

IDEE SULLA COSTITUZIONE, TRA TEORIA DELLE FONTI E TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE

Por ANTONIO RUGGERI*/**

1. LE QUESTIONI QUI FATTE OGGETTO DI UNA PRIMA, RAPIDA CONSIDERAZIONE: IL RAPPORTO TRA *TEORIA COSTITUZIONALE* E *METODO* PER UN VERSO, E TRA *ESSERE* E *DOVER ESSERE* COSTITUZIONALE PER UN ALTRO, VALE A DIRE TRA *CONCEZIONI DESCRITTIVE* E *CONCEZIONI PRESCRITTIVE* DELLA COSTITUZIONE.—2. LA DISTINZIONE TRA LA *QUESTIONE TEORICA DI BASE* E LE *QUESTIONI TEORICHE DERIVATE*, ED IL RAPPORTO CIRCOLARE CHE LA *TEORIA* INTRATTIENE COL *METODO*.—3. PRASSI E MODELLI, *ESSERE* E *DOVER ESSERE* COSTITUZIONALE, E LA LORO CONGIUNZIONE NEI FATTI INTERPRETATIVI.—4. (*SEGUE*) ANCORA SU *ESSERE* E *DOVER ESSERE* COSTITUZIONALE, E SUL RAPPORTO CIRCOLARE CHE S'INTRATTIENE TRA *EFFETTIVITÀ* E *VALIDITÀ* (CON SPECIFICO RIGUARDO AGLI STATI DI EMERGENZA ED ALLE MISURE ADOTTATE PER FARVI FRONTE).—5. LA CONTRAPPOSIZIONE CORRENTE DELLE *CONCEZIONI DESCRITTIVE* ALLE *CONCEZIONI PRESCRITTIVE* DELLA COSTITUZIONE, E IL DOPPIO PIANO, DELLA *TEORIA DELLE FONTI* E DELLA *TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE*, IN CUI NE VA VERIFICATA L'EFFETTIVA TENUTA.—6. A PROPOSITO DEI CRITERI ORDINATORI DEL SISTEMA DELLE FONTI E DELLE RICOSTRUZIONI, TEORICHE E/O DOGMATICHE, IDONEE AD ASSUMERLI AD OGGETTO.—7. TEORIA DELLE FONTI E PROSPETTIVA PRESCRITTIVA *VERSUS* TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE E PROSPETTIVA COGNITIVO-DESCRITTIVA? I LIMITI DI UN'ALTERNATIVA SIFFATTA E LA NECESSITÀ DELLA INTEGRAZIONE DELLE PROSPETTIVE SUDETTE SULLO STESSO PIANO DELLA TEORIA DELLE FONTI. IN ISPECIE DEL RAPPORTO TRA LE NORME E L'ORDINE AL QUALE ESSE APPARTENGONO: DALL'*ESISTENZA* DELL'ORDINAMENTO (*PROSPETTIVA COGNITIVA*) ALLA *VALIDITÀ* DELLE NOR-

* Catedrático (*Professore Ordinario*) de Derecho Constitucional en la Universidad de Messina (Italia). Director del Departamento de Ciencias Iuspublicísticas «Temistocle Martines» de esa misma Universidad. Profesor visitante, entre otras muchas, en las Universidades de Atenas y Salónica. Ha sido miembro de la directiva de la Asociación Italiana de Constitucionalistas y es en la actualidad Codirector de la *Rivista di Diritto Costituzionale*.

** Testo rielaborato di un Seminario svolto al Dottorato di ricerca in Diritto ed economia, presso l'Università «Federico II» di Napoli, 9 dicembre 2004.

ME DI CUI ESSO SI COMPONE (*PROSPETTIVA DEONTICA*).—8. DAL PIANO DELLA TEORIA DELLE FONTI A QUELLO DELLA TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE, DALL'IMMAGINE «VERTICALE» A QUELLA «CIRCOLARE» DELL'ORDINAMENTO E DELLE DINAMICHE CHE L'ATTRAVERSANO E CONNOTANO (IN ISPECIE, IL DOPPIO CARATTERE DELL'INTERPRETAZIONE, DI QUELLA *COSTITUZIONALMENTE* CONFORME COME PURE DI QUELLA *LEGISLATIVAMENTE* CONFORME).—9. *METODO SINTETICO*, POSTO A BASE DELLA COMPOSIZIONE DELLE FONTI IN SISTEMA, E *METODO ANALITICO-STRUTTURALE*, CHE PRESIEDE ALL'OSSERVAZIONE DEI PROCESSI ERMENEUTICI.—10. ANCORA DELLA (SUPPOSTA MA METODICAMENTE INFONDATA) DICOTOMIA TRA *CONCEZIONE PRESCRITTIVA* E *CONCEZIONE COGNITIVA* DELLA COSTITUZIONE. CRITICA: LE QUALIFICAZIONI DI ORDINE DEONTICO INTERNE ALLA PROSPETTIVA COGNITIVA E LE QUALIFICAZIONI DI ORDINE COGNITIVO INTERNE ALLA PROSPETTIVA PRESCRITTIVA, OVVEROSIA DELLA CONVERGENZA DI *ESSER* E *DOVER ESSERE* COSTITUZIONALE, NEL LORO INCESSANTE OSCILLARE TRA IL POLO DELLA *DISTINZIONE* E QUELLO DELLA *INTEGRAZIONE*.

1. LE QUESTIONI QUI FATTE OGGETTO DI UNA PRIMA, RAPIDA CONSIDERAZIONE: IL RAPPORTO TRA *TEORIA COSTITUZIONALE* E *METODO* PER UN VERSO, E TRA *ESSERE* E *DOVER ESSERE* COSTITUZIONALE PER UN ALTRO, VALE A DIRE TRA *CONCEZIONI DESCRITTIVE* E *CONCEZIONI PRESCRITTIVE* DELLA COSTITUZIONE

Svolgo qui, in ordine sparso, alcune prime riflessioni, in parte rifacendomi a studi precedenti ed in parte anticipandone altri che mi riprometto di avviare a breve, su una questione di fondo della teoria costituzionale, anzi — si potrebbe dire — sulla questione per antonomasia, relativa al modo con cui ci si può accostare alla Costituzione allo scopo di coglierne l'essenza.

