

Costituzione di carta v. costituzione vivente

*Riccardo Guastini**

Riassunto

Questo articolo mette a confronto il testo costituzionale (nel suo significato letterale) con la costituzione come effettivamente interpretata e applicata nel sistema politico italiano: la “costituzione di carta” e la “costituzione vivente”, rispettivamente. Sono inclusi alcuni commenti su un recente disegno di legge costituzionale, inteso a introdurre l’elezione diretta del Presidente del Consiglio.

Parole chiave: Costituzione Italiana. Applicazione della Costituzione. Interpretazione letterale. Elezione diretta del Presidente del Consiglio.

Abstract

This paper is a tentative comparison between the constitutional text (in its plain, literal, meaning) and the constitution as actually interpreted and applied in Italian political system: the “paper constitution” and the “living constitution”, respectively. Some comments on a recent bill, meant at introducing the direct election of the prime minister, are included.

Keywords: Italian Constitution. Actual Application of the Constitution. Literal Interpretation. Direct Election of the Prime Minister.

Molti anni fa (era il 1996) ebbi l’occasione di introdurre un seminario dell’ARIFS (Associazione per Ricerca e Insegnamento di Filosofia e Storia), discettando di “co-

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, guastini@unige.it.

Relazione presentata al seminario “Se il popolo sceglie il capo. Democrazia o autocrazia elettiva?”, promosso da *Teoria politica*, Torino, 27-29 maggio 2024.

stituzione di carta” e “costituzione vivente”. Michelangelo Bovero mi ha chiesto di riprendere quel tema per aprire questa sessione. Cercherò di non ripetere le stesse cose.

Queste due espressioni, “costituzione di carta” e “costituzione vivente”, in verità, sono alquanto discutibili, e anzi mi scuso per non averne cercate di migliori. Il loro difetto è che sono espressioni idonee a suscitare emozioni più che a descrivere fatti. “Costituzione di carta”, per esempio, è un’espressione che può suscitare emozioni negative (è meramente “di carta”, sicché non conta nulla). Al contrario la costituzione vivente sembra una cosa bella (è cosa viva, importante).

Spesso chi teorizza di una costituzione vivente (o “materiale”, come pure si usa dire) in contrapposizione alla costituzione di carta (detta costituzione “formale”) lo fa allo scopo di sostenere la superiorità, la preminenza, della costituzione vivente sulla costituzione di carta. Nel senso che, se ciò che è scritto in costituzione non si accorda con ciò che succede nella realtà politica, ebbene, peggio per la costituzione (di carta). È la costituzione vivente, la costituzione materiale, che deve prevalere. Ecco, non è questo che intendo suggerire facendo questa distinzione.

Anzi, dico fin d’ora che, in linea di principio, intendo difendere la costituzione di carta, dove occorre contro la costituzione vivente.

Comincerò cercando di chiarire i concetti in gioco.

1. Costituzione di carta

Per “costituzione di carta” intendo banalmente il testo costituzionale vigente *nel suo significato letterale*.

Beninteso, l’interpretazione letterale – peraltro prescritta dall’art. 12, primo comma, delle disp. prel. cod. civ. – non è esente da problemi di vario genere, e va usata *cum grano salis*. Ma non è questo il luogo per formulare una compiuta teoria normativa dell’interpretazione. Impresa, temo, che sarebbe comunque votata al fallimento, perché mi pare che qualunque regola generale di interpretazione (la lettera, l’intenzione, etc.) sia fatalmente *defeasible*, cioè soggetta ad eccezioni non identificabili *ex ante*, che si presentano solo all’atto di interpretare l’una o l’altra disposizione nelle circostanze date.

Dirò tuttavia qualche parola sull’interpretazione letterale – l’interpretazione *prima facie* – per chiarirne i limiti, ma anche per difenderla almeno tendenzialmente.

In primo luogo, se una espressione (enunciato, vocabolo, o sintagma) è sintatticamente o semanticamente ambigua, l’interpretazione letterale può solo rilevare l’ambiguità, non risolverla.

In secondo luogo, se un vocabolo o un sintagma è vago (e si dà il caso che, in linguaggi non formalizzati, tutti lo siano), l’interpretazione letterale può solo prendere atto della vaghezza, non risolverla.

In terzo luogo, di fronte a una clausola generale, l’interpretazione letterale può

solo constatare che la sua concretizzazione esige un giudizio di valore, non può formularlo.

In quarto luogo, l'interpretazione letterale non è idonea a risolvere gli eventuali difetti sistemici dell'ordinamento: antinomie e lacune; al massimo può denunciarli.

In quinto luogo, l'interpretazione letterale – ma a mio modo di vedere questo non è per nulla un difetto – non consente di costruire norme (che si pretendono) implicite prive di base testuale.

In sesto luogo, l'interpretazione letterale – e anche questo a me pare un pregio – neppure consente di introdurre nelle norme eccezioni (che si pretendono) implicite adducendo argomenti non testuali (per lo più argomenti di giustizia).

Si può convenire, ovviamente, che l'interpretazione letterale non esaurisca il lavoro interpretativo, specie per ciò che riguarda i giudizi di legittimità costituzionale (in certe circostanze, la fedeltà alla lettera potrebbe indebolire la funzione contro-maggioritaria del giudice costituzionale), ma è comunque il suo necessario punto di partenza.

(Ma nel seguito, beninteso, si parla della parte seconda della Costituzione.)

