, ma anzi solo quegli atti che siano loro espressamente consentiti»¹³³.

Nel sistema costituzionale, un'applicazione concreta di tale limite si ha nel caso delle prerogative dei consiglieri regionali. L'art. 122 Cost., rimasto immune dalle revisioni costituzionali del 1999 e del 2001, riconosce l'insindacabilità per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle funzioni. Questa garanzia è sovrapponibile alla corrispondente garanzia che, ai sensi dell'art. 68, primo comma, Cost., assiste il parlamentare. Non così, invece, per la cd. immunità penale in forza della quale, come si evince dalla lettura degli altri due commi del citato art. 68, i membri delle Camere non possono essere sottoposti a misure restrittive della libertà personale o domiciliare, né a limitazioni della libertà di corrispondenza e di comunicazione senza la previa autorizzazione della Camera di appartenenza. In relazione a tale prerogativa l'art. 122 tace.

Il dubbio circa la sussistenza di una lacuna è alimentato dalla sostanziale corrispondenza del nucleo essenziale delle attribuzioni che la Costituzione conferisce ai parlamentari e, rispettivamente, ai consiglieri regionali, quali membri di organi collegiali titolari della funzione legislativa e collegati all'esecutivo da un rapporto fiduciario (pieno a livello nazionale, peculiare in ambito regionale).

Una volta riconosciuta l'esistenza di un vuoto normativo, il ricorso all'analogia potrebbe essere precluso in radice negando la ragionevole similitudine tra i fatti posti a raffronto. In effetti, è questa la strada seguita dalla Corte costituzionale che, nel 1975, affermò come le garanzie di cui all'art. 68 fossero state poste «al fine di tutelare la piena indipendenza del Parlamento, in relazione all'altissima funzione ad esso riservata», nonché «all'ulteriore scopo di rendere pienamente libere le discussioni che si svolgono nelle Camere, per il soddisfacimento del superiore interesse pubblico connessovi». Diversamente, «le attribuzioni dei Consigli

¹³³ R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, cit., 272.

regionali si inquadrano (...) nell'esplicazione di autonomie costituzionalmente garantite, ma non si esprimono a livello di sovranità»¹³⁴.

Quand'anche, poi, si riuscisse a dimostrare il contrario – e cioè che comunque si tratta di situazioni ragionevolmente omogenee quanto alle funzioni esercitate dagli organi in parola¹³⁵ – nondimeno questo presunto vuoto non potrebbe essere colmato applicando, in via analogica, i commi secondo e terzo dell'art. 68¹³⁶. Questi enunciati, infatti, derogano alla regola generale cui sono soggetti tutti gli individui, sia pure per una motivazione più che consistente quale la salvaguardia del sereno svolgimento delle funzioni attribuite alle istituzioni parlamentari¹³⁷.

L'estensione ai consiglieri regionali dell'immunità penale, come definita dall'art. 68, commi secondo e terzo, richiede, dunque, l'attivazione della procedura aggravata di revisione costituzionale, essendo preclusa, per una ragione o per l'altra tra quelle viste in precedenza, l'applicabilità dell'analogia. Posto che «che le prerogative costituzionali (o immunità in senso lato, come sono spesso denominate) si inquadrano nel *genus* degli istituti diretti a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche ad essi connesse», la Corte, nella nota pronuncia sul lodo Alfano, ha statuito che la corrispondente «complessiva architettura istituzionale, ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio, esige che la disciplina

¹³⁴ Sentenza n. 81 del 1975. V., in argomento, S. GALEOTTI, *L'insindacabilità dei consiglieri regionali. Il problema dell'attuazione dell'art. 122, comma 4°, Cost.*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, II, Milano 1977, 711 ss.

¹³⁵ La stessa Corte costituzionale ha, infatti, ammesso, nella sentenza n. 69 del 1985, che «l'affermazione della insindacabilità delle opinioni e dei voti dei consiglieri regionali nell'esercizio della funzione di organizzazione interna dell'organo non fa che sviluppare coerentemente il parallelismo con le garanzie dei membri del Parlamento, di cui all'art. 68, primo comma, Cost. in relazione al nucleo essenziale comune e caratterizzante delle funzioni degli organi "rappresentativi" dello Stato e delle Regioni». Cfr., in particolare, G. MOR, *Le funzioni normative del Consiglio regionale e l'irresponsabilità dei consiglieri*, in *Giur. cost.* 1985, 1754 ss.

¹³⁶ Dello stesso avviso T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, V ed., Milano 2000, 57, nonché P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova 2003, 81.

¹³⁷ Nella citata pronuncia del 1975 si legge che «siffatte eccezionali deroghe all'attuazione della funzione giurisdizionale, considerate necessarie a salvaguardia dell'esercizio delle funzioni sovrane spettanti al Parlamento, risultano legittime in quanto sancite dalla Costituzione». In effetti, «alle origini della formazione dello Stato di diritto sta il principio della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione»: così la sentenza n. 24 del 2004. Al riguardo, giova ricordare la pronuncia dell'Alta Corte per la Regione siciliana che, nel 1951, dichiarò illegittima la l.r. Sic. n. 29 del 1951 che aveva esteso ai deputati regionali l'immunità penale prevista dall'art. 68 Cost.

delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione debba essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né *in peius* né *in melius*»¹³⁸.

¹³⁸ Sentenza n. 262 del 2009.