Debbo far subito un'avvertenza preliminare. Non si ha qui la pretesa di stabilire com'è fatta in ogni sua parte quest'essenza, da dove essa viene né quali implicazioni, direttamente o mediamente, ne derivino a carico degli atti sottostanti e, in genere, per l'intero ordinamento. Il punto che mi preme, sia pure con la massima rapidità, mettere a fuoco sta — come suol dirsi — ancora più «a monte» ed attiene appunto al *modo* con cui accostarsi all'oggetto dello studio ed intraprenderne l'osservazione. Si vede bene, dunque, come la questione qui posta scivoli e naturalmente si converta in quella del metodo¹ e, come sempre laddove si pongano le basi del ragionamento, rischi di avvolgersi in se stessa, in una soffocante autore-

¹ ... a riguardo della quale cfr. i punti di vista manifestati in occasione del Seminario di Messina del 2 febbraio 1996, organizzato dall'A.I.C., su *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova 1997; v., inoltre, utilmente, i contributi su «I rapporti tra il diritto costituzionale e le altre discipline giuridiche», che sono in *Riv. dir. cost.*, 1999.

ferenzialità, rimandando, in una ricerca senza sosta a ritroso, all'ulteriore questione circa il metodo con cui far luogo alla definizione del... *metodo* o, quanto meno, alla ricognizione dell'area entro cui la stessa può esser gradatamente raggiunta.

Dirò tra un momento qual è il preorientamento metodico che guida la mia ricerca sul metodo. Per il momento mi limito a delimitare i confini dell'ambito entro cui, in questa sua prima fase, far svolgere la ricerca stessa, fissando lo sguardo, sia pure con la massima rapidità qui consentita, unicamente su due punti, peraltro di cruciale rilievo: l'uno attiene al rapporto tra la teoria costituzionale e il metodo (o, diciamo pure, la *teoria del metodo*, ché anche quest'ultimo si presta, ovviamente, alla sua sistemazione teorica); l'altro al rapporto tra *essere* e *dovere essere* costituzionale (e, di riflesso, all'alternativa tra *concezioni descrittive* e *c. prescrittive* della Costituzione).

Tenterò di mostrare come tra le due cose vi sia un legame assai stretto ed anzi esse si mescolino in modo tale da rendersi sostanzialmente indistinguibili. Forse, si potrebbe anche dire che l'una è parte costitutiva dell'altra o, addirittura, che si tratti, in tutto e per tutto, di una sola «cosa» rivista da angolazioni diverse e per esiti ricostruttivi parimenti diversi.

2. LA DISTINZIONE TRA LA *QUESTIONE TEORICA DI BASE* E LE *QUESTIONI TEORICHE DERIVATE*, ED IL RAPPORTO CIRCOLARE CHE LA *TEORIA* INTRATTIENE COL *METODO*

La prima questione parrebbe logicamente venir prima di ogni altra. Ci si deve chiedere se la teoria preceda il metodo o viceversa o ancora se l'una si accompagni di pari passo all'altro e, insomma, in che ordine stiano in reciproco rapporto.

Alla domanda, a mia opinione, non può darsi una sola risposta. Allo scopo di argomentare, sia pure in modo assai approssimativo e sbrigativo, la mia posizione sul punto introduco una distinzione tra quella che vorrei chiamare la *questione teorica di base*, che investe la concezione della Costituzione nella sua essenza, ed ogni altra questione che di quella costituisca specificazione o, come che sia, su di essa sia fatta poggiare (*questioni teoriche* quodammodo *derivate*, insomma). E, invero, se si considerano gli studi su singole questioni di diritto costituzionale, siano o no dotate di valenza teorico-generale (ciò che, forse, in astratto e perlomeno con riferimento a molte, non può dirsi), verrebbe subito da concludere nel senso che la teoria (*di base*) preceda il metodo, nelle sue applicazioni appunto a specifici campi di esperienza. Come non riconoscere, infatti, che ciascuno di noi affronta e risolve i problemi che ci vengono posti alla luce di una generale idea di Costituzione di cui ci facciamo portatori?

Se tuttavia ci chiediamo *come* siamo pervenuti all'idea generale in cui ci riconosciamo e della quale ci sforziamo di fare fedele applicazione ai singoli casi, ci rendiamo conto di due (o, forse meglio, tre) cose: 1) che il metodo posto a base della nostra ricerca sull'essenza della Costituzione ha condizionato gli svolgimenti della ricerca stessa (e, per questa parte, il metodo precede la stessa teoria di base e ne orienta i possibili sviluppi); 2) che gli esiti di singole o specifiche riflessioni hanno comunque il loro «ritorno» sulla riflessione di ordine generale attorno a ciò che è *in nuce* la Costituzione. Di qui, 3) la conferma che *teoria e metodo si alimentano circolarmente l'una dall'altro* e che essi si dispongono in modo seriale, rincorrendosi a vicenda senza tuttavia mai ricongiungersi pienamente.

Componendo in un'unica proposizione i dati appena indicati se ne ha che il preorientamento metodico porta ad una certa ricostruzione teorico-generale della Costituzione; che questa, a sua volta, orienta metodicamente gli studi su specifiche questioni (e, perciò, si riflette sulla loro ricostruzione teorica); infine, che gli esiti di volta in volta raggiunti rimettono a punto l'inquadramento teorico di base, ora confermandolo ed ora variamente modificandolo, sia pure non di rado con piccoli, fin quasi impercettibili aggiustamenti e, perciò, in modo non del tutto consapevole.

3. PRASSI E MODELLI, *ESSERE* E *DOVER ESSERE* COSTITUZIONALE, E LA LORO CONGIUNZIONE NEI FATTI INTERPRETATIVI

Non dissimile è il percorso che si compie tutte le volte che ci si interroga a riguardo del rapporto tra i modelli e la prassi e — come si tenterà di precisare meglio tra un momento — tra l'*essere* e il *dover essere* costituzionale.

Debbo qui giocare a carte scoperte, dichiarando subito qual è il preorientamento che anima le mie riflessioni di diritto costituzionale. E, invero, vado sempre più persuadendomi della necessità di preservare l'equilibrio tra i termini sopra indicati, senza il quale si finirebbe col cadere preda di eccessi nell'uno o nell'altro senso, gravidi di pericoli d'incalcolabile entità.

Non ho mai pensato che i modelli siano degli «oggetti» precostituiti, quasi che se ne possa avere il riscontro *in rerum natura* e che essi abbiano unicamente di essere disvelati, che insomma risultino dotati di una loro propria finitezza o perfezione, che li rende idonei ad alimentarsi esclusivamente da se medesimi, in modo autoreferenziale appunto; e che, pertanto, la prassi in genere, in ciascuna delle sue manifestazioni (quale esperienza normativa, pratiche amministrative, indirizzi giurisprudenziali), richieda unicamente di essere, in modo più o meno agevole (o meccanico), riportata al figurino costituzionale, così come in sé e per sé ricostruito, per

essere quindi alla sua luce qualificata. Sono piuttosto dell'idea che l'esperienza costituisca parte integrante del modello, siccome dotata dell'attitudine a concorrere, in maggiore o minore misura, alla rigenerazione semantica degli enunciati costituzionali (e degli enunciati giuridici in genere, per quanto proprio con riguardo al piano costituzionale e per la forma esibita dalle formule della Carta siffatto concorso si palesi essere particolarmente rilevante, seppur non sempre appaia essere ugualmente vistoso). L'esperienza, insomma, per un verso, *si fa* modello, allo stesso tempo in cui, per un altro verso, si dispone a farsi qualificare dal modello stesso.