Certo, l'interpretazione letterale può risultare insoddisfacente per i sentimenti di giustizia dell'interprete. Nondimeno, a me pare cosa molto rispettabile. Non fosse altro perché il significato letterale (il *plain meaning*) dei testi normativi è il più facilmente difendibile, il meno discutibile, e soprattutto quello che conduce a conclusioni di diritto più prevedibili.

Tra l'altro, l'interpretazione letterale è un metodo efficace per distinguere, nel discorso delle fonti, le formulazioni dotate di significato normativo da quelle che, per contro, non sono idonee ad esprimere alcuna norma o frammento di norma. Ecco qualche buon esempio, giacché si sta parlando di costituzione.

«L'Italia è una repubblica» (art. 1 cost.) esprime una norma (*sui generis*, non una prescrizione, ma una norma “costitutiva”), che definisce la forma dello stato; ma la clausola «fondata sul lavoro» sembra non già esprimere una qualche norma, ma solo dar voce ad un generico favore ideologico per le classi lavoratrici. Il secondo comma dell'art. 54 cost., molto caro alla stampa quotidiana benpensante, statuisce il dovere di adempiere le funzioni pubbliche «con disciplina ed onore»: nella migliore delle ipotesi una clausola generale, ma più plausibilmente un esempio di vana retorica costituzionale. O ancora (art. 67): la clausola «Ogni membro del Parlamento [...] esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato» esprime, sì, una norma (il divieto di mandato imperativo); per contro la clausola «Ogni membro del Parlamento rappresenta la nazione» è pura retorica costituzionale (in qualunque significato ragionevole del verbo “rappresentare”, un eletto rappresenta – se mai rappresenta qualcuno, sia pure in un senso diverso da quello proprio del diritto civile – nulla più che i suoi elettori).

2. Costituzione vivente

A scanso di equivoci, l'espressione "costituzione vivente" non intende essere traduzione dell'inglese "living constitution". Nella dottrina USA, il "living constitutionalism" è una dottrina normativa dell'interpretazione costituzionale, che – in opposizione all'"originalismo", teorizzato da Justice Antonin Scalia, e molto praticato dalla Supreme Court, con esiti conservatori, se non reazionari – raccomanda un'interpretazione, diciamo, "evolutiva", attualizzata, di quell'ormai antico (e assai oscuro) documento.

Il concetto di "costituzione vivente" che ho in mente non è facile da precisare, perché, a onor del vero, è un concetto poco rigoroso, che può essere usato in riferimento a fenomeni diversi ed eterogenei.

Diciamo che denota un insieme non di norme, ma di fatti (politici in senso lato).

Anzitutto, il modo in cui il testo costituzionale è (ed è stato) effettivamente interpretato, giacché è ovviamente suscettibile di molteplici interpretazioni; il modo in cui è stato attuato, perché molte delle sue norme sono suscettibili di essere attuate in modi diversi; il modo, anche, in cui è rimasto inattuato o addirittura, in qualche occasione, violato.

E poi, ancora, ricadono sotto il concetto di costituzione vivente il comportamento effettivo, per un verso, degli organi costituzionali, le Camere, il Governo, il Capo dello Stato, la Corte costituzionale (forse anche la Corte di cassazione); per un altro verso, il comportamento effettivo degli attori politici, cioè specialmente dei partiti, ma anche dei sindacati, e così pure di altre associazioni.

La costituzione vivente include consuetudini e convenzioni (tanto per esemplificare: quelle relative al procedimento di formazione del Governo), prassi consolidate, tradizioni, dottrine retrostanti: la "costituzione invisibile" la chiama Raffaele Romanelli. Cose, tutte, ignote alla costituzione di carta.

Un esempio molto noto (che ha avuto un grande peso politico) di regola non scritta, derivante da un accordo tacito tra le forze politiche e forse anche tra gli organi costituzionali, è la famosa "conventio ad excludendum". La formula fu inventata tanti anni fa da Leopoldo Elia, per riferirsi a quella regola tacita – che vuol dire non solo non scritta, ma neppure mai pronunciata – secondo cui il Partito comunista non poteva far parte di alcuna maggioranza di governo.

Ma la costituzione vivente include anche la prassi parlamentare. Segnalo un episodio recente di gravità inaudita. È accaduto che, in Commissione affari Costituzionali, la maggioranza che sostiene il Governo in carica perdesse una votazione sopra un certo emendamento proposto dall'opposizione; il presidente della Commissione (con non so quale pretesto) ha imposto che si ripetesse il voto, questa volta con esito favorevole alla maggioranza di Governo. Ha scritto Michele Ainis (*La Repubblica*, 30.04.2024): «Come se l'arbitro ti facesse ripetere un calcio di rigore perché la palla è andata fuori». È un interessante esperimento mentale immaginare che cosa acca-

drebbe se questo modo di procedere si applicasse alle elezioni del Parlamento o di un qualsiasi altro organo rappresentativo. Se il popolo vota male, si sciogla il corpo elettorale, perbacco!

Mi domando se non dovremmo includere nella costituzione vivente anche certe idee della stampa quotidiana – suscettibili, in quanto tali, di diffondersi nell’opinione pubblica – palesemente in contrasto con la costituzione di carta (talvolta la percezione della realtà è più forte della realtà stessa). Tre soli esempi.

Si è diffusa nella stampa quotidiana l’opinione (avallata in verità anche da alcuni colleghi scioccherelli) che il referendum costituzionale previsto dall’art. 138 cost. abbia carattere non già “oppositivo”, ma “confermativo”. Perché mai chi ha prevalso nella maggioranza parlamentare (assoluta nella seconda votazione) dovrebbe chiedere un referendum? Se lo fa (è accaduto, se non ricordo male, e forse accadrà ancora) è solo con intenti “plebiscitari”. È ovvio che il referendum ha senso solo non già per chi cerca una conferma, ma per chi si oppone alla deliberazione parlamentare e spera di superarla con il voto popolare.

La stampa quotidiana ha anche inventato un nuovo istituto giuridico, ignoto alla costituzione: la “manifestazione (in luogo pubblico) autorizzata” e, s’intende, la simmetrica “manifestazione non autorizzata”, che sembra legittimare la repressione materiale di questa o quella manifestazione da parte delle forze dell’ordine. Come si sa (art. 17, terzo comma), le riunioni in luogo pubblico (di questo si tratta), richiedono preavviso e possono, in certe circostanze, essere vietate, ma non richiedono autorizzazione, sicché non possono giuridicamente essere né autorizzate, né non-autorizzate. Anche se, di fatto, una manifestazione in luogo pubblico può essere materialmente impedita dalle forze dell’ordine, come spesso accade, senza alcuna giustificazione di ordine costituzionale.

E ancora: la stampa quotidiana (soprattutto) di destra sta propagando la tesi che, nella televisione pubblica (la televisione privata, a quanto pare, è esentata), non sia lecito esprimere una qualsivoglia opinione politica senza “contraddittorio”, come si usa dire, cioè senza che vi sia qualcuno che contestualmente esprime una opinione contraria. Sembra una difesa del pluralismo politico. In realtà, è una negazione della libera manifestazione del pensiero.

S’intende che i fatti, di cui consiste la costituzione vivente, possono essere valutati nei modi più diversi. Uno dei modi di valutarli è precisamente quello di confrontarli con quel che dice la costituzione di carta. E per molti – non per tutti, ma per molti – se la realtà politica non va d’accordo con la costituzione di carta, è male: non peggio per lei (la costituzione di carta), ma male, cioè bisogna cambiare la realtà politica. Naturalmente, si può sostenere anche la tesi opposta: se la realtà politica non va d’accordo con la costituzione di carta, bisogna cambiare la Costituzione.

Come che sia, la ragione per distinguere tra costituzione di carta e costituzione

vivente deriva precisamente da questo: dal fatto che c'è uno scarto – probabilmente inevitabile, peraltro – tra le due cose; dal fatto che quasi mai la costituzione vivente è conforme alla costituzione di carta (cioè, qualcuno direbbe, alla Costituzione senza ulteriori specificazioni).

Indagare lo scarto, il *décalage*, la dissonanza, tra costituzione di carta e costituzione vivente – senza con ciò santificare l'interpretazione letterale – è un esperimento mentale molto istruttivo.

3. Lo scarto tra costituzione di carta e costituzione vivente

Le ragioni dello scarto tra costituzione di carta e costituzione vivente sono molte. Ne menziono alcune, ma per certo l'elenco non è esaustivo.

- (i) L'attuazione tardiva. La Costituzione è affollata di norme “ad efficacia differita”: fatalmente differita. Cioè norme che, al momento in cui la Costituzione è entrata in vigore, non potevano produrre immediatamente effetti giuridici, giacché erano congegnate in modo tale che non potevano essere attuate senza essere prima integrate o concretizzate da norme ulteriori, perlopiù di rango legislativo. E da questo, non solo dalla cattiva volontà politica (il cosiddetto “ostruzionismo della maggioranza”), ma anche da questo fatto tecnico è dipesa l'attuazione tardiva di molte norme costituzionali nella storia repubblicana.

Basta ricordare che, essendo la Costituzione entrata in vigore nel 1948: la Corte costituzionale è entrata in funzione solo nel '56; il Consiglio superiore della magistratura nel '58; le Regioni (le Regioni a statuto ordinario o ad autonomia ordinaria) nel '70; i referendum (sia quello abrogativo, sia quello costituzionale) non sono stati possibili fino al '70. Non si potevano mettere in funzione la Corte costituzionale, il Csm, eccetera, senza leggi ordinarie che concretizzassero o specificassero le norme costituzionali.

Oggidi, naturalmente, questa ragione di scarto tra costituzione di carta e costituzione vivente non riveste più grande importanza.

- (ii) La mancata attuazione. Alcune norme costituzionali sono rimaste inattuate, per varie ragioni di ordine squisitamente politico questa volta.

L'esempio più ovvio, naturalmente, è l'art. 39 (nei commi successivi al primo) in materia di organizzazione sindacale e contrattazione collettiva. Qui la costituzione vivente non ha alcuna relazione con la costituzione di carta.

Qualcuno, in verità, parla di omessa attuazione anche dell'art. 49. Ma è una grossolana sciocchezza: l'art. 49 non richiede alcuna legge di attuazione; semplicemente statuisce un diritto di libertà (poco più che una specificazione della libertà di associazione già statuita dall'art 18, primo comma); e questo è tutto.

- (iii) L'attuazione, diciamo così, infelice o inadeguata. Sto pensando al primo comma della XII disposizione finale (il quale non ha nulla di transitorio), che vieta la riorganizzazione «sotto qualsiasi forma» del partito fascista.