Il punto è di cruciale rilievo, e mostra come l'*essere* costituzionale possa commutarsi in *dover essere*, quanto meno per la parte in cui, senza rinunciare alla propria natura, è in grado di offrire i materiali indispensabili alla definizione (e continua ridefinizione) di quest'ultimo².

In prospettiva formale-astratta, la distinzione tra *parametro* ed *oggetto* è, ad ogni buon conto, da tener ferma: diversi, infatti, gli atti che li compongono, il piano al quale essi si collocano, gli effetti da essi prodotti in seno al sistema e, in una parola, il complessivo regime. Di contro, *in prospettiva sostanziale* (o, per dir meglio, *assiologico-sostanziale*, in ragione della spinta formidabile che viene dai valori fondanti l'ordinamento in ordine alla ricostruzione di senso ed all'orientamento delle dinamiche di cui l'ordinamento stesso complessivamente si compone e per il tramite delle quali senza sosta si rinnova), la distinzione medesima sfuma sino, alle volte, a dissolversi interamente, l'oggetto facendosi, per una parte almeno, parametro, così come questo quello.

L'interpretazione conforme a Costituzione, su cui — come si sa — specie negli ultimi anni si è particolarmente insistito³, mette in evidenza il moto che porta dall'alto verso il basso, nel momento in cui dalla Carta (e, in genere, dagli atti sovraordinati) vengono indicazioni e sollecitazioni di

² Ci si può interrogare (ma in altra sede a ciò specificamente dedicata) circa le condizioni e i limiti in cui una conversione siffatta dell'*essere* in *dover essere* possa prendere corpo. Senza che se ne possa ora dire col dovuto approfondimento e avuto specifico riguardo al rapporto tra *regole* e *regolarità* costituzionali, rinnovo qui la mia preferenza per la tesi secondo cui solo le regolarità della politica idonee a radicarsi nell'esperienza e, come tali, espressive non già di occasionali o congiunturali esigenze bensì di tendenze consolidate e diffuse possono vantare il titolo di materiali idonei ad alimentare i processi ricostruttivi di senso degli enunciati costituzionali. Per l'aspetto ora considerato, importa poco la distinzione tra convenzioni e consuetudini costituzionali, pure rilevante su piani diversi, una volta che si convenga che anche le prime possono prestarsi alla determinazione dei significati delle disposizioni costituzionali, oltre che — ovviamente — a rispondere a finalità diverse (in ordine al rapporto tra scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto v., ora, volendo, il mio «Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto», in *Dir. soc.*, 2/2004, 237 ss.).

³ Riferimenti, corredati da fini argomenti, possono ora aversi dallo studio monografico di G. SORRENTI, *L'interpretazione «adeguatrice» della legge. Fondamento, natura e implicazioni di una pratica dei giudici e della Corte costituzionale*, ed. provv., Milano 2002.

varia intensità circa il modo giusto con cui intendere le leggi (e, in genere, gli atti inferiori). Non minore è, però, in punto di diritto, la spinta che viene dal basso e che porta a rileggere gli enunciati della Carta (specie di alcuni, più di altri sensibili alla loro riconformazione sotto la pressione esercitata dai dati extratestuali) alla luce dei materiali offerti da atti e fatti di cui risultano complessivamente composte le pratiche di diritto⁴.

Su tutto ciò non mi pare che sia ormai possibile dubitare; piuttosto, il fuoco della questione sta nella determinazione della *misura* — se così può dirsi — degli uni e degli altri apporti al circolo ermeneutico.

Alla luce delle esperienze di studio fin qui maturate, sento di poter dire che proprio questa questione non può essere adeguatamente risolta in un solo modo ed una volta per tutte, in prospettiva formale-astratta appunto; ciò che sarebbe un controsenso, una volta che si riconosca — come si deve — il carattere estremamente fluido e cangiante dei materiali di cui si compone la prassi, la cui struttura è attraversata da un moto incessante, così come parimenti mobili e varie sono le forme dell'incidenza da essi esercitata a carico dei dati testuali.

4. (*SEGUE*) ANCORA SU *ESSERE* E *DOVER ESSERE* COSTITUZIONALE, E SUL RAPPORTO CIRCOLARE CHE S'INTRATTIENE TRA *EFFETTIVITÀ* E *VALIDITÀ* (CON SPECIFICO RIGUARDO AGLI STATI DI EMERGENZA ED ALLE MISURE ADOTTATE PER FARVI FRONTE)

Ora, che vi sia (e *debba* esservi) un equilibrio tra modello ed esperienza è, come si viene dicendo, sicuro. Gli enunciati, infatti, col fatto stesso di delimitare l'area dei significati astrattamente possibili, si pongono a mo' di «filtro», che dà modo unicamente ad alcuni materiali di penetrare al loro interno e di concorrere all'opera di assegnazione di senso agli enunciati stessi. Quanto meno, questo è ciò che ordinariamente accade (*prospettiva descrittiva*) e che *deve*, per un fisiologico sviluppo dell'ordinamento, accadere (*prospettiva prescrittiva*).

Si noti come, per l'aspetto ora considerato, *essere* e *dover essere* costituzionale siano naturalmente portati a convergere ed a ridursi ad unità nei fatti interpretativo-applicativi⁵. Questo modello (o, per dir meglio, questo modo metodico di configurare i modelli: se si vuole, questo «metamodello») può, nondimeno, trovarsi costretto a flettersi davanti a casi straor-

⁴ Le basi teoriche più salde dell'impostazione ora accolta rimangono, a mia opinione, quelle fissate, con straordinaria lungimiranza, da A. ROSS, nella sua *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig-Wien 1929.

⁵ Ciò che, tra l'altro, mostra il carattere eccessivamente schematico dell'indirizzo filosofico-teorico che fa appello alla legge di Hume sulla fallacia naturalistica (su ciò, per tutti, B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino 1994).

dinari (nell'accezione ristretta o ristrettissima del termine, siccome riferito ad evenienze *extra ordinem*⁶), alle volte di vera e propria emergenza istituzionale od ordinamentale, in relazione ai quali la forza espressiva della scrittura costituzionale può essere obbligata a ripiegare ed a cedere il campo a favore di materiali (e a norme dagli stessi sollecitate a prodursi) con essa problematicamente conciliabili o, diciamo pure, scopertamente dirompenti.

L'essere allora sembra prevalere sul *dover essere*, offuscarlo, esautorarlo. Ed è qui che la teoria costituzionale può sollecitare un'inversione o un vero e proprio ribaltamento dell'impostazione metodica, all'equilibrio originariamente (e tendenzialmente) operante tra scrittura e materiali offerti dall'esperienza sostituendosi uno stato di squilibrio (o, diciamo pure eufemisticamente, di un *diverso equilibrio*), di necessità pendente a favore dei secondi ed a discapito della prima.