La norma è stata, sì, attuata da due distinte leggi (la l. 645/1952 e la l. 205/1993), ma attuata così male che la sua attuazione ha consentito l'esistenza e la sopravvivenza di un partito fascista (il MSI) e di altre numerose organizzazioni fasciste minori (Ordine nuovo, Avanguardia nazionale, Terza Posizione, Forza nuova, Casa Pound, e forse altre che non ricordo).

- (iv) Ma, naturalmente, lo scarto più evidente tra costituzione vivente e costituzione di carta dipende da fatti politici che disattendono, eludono, o decisamente violano norme costituzionali. Ne menzionerò qualcuno.

- (a) La decretazione d'urgenza. I decreti-legge sono atti del Governo (anche se tecnicamente presidenziali), dunque dell'Esecutivo, non del Legislativo, che hanno tuttavia la "forza", come si dice, di derogare alla legge o di abrogarla. Orbene, l'articolo 77, secondo comma, subordina l'emanazione di decreti siffatti all'occorrenza di circostanze straordinarie di necessità ed urgenza. Per contro, tutto il mondo sa che il decreto-legge è diventato, nella nostra prassi costituzionale, specialmente nelle ultime legislature, uno strumento, si può dire, ordinario di legislazione: del tutto indipendentemente dalla necessità e dall'urgenza.

(Tralascio varie altre anomalie, tra cui la sistematica violazione dell'art. 15, comma terzo, della legge 400/1988, in virtù del quale i decreti «devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo». Violazione più volte sanzionata dal giudice costituzionale, e occasionalmente rilevata anche dal Presidente della Repubblica senza trarne però le dovute conclusioni.)

È ragione di meraviglia il fatto che il Presidente della Repubblica (l'uno e l'altro Presidente) si sia prestato ad emanare atti spesso palesemente incostituzionali – per mancanza evidente dei presupposti – malgrado il suo presunto ruolo di "garante della Costituzione" (su cui tornerò più avanti). Un esempio per tutti: il decreto-legge 162/2022 in materia, tra l'altro, di «occupazioni abusive e organizzazione di raduni illegali» (nel preambolo, la «straordinaria necessità e urgenza di introdurre disposizioni in materia di prevenzione e contrasto del fenomeno dei raduni dai quali possa derivare un pericolo per l'ordine pubblico o la pubblica incolumità o la salute pubblica» è, ritualmente, asserita, ma non argomentata).

Per inciso: vorrei che fosse chiaro che l'atto di emanazione è palesemente il contenuto di un potere, non di un obbligo costituzionale. Come del resto la *signature des ordonnances* del Presidente francese, su cui si è esercitata la dottrina francese ai tempi della prima *cobabitation*.

- (b) Il cosiddetto “monocameralismo (alternato) di fatto”, cui abbiamo assistito soprattutto in tempi recenti. I decreti-legge devono essere convertiti in legge nel termine di sessanta giorni a pena di decadenza. Il tempo stringe, sicché accade che una delle due Camere abbia l’agio di discutere ed emendare il testo della legge di conversione, mentre la seconda Camera può solo approvare *sine glossa* il testo già approvato dalla prima.
- (c) La pratica dei cosiddetti “maxi-emendamenti” di iniziativa governativa. Un unico articolo composto di innumerevoli commi, approvato il quale con un unico voto – eventualmente con un voto di fiducia, che ha il simpatico effetto di troncare la discussione parlamentare – il testo legislativo risulta approvato nella sua interezza.

A onor del vero, la lettera della Costituzione lo consente. Ma qui non si può non fare una concessione all’interpretazione teleologica. Questa prassi è palesemente in frode all’art. 72, primo comma, il quale esige che i testi legislativi siano approvati articolo per articolo, nell’assunto (tacito, ma evidente) che ogni legge consista in una pluralità di articoli, sia pure divisi in commi, relativamente succinti, ciascuno dotato di un unico oggetto di disciplina riconoscibile e, come tale, suscettibile di deliberazione consapevole.

Tanto per esemplificare, la legge di bilancio 197/2022 – promulgata dal Capo dello stato senza fare una piega – consta di un unico articolo composto da 903 commi. Come può una Camera esprimersi con un unico voto sopra un testo normativo cosiffatto? Riecheggiando una decisione della Corte costituzionale (formulata a tutt’altro proposito), non è ammissibile sottoporre al voto di un’assemblea una pluralità di questioni «eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria» (Corte cost. 16/1978)

- (d) Il sistema elettorale. L’art. 48 (secondo comma) stipula l’eguaglianza del voto. Orbene – so di dire una cosa controversa – considero evidente che l’eguaglianza del voto esige una legge elettorale proporzionale (che, peraltro, a mio avviso è un tratto definitorio del concetto di democrazia, non diversamente dalla universalità del suffragio), o al massimo una legge maggioritaria a doppio turno in collegi piccolissimi (tanti quanti sono i seggi da ricoprire).

(Sia detto per inciso, la distinzione tra eguaglianza del voto “in entrata” e, rispettivamente, “in uscita” è un misero espediente da Azzecagarbugli per difendere l’una o l’altra legge maggioritaria.)

Ancora più importante, una legge elettorale proporzionale è evidentemente presupposta da tutte le (numerose) disposizioni costituzionali che richiedono maggioranze qualificate in materie politicamente molto sensibili: prima di tutte la revisione costituzionale, e poi ancora l’elezione di (cinque) giudici costituzionali, l’elezione del Presidente della Repubblica, l’elezione dei membri cosiddetti laici del CSM, i regolamenti parlamentari, e via enumerando.

Quel che è certo – a me pare lapalissiano – è che l’eguaglianza del voto è incompatibile con qualsivoglia “premio di maggioranza”, comunque congegnato. È evidente che i voti acquisiti dalla lista (o coalizione) “premiata” hanno un peso diverso (maggiore) di tutti gli altri voti. E, si potrebbe aggiungere, non si comprende chi mai rappresentino i parlamentari “premiati”, non eletti da chicchessia.

Malgrado ciò, la Corte costituzionale (sentenze 1/2014, 35/2017) ha, a conti fatti, legittimato, sia pure con qualche cautela, il “premio di maggioranza”. «Ben può il legislatore – dice la Corte – innestare un premio di maggioranza in un sistema elettorale ispirato al criterio del riparto proporzionale di seggi, purché tale meccanismo premiale non sia foriero di un’eccessiva sovrarappresentazione della lista di maggioranza relativa» (Corte cost. 1/2014, relatore Giuseppe Tesaurò). Dunque la sovra-rappresentazione e la simmetrica sotto-rappresentazione delle liste sono costituzionalmente lecite.

La Corte ha bilanciato inopinatamente i principi costituzionali espressi della necessaria rappresentatività del Parlamento e dell’eguaglianza del voto con «gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale», dice la Corte, ma ignoti alla costituzione di carta, «della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale» (Corte cost. 35/2017, relatore Nicolò Zanon), e ha fatto prevalere questi obiettivi su quei principi. In questo modo, la Corte ha messo in discussione sia l’eguaglianza del voto, sia il carattere rappresentativo delle Camere. E, così facendo, ha messo in pericolo tutte le maggioranze qualificate previste in Costituzione.

Nuove inquietanti minacce in tal senso vengono dai progetti riformatori della attuale maggioranza di destra (ex-fascista? post-fascista? a-fascista? neo-fascista?). Una legge elettorale maggioritaria (forse anche iper-maggioritaria) funzionale al c.d. “premierato” – alla consacrazione anche parlamentare del Presidente del consiglio, eletto in concomitanza con il Parlamento, ma indipendentemente da esso – stravolgerebbe la costituzione di carta.

Il premio di maggioranza, specie se connesso alla elezione diretta del Presidente del consiglio, prefigura la tirannia della minoranza.

(e) La giurisprudenza costituzionale, o più precisamente le tecniche di decisione della Corte costituzionale. Nel corso degli anni, dal 1956 ad oggi, la Corte ha elaborato diverse tecniche di decisione – sentenze interpretative di rigetto, di accoglimento parziale, additive, additive di principio, sostitutive, monitorie (e forse altre che sto dimenticando) – che non trovano alcun riscontro nella costituzione di carta (non nell’art. 136 cost., né nella legge costituzionale 87/1953).

Neppure trova riscontro nella costituzione di carta la modulazione degli effetti temporali delle decisioni di illegittimità costituzionale.

4. La mala interpretazione

Ho lasciato per ultima la questione più delicata: l'interpretazione costituzionale, da cui dipende in ultima analisi la costituzione vivente.

La Costituzione, come ogni altro testo normativo, presenta qualche ambiguità (semantica o sintattica) e, fatalmente, molte indeterminatezze (semantiche). Pertanto, è suscettibile di interpretazioni diverse: (a) sincronicamente diverse, cioè divergenti, contrapposte, in uno stesso momento; e inoltre (b) diverse diacronicamente, cioè mutevoli nel tempo. È naturale, dunque, che la costituzione vivente sia modellata dall'interpretazione.

La soluzione di ambiguità e indeterminatezze (fenomeni, come dicevo, di cui l'interpretazione letterale può solo prendere atto) per via di interpretazione è cosa normale, non ha nulla di patologico. (Anche se, a onor del vero, i giuristi, e a maggior ragione il giudice costituzionale, e a maggior ragione gli organi costituzionali, e a maggior ragione le forze politiche sono capaci di rendere il testo costituzionale ambiguo anche là dove ambiguo non è.)

Ma ciò su cui voglio richiamare l'attenzione è l'attività non propriamente interpretativa, bensì nomopoietica, della dottrina e della giurisprudenza. Mi riferisco a tutta la panoplia di costruzioni dogmatiche – ne abbiamo visto or ora un buon esempio: il sacrificio di alcuni principi costituzionali espressi di fronte all'esigenza politica (politica, non costituzionale) di stabilità ed efficacia del Governo – che non sono riducibili a mera interpretazione testuale, poiché si risolvono nella elaborazione di norme o di eccezioni implicite prive di qualsivoglia base testuale. Siffatte costruzioni dogmatiche creano una distanza, talora incolmabile, tra la costituzione vivente e la costituzione di carta, che risulta così manipolata.

Per esempio, la giurisprudenza di cassazione ha elaborato una serie di limiti ("interni" ed "esterni", si usa dire) al diritto di sciopero, desumendoli dal bilanciamento di questo diritto con altri diritti costituzionali, che potrebbero essere lesi dall'esercizio del diritto di sciopero. Ora, tali limiti (di fonte giurisprudenziale, malgrado la riserva di legge stabilita dall'art. 40) sono frutto non di interpretazione dell'art. 40 – che non menziona alcun limite – ma di "costruzione giuridica", ossia di elaborazione di norme apocrife prive di base testuale in Costituzione. Del resto, ancora di recente la Cassazione (Cass. 6787/2024) ha ritenuto che lo sciopero sia illecito ove «sia idoneo a pregiudicare irreparabilmente non la produzione, ma la produttività dell'azienda»: un ulteriore esempio di norma inespressa, frutto di costruzione giuridica.