Se, infatti, l'opzione metodica di fondo è nel senso che, nella tensione tra *validità* ed *effettività*, è quest'ultima che, in tesi, *nei fatti* s'impone e che *deve* comunque imporsi (ancora una ricongiunzione, come si vede, della *prospettiva descrittiva* e della *prospettiva prescrittiva*)⁷, se insomma ciò che è, a conti fatti, risolutivo è il *principio di effettività*, ebbene allora, per un verso, si comprende e giustifica l'immissione in seno al «contenitore» costituzionale altresì di materiali dirompenti rispetto alla sua originaria ed oggettiva struttura e, per un altro verso, è da riconoscere che l'effettività possa commutarsi in una nuova validità, i materiali in parola, da un lato, giustificando se stessi e, dall'altro, ponendosi quali fattori di inusuali qualificazioni aventi ad oggetto pratiche giuridiche ulteriori poste in essere durante lo stato di emergenza ed al fine di darne il governo.

⁶ Tralascio, dunque, qui di riferirmi a situazioni che lo stesso ordinamento qualifica come «straordinarie», quali quelle che legittimano il Governo al ricorso alla normazione d'urgenza, soggetta a vincoli di ordine sia sostantivo che procedimentale (oltre che — ovviamente — assiologico). Piuttosto, la «straordinarietà» ora evocata nel testo, quale si ha ad es. in caso di guerre o di situazioni di crisi istituzionale idonee a mettere a rischio la stessa sopravvivenza dell'ordinamento nella sua originaria e complessiva caratterizzazione, è quella che potrebbe obbligare all'abbattimento degli argini costituzionali ed all'ingresso incontenibile nel campo costituzionale di materiali fattuali e di norme, la cui produzione sia dagli stessi sollecitata, tali da squilibrare quel rapporto tra scrittura costituzionale ed esperienza, di cui si discorre nel testo [con specifico riguardo agli stati bellici, anticipazioni dei ragionamenti ora fatti ed ulteriori svolgimenti sono, da ultimo, nel mio «Le guerre, la teoria del potere costituente e il bilanciamento tra valori costituzionali», in corso di stampa in *Riv. dir. cost.*].

⁷ Che l'effettività s'imponga è *in rebus* (altrimenti, ovviamente, non sarebbe tale); che *deba* imporsi discende, a mia opinione, dal principio che vuole il diritto assecondare il fatto, quanto meno laddove e l'uno e l'altro si pongano come l'espressione più immediata e genuina del potere costituente, idoneo — come si sa — a rinvenire in se stesso il titolo della propria esistenza. Forse, si è ad oggi poco riflettuto a riguardo del fatto che proprio nella teoria del potere costituente ed a motivo della doppia natura (fattuale e normativa) di quest'ultimo stia la più salda radice della necessaria congiunzione della prospettiva o concezione *prescrittiva* e di quella *cognitiva* della Costituzione.

Si faccia caso come proprio muovendo dai fatti straordinari, ai quali ora si accenna, si tragga la più indicativa delle testimonianze della tendenza dell'*essere* a convertirsi in *dover essere* o — il che è praticamente lo stesso — dell'attitudine di questo ad incessantemente alimentarsi da quello.

Va riconosciuto come, mentre in relazione ai fatti in discorso il fenomeno risulti essere particolarmente vistoso, esso appaia invece meno intenso e visibile in condizioni di quiete, laddove — come si diceva — il diritto scritto mantiene una sua (sia pur relativa) autonomia e distinzione rispetto ai dati extratestuali e si mostra in grado di produrre a loro carico una (sia pur variabile, a seconda degli enunciati e delle congiunture) capacità prescrittiva. D'altronde, di quest'oscillante, a seconda dei contesti, modo di porsi della scrittura rispetto all'esperienza e, dunque, della graduata capacità di conversione dell'*essere* in *dover essere* si ha conferma proprio nella formula, sopra richiamata e — come si sa — largamente in uso (seppur non sempre con piena consapevolezza delle sue possibili implicazioni), relativa al c.d. *principio di effettività*. Formula che nel suo primo termine evoca l'idea di un *quid* (o di un regime) normativamente imposto (e che pertanto si fa apprezzare in prospettiva deontica), nel secondo invece quella di un *essere* che, nella quiete così come nelle tempeste costituzionali, ad ogni modo s'impone (e che, dunque, si coglie in prospettiva descrittiva).

La differenza tra il fisiologico sviluppo dell'ordinamento e quello che invece si ha in condizioni straordinarie non è, ad ogni buon conto, di *qualità* ma di *quantità* (o *intensità*), in un caso e nell'altro comunque assistendosi al rifluire dell'*essere* nel *dover essere*: un rifluire che non determina comunque l'annichilimento del secondo da parte del primo, se si conviene che pure negli stati di crisi non qualunque misura adottata per fronteggiarli può trovare giustificazione ma unicamente quelle adeguate agli stati stessi⁸. Il principio di ragionevolezza evoca, con la sua naturale doppiezza, l'idea della circolare conformazione della norma al fatto e del fatto alla norma, evoca insomma l'idea del fatto che *si fa* norma, della *straordinaria regolarità* che si fa *regola* parimenti straordinaria, ma pur sempre entro limiti invalicabili di sistema, che non possono *in nuce* che essere limiti appunto normativi.

⁸ Soccorre al riguardo il canone della ragionevolezza, specificamente nella sua forma della congruità della norma al fatto, alla cui luce si rende possibile (sempre che le condizioni fattuali lo consentano...) lo scrutinio di costituzionalità avente ad oggetto le misure adottate per far fronte all'emergenza, secondo quanto la stessa giurisprudenza ha ripetutamente dichiarato potersi (e doversi) avere (sugli stati di emergenza e sulle forme del loro giuridico rilievo, riferimenti possono ora aversi da G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano 2003, e F. VARI, «Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano», in *Riv. dir. cost.*, 2003, 189 ss.).

5. LA CONTRAPPOSIZIONE CORRENTE DELLE *CONCEZIONI DESCRITTIVE* ALLE *CONCEZIONI PRESCRITTIVE* DELLA COSTITUZIONE, E IL DOPPIO PIANO, DELLA *TEORIA DELLE FONTI* E DELLA *TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE*, IN CUI NE VA VERIFICATA L'EFFETTIVA TENUTA

Se quanto si è appena detto è, in una qualche misura, attendibile, se ne ha una precisa direttiva di metodo per ciò che attiene al modo con cui riguardare ad antiche e recenti dottrine costituzionali, senza cadere nel difetto di un formalismo ingenuo ed inconcludente, da un lato, ovvero nell'eccesso di un realismo radicale ed esasperato, dall'altro.

Ancora oggi si è soliti contrapporre le tendenze metodico-teoriche «normativistiche» a quelle «realistiche». Si tratta di schematizzazioni o semplificazioni pure — va riconosciuto — non del tutto obsolete, se non altro perché rendono bene l'idea di fondo che le anima e sorregge, ma che trascurano il dato elementare secondo cui, da un lato, le norme (e l'insieme da esse composto) sono così come sono anche (e, in non pochi casi, soprattutto) per il modo con cui l'esperienza interagisce con gli enunciati e, perciò, si riflette sull'opera di coloro che sono chiamati a darne (e a rinnovarne) il senso e, dall'altro lato, la stessa esperienza richiede di esser rivista e qualificata per il modo con cui si fa riportare alle norme e, alla luce di queste, si fa intendere nella sua struttura, ancora prima che negli svolgimenti concreti dalla stessa dinamicamente assunti.

Volendo a tutti i costi mantenere le etichette sopra richiamate, dovremmo piuttosto dire che le tendenze della prima specie si hanno con riguardo ai casi in cui davanti ai nostri occhi si presentano ricostruzioni teoriche che ci appaiono squilibrate ed irragionevolmente pendenti dalla parte dei dati testuali, mentre le tendenze del secondo tipo si hanno nei casi in cui si dà un peso parimenti eccessivo all'esperienza, fino al punto da piegare per intero la definizione dei modelli positivi alle esigenze di prassi contingenti, ancorché non dotate (o scarsamente dotate) dell'attitudine a radicarsi nell'ordinamento.

Parimenti viziati da eccesso di schematizzazione e semplificazione sono gli inquadramenti volti a distinguere in modo netto *concezioni descrittive* da *concezioni prescrittive* della Costituzione. Ancora non molto tempo addietro, sono stati egregiamente mostrati⁹ i limiti di siffatte rappresentazioni

⁹ ... da M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994, 11 ss., dove sono raffinati ragionamenti a riguardo dell'«ambivalenza del termine 'costituzione'»; cfr., ora, al suo il pensiero di A. MANITAKIS, *Diritto costituzionale greco*, I, Atene-Salonicco 2004 (in greco), corposa opera di teoria generale del diritto costituzionale, nella quale ci si intrattiene, con dovizia di argomenti, su questioni di metodo e concezioni della Costituzione (in ispecie, a riguardo della contrapposizione tra l'approccio descrittivo e quello normativistico, 37 ss., ma *passim*).

teoriche, facendosi, tra l'altro, giustamente osservare come anche le dottrine d'ispirazione istituzionale (e, sopra tutte, la magistrale lezione mortatiana) non riescano ad estromettere del tutto (ciò che, peraltro, sarebbe stato a dir poco insensato) i dati normativi dal quadro costituzionale pur se materialmente inteso. Quand'anche, infatti, il diritto risulti nella sua essenza costituito non già dai dati suddetti bensì dall'assetto complessivamente assunto dall'ordinamento per il gioco incrociato delle forze politiche (o, più largamente, politico-sociali), ugualmente innegabile sarebbe il peso esercitato sugli orientamenti di queste ultime dalle prescrizioni giuridiche, per quanto poi queste ultime possano trovarsi soggette a continue e incisive manipolazioni di senso. Semmai, nuovamente, potrebbe farsi questione circa la *misura*, varia a seconda dei contesti e nel tempo, del segno lasciato dalle norme sugli indirizzi dati alla gestione della cosa pubblica, non appunto però sulla sua esistenza, per la elementare ragione che le norme sono pur sempre, ad un tempo, fattore e prodotto della cultura giuridico-politica e della complessiva sensibilità storica di chi le pone in essere, così come lo sono indirizzi e pratiche politiche (o politico-istituzionali) in genere.

Su tutto ciò non giova, perlomeno in questa sede, ulteriormente indagare. Piuttosto, può essere interessante un supplemento di riflessione sull'altro versante della teoria costituzionale, avuto cioè riguardo a quelle che, con fin troppa approssimazione, si sogliono chiamare le dottrine «normativistiche» della Costituzione, allo scopo di mostrare come la prospettiva prescrittiva e quella descrittiva convergano (e *debbano* effettivamente convergere) l'una verso l'altra, sorreggendosi ed integrandosi a vicenda.

Se si punta a portare a galla i materiali sommersi che concorrono alla composizione ed al continuo rifacimento della struttura normativa della Costituzione, occorre tenere distinti i due piani dell'indagine, quello della *teoria delle fonti* e l'altro della *teoria dell'interpretazione*, in cui essi possono essere da varia angolazione indagati.

Si tratta — com'è chiaro — di due piani che, a seconda delle esperienze concretamente riguardate, appaiono intersecarsi a diverse «altezze», comunque risultando inidonei — come qui pure si cercherà di mostrare — a restare nettamente distinti. Ugualmente, torna però utile, quanto meno inizialmente, ragionare come se lo fossero; ciò che agevola non poco la ricognizione dei tratti peculiari di ciascuna delle teorie suddette e delle forme che li rendono palesi.

6. A PROPOSITO DEI CRITERI ORDINATORI DEL SISTEMA DELLE FONTI E DELLE RICOSTRUZIONI, TEORICHE E/O DOGMATICHE, IDONEE AD ASSUMERLI AD OGGETTO

In prima approssimazione, può dirsi che alla teoria delle fonti è congeniale (o, diciamo meglio, *maggiormente* congeniale) la prospettiva prescrittiva, alla teoria dell'interpretazione la prospettiva cognitivo-descrittiva.

Sul primo piano (e facendo ora riferimento unicamente alle più diffuse ed accreditate ricostruzioni), dominante è la visione piramidale dell'ordinamento, che vede la Costituzione come l'atto fondante (e non fondato) sul quale poggiano e dal quale si tengono tutti gli atti produttivi di norme, nelle forme pure assai varie della loro composizione in sistema.

La gerarchia, insomma, presiede alle qualificazioni delle relazioni inter-normative e ne informa i pur complessi ed articolati sviluppi. Una visione «verticale», questa, che non è turbata (ma, anzi, ulteriormente confermata) dall'entrata in campo (da noi, come si sa, già in regime autoritario¹⁰) e dal consolidamento, avutosi con l'avvento dell'ordinamento pluralista¹¹, del criterio della competenza che, col fatto stesso di valere unicamente con riguardo ai casi costituzionalmente stabiliti, testimonia e rafforza il primato della Costituzione quale *norma normans*, costitutiva dell'intero ordinamento¹².

La competenza possiede — è qui il punto — un valore apprezzabile unicamente in *prospettiva dogmatica*, non pure in una teorico-generale, *allgemeingültig*, a differenza della gerarchia, quanto meno nello schema elementare, in cui essa si rispecchia, della soggezione di ogni norma alla norma costituzionale, e fermo ovviamente restando il bisogno di far comunque capo ai singoli ordinamenti costituzionali al fine della determina-

¹⁰ Richiamo qui solo gli studi pionieristici di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale* (1934), rist. inalt., Milano 1964, e G. ZANOBINI, «Gerarchia e parità fra le fonti», in *Scritti Romano*, I, Padova 1940, 591 ss., del quale v., poi, «La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento», in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei ed A. Levi, I, Firenze 1950, 47 ss.