Ma, per chiarire meglio il punto, voglio richiamare l'attenzione su un paio di esempi che mi paiono particolarmente istruttivi dal punto di vista metodologico, e che io trovo francamente urticanti.

(i) Il primo esempio, lo trovo nella sentenza costituzionale 16/1978, relatore Livio

Paladin: la prima sentenza in materia di ammissibilità del referendum abrogativo (matrice di molte altre decisioni successive sulla stessa materia).

L'art. 75, secondo comma, cost. dispone: «Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali». Ma la Corte scarta senz'altro l'interpretazione letterale di questa disposizione, nonché delle «concordi previsioni della legge costituzionale n. 1 del 1953 e della legge ordinaria n. 352 del 1970», secondo le quali Corte giudica dell'ammissibilità dei referendum «ai sensi del secondo comma dell'art. 75 della Costituzione».

Afferma la Corte: «si dimostra troppo restrittiva quella configurazione del giudizio di ammissibilità, per cui sarebbe affidato alla Corte il solo compito di verificare se le richieste di referendum abrogativo riguardino materie che l'art. 75 secondo comma Cost. esclude [espressamente] dalla votazione popolare [...]. Tale interpretazione non ha nessuna altra base, in effetti, al di fuori dell'assunto – postulato più che dimostrato – che la testuale indicazione delle cause d'inammissibilità, contenuta nel capoverso dell'art. 75, sia rigorosamente tassativa; laddove è altrettanto sostenibile [...] che essa presuppone una serie di cause inesprese, previamente ricavabili dall'intero ordinamento costituzionale del referendum abrogativo». «È altrettanto sostenibile», dice la Corte, ma non offre nessun argomento.

Le parole chiave, cui prestare attenzione, sono: “previamente” e “cause inesprese”. “Previamente” esprime perfettamente l'idea che le cause di inammissibilità del referendum non vanno cercate nel testo, ma costruite a priori, prima ancora di interpretarlo. Le “cause inesprese” sono, ovviamente, norme inesprese, non già ricavate dal testo costituzionale, ma per l'appunto costruite su basi dogmatiche indipendentemente da esso.

In un “mondo giuridico” (continentale) normale, prima si interpreta un testo normativo, ricavandone norme; poi di queste si svolgono le implicazioni. Per contro – dice la Corte – il processo interpretativo non deve partire dal dato testuale, ma «deve muoversi invece nella direzione opposta. Occorre cioè stabilire, in via preliminare, se non s'impongano altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si renda indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, ad integrazione delle ipotesi che la Costituzione ha previsto in maniera puntuale ed espressa». «In direzione opposta» al dato testuale vuol dire – possibile che Paladin non se ne rendesse conto? – contro il testo costituzionale.

L'argomento, che adduce la Corte, è davvero singolare. Dice la Corte: «Diversamente, infatti, si determinerebbe la contraddizione consistente nel ritenere – da un lato – che siano presenti, nel nostro ordinamento costituzionale, ipotesi implicite d'inammissibilità, inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto del referendum abrogativo; e che questa Corte non possa – d'altro lato – ricavarne conseguenze di sorta, solo perché il testo dell'art. 75 secondo comma Cost. non le considera specificamente». Si tratta di «verificare in particolar modo, sulla base dell'art.

75 primo comma, se le richieste medesime siano realmente destinate a concretare un “referendum popolare”».

La singolarità dell’argomento è duplice. Da un lato, la Corte assume, senza argomentare, che nell’ordinamento vi siano «ipotesi implicite d’inammissibilità», che però non costituiscono implicazioni della previa interpretazione del testo, come sarebbe naturale, ma al contrario la precedono; con ciò è senz’altro esclusa *in limine* la necessità di fare riferimento al testo, giacché, se sono norme implicite, per definizione non hanno corrispondenza testuale. Dall’altro, la Corte pretende di ricavare queste norme implicite dalle «caratteristiche essenziali e necessarie dell’istituto del referendum abrogativo», ovvero dal concetto stesso di “referendum popolare”, come se un istituto qualsivoglia avesse caratteri “essenziali” (cioè definitivi) indipendenti dalle disposizioni normative che lo regolano, e anzi precostituiti ad esse. Una miscela di diritto naturale (il referendum qual è “in natura”) e giurisprudenza dei concetti (un concetto precostituito di “referendum popolare”, che genera norme non scritte).

Con questa decisione la Corte ha esteso a dismisura il suo potere di controllo preventivo sulla ammissibilità del referendum, molto al di là della costituzione di carta. Soprattutto, la “giurisprudenza Paladin” ha prodotto l’effetto, politicamente conservatore, di depotenziare gravemente un fondamentale istituto contro-maggioritario. Valgano per tutti gli esempi, di ovvio rilievo politico, delle richieste di referendum abrogativo sull’eutanasia e sull’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, entrambe dichiarate inammissibili.

(ii) Il secondo esempio, lo trovo nella dottrina prevalente in tema di poteri del Presidente della Repubblica.

Si usa dire che il Presidente “partecipi” a tutti e tre i poteri fondamentali dello stato: il legislativo, l’esecutivo, e il giudiziario.