¹¹ Sapiente ed insuperata la teorizzazione al riguardo fatta da V. CRISAFULLI, di cui v. almeno «Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss. Sul principio in parola, di recente, S. NICCOLAI, *Delegificazione e principio di competenza*, Padova 2001, e A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova 2003.

¹² Che il principio della competenza sia «parassitario» del principio gerarchico è efficacemente mostrato da R. GUASTINI, «Teoria e dogmatica delle fonti», in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Milano 1998, 235. Più in genere, sulla riduzione ad unità (alla gerarchia, appunto) di ogni criterio ordinatore v., volendo, il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino 2001, spec. 59 ss.

zione degli spazi occupati dalla gerarchia stessa e delle forme da essa concretamente assunte¹³.

È interessante notare come quand'anche la competenza si consideri, con un'autorevole ma minoritaria dottrina¹⁴, valevole per gli stessi rapporti tra gli atti costituzionali e gli atti comunque non costituzionali per forma (e forza), ugualmente se ne avrebbe una irrefutabile testimonianza della connotazione essenzialmente gerarchica dell'ordinamento, dal momento che, in tesi, una distinzione siffatta rinverrebbe esclusivamente in Costituzione il titolo (e per ciò pure i limiti) della propria esistenza, dalla Carta comunque derivando sia le leggi comuni che le stesse leggi costituzionali, le une e le altre portatrici dell'immagine di poteri ad ogni modo *costituiti* (e non già del potere costituente).

Se ci si pensa, l'unico modo, insomma, per dare autonomia di senso alla competenza e non risolverla (o dissolverla) nella comune dipendenza gerarchica di ogni atto di normazione dalla Costituzione sarebbe quello di affermarne il vigore con riguardo ai rapporti dei singoli atti con la *stessa* Costituzione. Ciò che, tuttavia, richiederebbe che essa non sia positivamente e in modo esplicito enunciata o, come che sia, risultante da indicazioni costituzionali bensì stabilita in fonte ancora sovraordinata alla Costituzione stessa. Solo che siffatta evenienza, quand'anche prospettabile (e non lo è), nuovamente confermerebbe la *connotazione gerarchica dello stesso principio della competenza*, la cui radice verrebbe a fissarsi all'esterno dell'ordine costituzionale (in un diritto naturale o, forse meglio, sovranaturale, comunque «posto» — ma, in realtà, kelsenianamente presupposto — al di là ed anzi contro la legge fondamentale).

7. TEORIA DELLE FONTI E PROSPETTIVA PRESCRITTIVA *VERSUS* TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE E PROSPETTIVA COGNITIVO-DESCRITTIVA? I LIMITI DI UN'ALTERNATIVA SIFFATTA E LA NECESSITÀ DELLA INTEGRAZIONE DELLE PROSPETTIVE SUDDETTE SULLO STESSO PIANO DELLA TEORIA DELLE FONTI. IN ISPECIE DEL RAPPORTO TRA LE NORME E L'ORDINE AL QUALE ESSE APPARTENGONO: DALL'*ESISTENZA* DELL'ORDINAMENTO (*PROSPETTIVA COGNITIVA*) ALLA *VALIDITÀ* DELLE NORME DI CUI ESSO SI COMPONE (*PROSPETTIVA DEONTICA*)

Si faccia caso come pure quanti (ed oggi sono davvero tanti) colgono l'essenza della Costituzione in prospettiva assiologico-sostanziale, giudicando inalterabile per via legale il patrimonio dei valori fondamentali, ugual-

¹³ Di qui, dunque, la necessità di integrare la prospettiva teorico-generale con quella dogmatica allo scopo della puntuale messa a punto del canone gerarchico.

¹⁴ Il riferimento è, ovviamente, in primo luogo alla riflessione di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Milano 1970.

mente si accostano alla Costituzione, quale fonte delle fonti, ed all'intera dinamica che connota le relazioni internormative in prospettiva formale- astratta. L'indiscussa distinzione degli atti, ciascuno governato da un regime suo proprio, e le loro movenze, in applicazione dei criteri di gerarchia o di separazione, denotano ed avvalorano un orientamento metodico-ricostruttivo siffatto. Il piano della produzione giuridica e delle relazioni che si intrattengono tra gli atti che ne sono manifestazione è, dunque, quello in cui, nel modo più visibile, si apprezza la *concezione prescrittiva* della Costituzione.

Non insisto ora nuovamente, dopo averne trattato ripetutamente altrove¹⁵, sulla contraddizione insita in siffatto indirizzo metodico che, in partenza, ambienta in prospettiva assiologico-sostanziale i rapporti al piano apicale dell'ordinamento¹⁶, per quindi rappresentare in prospettiva formale- astratta e in modo statico, sempre identico a sé, le relazioni ai piani sottostanti, indipendentemente dal fatto che si faccia al riguardo ricorso al canone della gerarchia ovvero all'altro della competenza o, magari, congiuntamente ad entrambi, siccome considerati idonei a comporsi in un *mix*, pure variabile a seconda delle fattispecie alle quali si applichi. E, invero, la dottrina corrente non dubita che ogni fonte abbia un suo «posto» in seno all'ordinamento, per quanto in relazione a talune fonti (ed a talune specie di relazioni internormative) rimanga fortemente incerta la sua determinazione (ad es., oggi, specie dopo la riforma del titolo V, per ciò che concerne le fonti di autonomia, sia nei loro rapporti *inter se* che in quelli con lo Stato). Ciò che però non dà, a mia opinione, il giusto peso alle varie forme di «copertura» costituzionale assiologicamente connotate, a conti fatti devitalizzando i principi di base dell'ordinamento della loro capacità fon-

¹⁵ Su ciò mi permetto rimandare al mio «Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema», in *Dir. soc.*, 1/2000, 141 ss. Il difetto di staticità e formalismo che connota le ricostruzioni correnti del sistema delle fonti è poi, ancora di recente, rilevato nel mio «L'antica (ma tuttora consolidata e diffusa) idea di "sistema" delle fonti e le prospettive di una sua ridefinizione», in *Dir. soc.*, 3/2003, 317 ss.

¹⁶ La più espressiva testimonianza di siffatto indirizzo si coglie nella teoria dei limiti alla revisione costituzionale, sulla quale — come si sa — convergono la più accreditata dottrina e la più diffusa giurisprudenza. Altro discorso, che nondimeno si dovrà prima o poi riprendere con la dovuta estensione, è quello relativo al fatto che la teoria in parola è nell'esperienza giurisprudenziale più *predicata* che *praticata*. Ciò che può significare molte cose: per una visione — come dire? — «ottimistica» degli sviluppi ordinamentali, che i limiti suddetti non siano mai stati valicati, grazie anche all'uso complessivamente parco fatto degli strumenti di normazione costituzionale (per quanto negli ultimi tempi, si sia non poco ecceduto al riguardo) ovvero che, pur essendolo, l'ordinamento non riesca a rinvenire in sé le risorse per reprimere le pratiche di normazione debordanti dagli argini costituzionali. La qual cosa, poi, a conti fatti, potrebbe porsi quale indice dell'esistenza di una sorta di *potere costituente mascherato*, portato ad affermarsi in forme occulte e per canali sotterranei, attraverso pur parziali e graduali ma ad ogni modo dirompenti incisioni della tavola dei valori fondanti l'ordinamento.

dante, diversamente apprezzabile in ragione degli sviluppi normativi dati ai principi stessi dagli atti (*rectius*, dalle norme) che ad essi concretamente si raccordino e, in maggiore o minore misura, si dispongano ad attuarli e complessivamente servirli.

Mi preme, ad ogni buon modo, fermare ora specificamente l'attenzione su un punto, al quale assegno uno speciale rilievo; ed è che, pur apparendo a prima vista dominante sul piano della teoria delle fonti la prospettiva prescrittiva, ugualmente essa a mia opinione richiede di essere integrata dalla prospettiva descrittiva ed anzi su questa, perlomeno sotto un certo angolo visuale, fatta poggiare. Nuovamente, perciò, come ora si dirà, l'*essere* viene a fare tutt'uno col *dover essere* costituzionale, mostrandosi così artificioso ed ingenuo ogni tentativo volto a tenerli nettamente distinti.

Il discorso rimanda al rapporto che viene dinamicamente a costituirsi tra l'ordinamento e le sue fonti (e norme), un rapporto che, una volta di più, è di mutuo sostegno, l'ordinamento ponendosi a fondamento degli atti dallo stesso posti o riconosciuti come idonei a creare diritto, allo stesso tempo però in cui questi ultimi, con la loro stessa esistenza, vengono dinamicamente a comporre l'ordinamento, a darne l'identità, ad assicurarne la trasmissione nel tempo.

Ora, poiché le qualificazioni circa l'esistenza o la validità delle fonti poggiano su basi positive dallo stesso ordinamento erette, è evidente che le norme rinvergono il titolo della loro giustificazione nell'ordine al quale esse appartengono, visto come unità vivente e significante: un'unità che, trovando unicamente in se stessa il titolo della propria esistenza, richiede unicamente di essere osservata quale un dato che è nel suo *farsi* incessante e che, come tale, si dispone ad essere conosciuto. L'ordinamento, insomma, è, puramente e semplicemente; e la prospettiva idonea a penetrarne l'essenza ed a rappresentarla con la maggiore completezza possibile non può che essere quella descrittiva.

Quest'esito metodico-teorico non muta in relazione ai casi in cui si dia la produzione di norme non aventi nell'ordinamento il titolo della loro esistenza, dal momento che la prospettiva giusta per chi voglia accostarsi all'ordinamento stesso *olisticamente considerato* rimane pur sempre quella cognitiva, non pure una «esterna» (e prescrittiva).

Mi riferisco ora alle fonti c.d. *extra ordinem*, quali si affermano oltre e persino contro gli schemi apprestati dall'ordinamento (e, segnatamente, dalla Costituzione); fonti che, tuttavia, abbisognano esse pure di poggiare i piedi sul terreno dell'ordinamento e che solo quando ciò avviene acquistano giuridico rilievo: pur se, infatti, originate da esperienze non riconducibili al diritto posto, devono ugualmente immettersi pur sempre in seno a quest'ultimo per sopravvivere ed affermarsi¹⁷. Nulla, insomma, può stare

¹⁷ La qualificazione circa la normatività rimanda, dunque, pur sempre ad elementi positivamente apprestati; ed è bensì vero che la prospettiva deontica è interna all'ordinamento ma,

sospesa a mezz'aria o al di fuori del pur amplissimo recinto i cui confini sono segnati dallo stesso ordinamento e in seno al quale possono prendere corpo le pratiche giuridiche, per la elementare, ovvia ragione che ciò che si colloca all'esterno di esso rimane ad ogni buon conto giuridicamente indifferente.

La validità — si faceva poc'anzi notare — ha la radice da cui costantemente si alimenta nella effettività: nella effettività delle norme medesime, atomisticamente considerate, in primo luogo, e — ciò che più importa (ed ulteriormente risalendo) — nella effettività dell'intero ordinamento.

Il riconoscimento della esistenza dell'ordinamento (*prospettiva descrittiva*) è condizione perché possa ragionarsi della validità delle norme che vi appartengono (*prospettiva prescrittiva*).

È vero anche l'inverso: vuoi per la ragione logica ineliminabile, alla quale si è sopra fatto cenno, per cui l'ordinamento è pur sempre composto da norme, e vuoi per l'ulteriore ragione che si danno, per comune riconoscimento, alcune norme (i principi fondamentali) in cui si rispecchia l'essenza della Costituzione, come tali considerate idonee a porsi a base dell'intero ordinamento, di cui pure sono parte; ed è proprio la validità-effettività di tali norme a dare giustificazione ai processi nomogenetici (*prospettiva prescrittiva*), come pure a dare senso alle loro rappresentazioni teoriche (*prospettiva cognitiva*).

Al cuore dell'ordinamento costituzionale, laddove appunto si dispiega la forza qualificante dei principi, l'effettività fa tutt'uno con la validità, se è vero che i principi, in prospettiva storicamente e positivamente determinata, si giustificano esclusivamente da se medesimi, siccome portatori dell'immagine prima e più genuina del potere costituente¹⁸.

proprio per ciò, essa ha modo di spiegarsi nei riguardi di un «tutto», l'ordinamento, che si pone quale «dato» apprezzabile in prospettiva cognitiva.

¹⁸ Non è ora possibile intrattenersi nuovamente sul rapporto tra i principi e i valori, questi di necessità pregiudicati, quelli invece dandone la forma giuridica prima e maggiormente espressiva. Per questo verso, può anche dirsi — se più piace — che i principi si giustificano nei valori, per il rapporto *quodammodo* servente che ad essi li lega. È vero, tuttavia, che, da un lato, in seno all'ordinamento (ed all'esperienza in cui esso prende corpo), nessuna norma o forma giuridicamente rilevante si dà che possa invocare per sé il titolo di «fonte» di legittimazione dei principi e, dall'altro, che gli stessi valori si rendono giuridicamente apprezzabili solo per la parte in cui riescano a rispecchiarsi nei principi. Sotto quest'aspetto, può insomma dirsi che principi e valori hanno necessità di poggiare gli uni sugli altri, allo stesso modo con cui forma e sostanza si rimandano a vicenda e l'una rimane comunque monca (ed anzi incomprensibile) senza il sostegno dell'altra.