Ma, in contesti di questo tipo, il vocabolo “potere” è ambiguo (molti non se accorgono): talora si riferisce ad una funzione, talaltra all’organo (o complesso di organi) che la esercita. Conviene qui circoscrivere il discorso alle funzioni.

Ebbene, è evidente che il Presidente non “partecipa” in alcun modo alla funzione giurisdizionale (ovviamente né la presidenza del CSM né la nomina di cinque giudici costituzionali costituiscono esercizio della funzione giurisdizionale; al massimo, si può dire che il Presidente interferisca con la giurisdizione mediante l’atto di grazia, ma anche questa sarebbe, concettualmente, una forzatura).

La partecipazione alla funzione legislativa si sostanzia nella promulgazione e nell’eventuale rinvio delle leggi. (Lo scioglimento delle Camere, sia detto per inciso, ovviamente non è esercizio della funzione legislativa: ha a che fare con l’organo, non con la funzione.)

La partecipazione alla funzione esecutiva è molto più incisiva: lasciando da parte la nomina del Presidente del consiglio (e dei ministri), che riguarda l’organo, non la

funzione, il Presidente gode di poteri molto incisivi: la autorizzazione alla presentazione alle Camere di disegni di legge governativi, la emanazione di decreti-legge e di regolamenti governativi (come pure di innumerevoli altri atti del Governo). Tutti gli atti governativi – così detti poiché deliberati dal Consiglio dei ministri – sono politicamente “governativi”, ma tecnicamente sono atti (decreti) presidenziali.

Malgrado ciò, la dottrina prevalente configura il Presidente come un “garante” o un “guardiano” (qualcuno dice “custode”) della costituzione, o del “processo politico”, o «dell’equilibrio costituzionale» (così Corte cost. 1/2013). Insomma, un potere politicamente “neutro”, imparziale, estraneo alla determinazione dell’indirizzo politico.

Come possa questo conciliarsi con la asserita “partecipazione” del Capo dello stato a poteri niente affatto “neutri” come il legislativo e l’esecutivo non è chiaro. Ma questa inavvertita contraddizione non è il problema principale.

La dottrina del “potere neutro” assume che il Presidente non possa interferire con le funzioni legislativa ed esecutiva se non – forse – di fronte ad atti (leggi, decreti-legge, regolamenti, disegni di legge) incostituzionali, anzi – come ha avuto occasione di dire il Presidente Sergio Mattarella – «evidentemente» incostituzionali. Questo modo di vedere distorce gravemente la costituzione di carta.

È ben vero che il Presidente non può far nulla (salvo parlare o “esternare”, come si dice in spregio alla lingua italiana) senza una controfirma governativa. Ma è vero anche l’opposto: il Governo non può far nulla – nulla di politicamente significativo – senza la firma del Presidente. Come potrebbe il Governo dar corso al suo indirizzo politico se il Presidente non autorizzasse la presentazione alle Camere dei disegni di legge governativi? se il Presidente non emanasse i decreti-legge, così come i regolamenti governativi (e quant’altro)?

Insomma, secondo Costituzione, il Presidente può condizionare – agevolare o invece ostacolare – in modo determinante l’attuazione dell’indirizzo politico del Governo.

Per contro, la dottrina del “potere neutro” riduce la funzione presidenziale ad una funzione – come si usa dire – “notarile”, che non trova riscontro nella costituzione di carta. Come se il Presidente non potesse che prendere atto delle decisioni del Governo. Con il che il Presidente garantirebbe non già la Costituzione, ma l’indirizzo politico governativo.

Anche sulla promulgazione vale la pena di aggiungere qualche parola. Di recente (05.03.2024) il Presidente Mattarella ha dichiarato:

C’è chi si rivolge al Presidente, chiedendo con veemenza: “il Presidente della Repubblica non firmi questa legge perché non può condividerla, perché gravemente sbagliata”, oppure: “il Presidente Repubblica ha firmato quella legge e quindi l’ha condivisa, l’ha approvata, l’ha fatta propria”.

Il Presidente della Repubblica non firma le leggi, ne firma la promulgazione, che è cosa ben diversa. È quell’atto indispensabile per la pubblicazione ed entrata in

vigore delle leggi, con cui il Presidente della Repubblica attesta che le Camere hanno entrambe approvato una nuova legge, nel medesimo testo, e che questo testo non presenta profili di evidente incostituzionalità.

Se andasse al di là di questo limite che gli assegna la Costituzione e dicesse, per esempio: “non promulgo questa legge perché c’è forse qualche dubbio di costituzionalità che potrebbe racchiudere e raffigurarsi”, si arrogerebbe indebitamente il compito che è rimesso alla Corte costituzionale.

O se, addirittura, dicesse: “non firmo questa legge perché non la condivido, perché, a mio avviso è sbagliata”, farebbe ben altro, andrebbe al di là di qualunque limite posto dalla Costituzione nel rapporto tra i poteri dello Stato e tra gli organi costituzionali.

Quando il Presidente della Repubblica promulga una legge, non fa propria la legge, non la condivide, fa semplicemente il suo dovere, che è quello che ho descritto.

Qualche volta ho come l'impressione che qualcuno pensi ancora allo Statuto Albertino in cui, come è noto, la funzione legislativa veniva affidata congiuntamente alle due Camere e al re. Quando le Camere approvavano la legge, il re prima di promulgarla doveva apporre la sua sanzione, cioè la sua condivisione nel merito, perché aveva anche attribuito il potere legislativo.

Fortunatamente non è più così. Il Presidente della Repubblica non è un sovrano, fortunatamente, e quindi non ha questo potere. Ha soltanto quello che ho descritto. Anzi nei suoi compiti c’è, tra quelli fondamentali, quello di fare in modo che ciascuno rispetti la Costituzione. A partire da sé stesso, naturalmente, e che ciascuno la rispetti nel colloquio e nel confronto tra gli organi costituzionali. Sarebbe grave se uno di questi, e tra questi anche il Presidente della Repubblica, pretendesse di attribuirsi compiti che la Costituzione assegna ad altri poteri dello Stato.

Così dicendo, il Presidente Mattarella fa espressamente propria la dottrina del potere (politicamente) neutro con riguardo al tema specifico della promulgazione. E, coerentemente, in più di una occasione il Presidente Mattarella ha promulgato leggi su cui pure egli stesso nutriva dubbi di legittimità costituzionale (e forse di opportunità politica), accompagnando la promulgazione con un inutile messaggio – o con una informale “lettera” – ai presidenti delle Camere e del Consiglio, ma senza avvalersi del potere di rinvio. Paradigmatico il caso della legge di conversione del decreto-legge 198/2022 (“Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi”), che il Presidente ha promulgato sebbene – così ha scritto egli stesso – «varie nuove disposizioni introdotte in sede parlamentare non corrispondano ai principi e alle norme costituzionali in materia». Perché promulgare un atto (parzialmente) incostituzionale, con la consapevolezza che è incostituzionale?

È ovvio, credo, che la promulgazione delle leggi (così come la emanazione di decreti, cui accennavo sopra) è il contenuto di un potere, non di un dovere. A quali limiti è soggetto tale potere? La Costituzione tace in proposito. E a quali limiti è soggetto il potere di rinvio? Anche su questo la Costituzione è silente. Sicché qualunque limite il Presidente si autoimponga è frutto di dogmatica – di ideologia, se si vuole – non di interpretazione testuale.

D'altro canto, ammesso che il potere di rinvio debba attivarsi (solo) di fronte a un problema di legittimità costituzionale della legge promulganda, perché mai sarebbe necessaria niente meno che una «evidente incostituzionalità», come sostiene il Presidente Mattarella? Perché mai il semplice dubbio – un dubbio circa la legittimità costituzionale di una legge è cosa molto diversa da una dichiarazione di incostituzionalità (che ovviamente è competenza esclusiva della Corte costituzionale) – non dovrebbe essere ragione sufficiente di un rinvio alle Camere? Se le Camere riapprovassero il medesimo testo, solo allora il Presidente avrebbe l'obbligo costituzionale di promulgarlo.

Ma la verità è che il modo di vedere del Presidente Mattarella semplicemente dimentica il potere di sospendere la promulgazione e rinviare il testo alle Camere, con messaggio motivato, esigendo una nuova deliberazione. Il potere di rinvio – retamente inteso – palesemente contraddice la tesi della funzione meramente notarile dei poteri presidenziali per ciò che attiene alla promulgazione. La tesi del Presidente Mattarella fa scolorire la funzione (tendenzialmente contro-maggioritaria) di garanzia della Costituzione nella funzione di garanzia della maggioranza politica esistente.

Ho accennato sopra, senza commentarli o discuterne, ai poteri presidenziali che incidono non sulle funzioni esecutiva e legislativa, ma sugli organi che le esercitano: nomina del Governo ed eventuale scioglimento anticipato delle Camere.

Questi poteri hanno, essi sì, una evidente funzione di garanzia (non tanto della Costituzione, direi, quanto) del normale funzionamento del sistema costituzionale.

Il progetto di revisione costituzionale, in corso di discussione alle Camere, che prevede l'elezione diretta del Presidente del consiglio, si prefigge di azzerarli, con un cambiamento radicale della forma di governo.

Per un verso, la nomina del Presidente del consiglio si riduce ad una sorta di atto dovuto. Tra l'altro, non si vede che funzione possa mai svolgere, qualora lo si conservi, il voto di fiducia: del tutto inutile dal momento che il Presidente del consiglio ha già ricevuto la "fiducia" del corpo elettorale. La riforma inciderebbe non solo sui poteri presidenziali – su cui molto hanno insistito la stampa quotidiana e diversi colleghi – ma prima ancora sulle funzioni del Parlamento. L'elezione diretta del Presidente del consiglio spoglia il Parlamento della sua funzione principale in una forma di governo, per l'appunto, "parlamentare": ossia concedere o negare o revocare la fiducia al Governo.

Per un altro verso, la decisione ultima dell'eventuale scioglimento anticipato non pertiene più al Capo dello stato, ma passa nelle mani del Presidente del consiglio. Sicché non solo – vista l'inutilità o l'assenza di un voto di fiducia – l'esecutivo risulta indipendente dal legislativo, ma anzi – disponendo l'esecutivo del potere di scioglimento di fronte ad un eventuale voto di sfiducia – il legislativo risulta dipendente dall'esecutivo.

Nella forma di governo parlamentare, il Parlamento è, per così dire, "sovraordinato" politicamente al Governo. Nel progettato "premierato" è l'opposto.

Resta da vedere se e come questo progetto possa incidere anche sulle rimanenti funzioni presidenziali, ma di certo l'equilibrio dei poteri previsto nella costituzione di carta è destinato a mutare completamente.

Premierato, legge maggioritaria: Costituzione morente.