8. DAL PIANO DELLA TEORIA DELLE FONTI A QUELLO DELLA TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE, DALL'IMMAGINE «VERTICALE» A QUELLA «CIRCOLARE» DELL'ORDINAMENTO E DELLE DINAMICHE CHE L'ATTRAVERSANO E CONNOTANO (IN ISPECIE, IL DOPPIO CARATTERE DELL'INTERPRETAZIONE, DI QUELLA *COSTITUZIONALMENTE* CONFORME COME PURE DI QUELLA *LEGISLATIVAMENTE* CONFORME)

Riguardando le dinamiche della normazione e le esperienze sulla loro base formate sul piano della teoria dell'interpretazione, ci si avvede subito di come gli schemi messi a punto sul piano della teoria delle fonti richiedano di essere sottoposti a talune corpose correzioni.

Così la gerarchia (e, con essa, la connotazione «verticale» delle dinamiche ordinamentali) si piega e rinchiude in se stessa, commutandosi in un'immagine «circolare» che non lascia immuni gli stessi principi fondamentali, che anzi ne sono forse nella maggior misura coinvolti. E, invero, come pure si è sopra rapidamente accennato, proprio gli enunciati della Carta dotati della più ampia apertura strutturale abbisognano di alimentarsi costantemente dagli atti inferiori (a partire dalle fonti di prima attuazione del quadro costituzionale), come pure dalle pratiche giuridiche in genere e, ancora più largamente, dall'esperienza politico-sociale, nelle sue più radicate e forti tendenze.

È ormai provato che, passando dal piano della produzione a quello dell'interpretazione-applicazione, si assiste non di rado ad un vero e proprio capovolgimento della *gerarchia positiva* (che, muovendo dalla Carta, discende ai livelli sottostanti) ed alla sua conversione in una *gerarchia culturale*, idonea a giocare a vantaggio degli atti subcostituzionali, quando non, *omisso medio*, delle pratiche politiche e sociali in genere.

Tutto questo è appunto inspiegabile dalla prospettiva prescrittiva, mentre se ne può cogliere il senso complessivo specificamente dalla prospettiva descrittiva.

Qui, non soccorrono più né la gerarchia né la competenza; piuttosto, si assiste a forme assai varie (e refrattarie alla loro tipizzazione in prospettiva formale-astratta) d'*integrazione* tra norme, pure dalla teoria delle fonti usualmente considerate come dislocate su piani diversi, e, ancora più largamente, tra norme e materiali non normativi, comunque idonei ad acquistare rilievo nei processi di ricostruzione di senso degli enunciati.

Riprendendo, sia pure solo per un momento, un'indicazione dietro fatta, è come se all'interpretazione costituzionalmente conforme si sostituisse un'*interpretazione doppiamente (o circolarmente) conforme*, che però più semplicemente può chiamarsi col suo antico nome (e nella sua più densa accezione), vale a dire come interpretazione *pleno iure* «sistematica», dinamicamente intesa: vuoi nella sua proiezione «orizzontale», avuto cioè

riguardo alle interconnessioni semantiche che si intrattengono tra atti posti sul medesimo piano (e, perciò, dotati della medesima forza), e vuoi nelle sue proiezioni «verticali», tanto verso l'alto quanto verso il basso, in ragione cioè delle implicazioni di senso che si danno al momento in cui un atto è posto in rapporto con altri atti sia sovra- che sotto-stanti.

In realtà, anche i termini ora utilizzati richiederebbero di essere nuovamente spiegati e fatti oggetto di alcune non secondarie precisazioni. La stessa idea della «conformità» presuppone la dualità degli atti ed il loro fermo orientamento: *verso l'alto*, quanto all'interpretazione delle leggi costituzionalmente orientata; *verso il basso*, quanto all'interpretazione costituzionale comunque bisognosa di attingere a dati esterni alla Carta (normativi e non).

Dietro questo modo di vedere c'è, tuttavia, molto schematismo. È infatti pur sempre una visione statica, che vede, nel primo caso, la Costituzione immota, verso di essa volgendo lo sguardo l'interprete dei materiali legislativi allo scopo d'intenderne pienamente il senso; e viceversa nel secondo caso.

Le cose non stanno però così, se si conviene che la Costituzione, al pari di ogni altro materiale normativo, non è ma *si fa*¹⁹; e si fa appunto nel circolo interpretativo, in seno al quale unicamente prende senso e incessantemente lo rinnova, col rinnovarsi stesso della normazione sottostante come pure dell'esperienza giuridica restante, in ciascuna delle sue forme e in tutte assieme, per il senso compiuto da esse assunto, indicativo di complessive tendenze dell'ordinamento. Ed allora ci si avvede che l'interpretazione costituzionalmente conforme si risolve in un orientamento dei dati subcostituzionali verso una stella polare costituzionale che è pur sempre in moto e che, ancora prima che siffatta «conformità» ermeneutica sia avviata e verificata come effettivamente possibile, risulta nella sua stessa struttura costituita anche da materiali extratestuali (allo stesso modo, a parti rovesciate, per l'interpretazione costituzionale).

Ogni interpretazione è, insomma, una doppia interpretazione o, meglio, nasconde — come la faccia invisibile della luna — una previa, preorientata interpretazione, dal momento che il moto ascendente, che porta la legge a farsi illuminare dalla Costituzione presuppone come già avvenuta (in senso logico e non cronologico, ovviamente) l'interpretazione della Costituzione stessa lungo l'opposto verso, la Costituzione illuminandosi a sua volta dalla normazione (e, in genere, dalla realtà) sottostante.

¹⁹ Non a caso si è efficacemente discusso della Costituzione più come *processo* che come *atto* [sopra tutti, v., A. SPADARO, «Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua *evoluzione* del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità», in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.].

9. *METODO SINTETICO*, POSTO A BASE DELLA COMPOSIZIONE DELLE FONTI IN SISTEMA, E *METODO ANALITICO-STRUTTURALE*, CHE PRESIEDE ALL'OSSERVAZIONE DEI PROCESSI ERMENEUTICI

Si è ora in grado di riprendere le fila del discorso svolto riannodandole attorno alla questione teorica di base ed al preorientamento metodico che la informa e connota.

Il metodo che presiede alla composizione delle fonti in sistema ha *carattere sintetico*, è cioè per sua natura «riduzionista»: norme pur diversissime tra di loro (per struttura nomologica, contenuti, indirizzo assiologico), per il solo fatto di trovarsi riunite in un medesimo atto o, come che sia, dislocate al medesimo piano della scala gerarchica, sono considerate come appartenenti al medesimo *genus* e dotate della medesima forza. *La forma fa la forza*, si diceva un tempo, proprio per significare che l'ordine normativo aveva (e, per la *communis opinio*, ha) nella forma stessa (nella sua più larga accezione, siccome comprensiva del procedimento) il suo costante, fermo punto di riferimento, di aggregazione, di sistemazione²⁰.

Il metodo che, invece, presiede ai processi ermeneutici ha *carattere analitico-strutturale*, si preoccupa cioè unicamente del modo di essere degli enunciati, quale che sia la forma che li racchiude ed esprime, e punta a portare a galla le interconnessioni semantiche nascoste che tra gli stessi si intrattengono.

Si danno — è vero — direttive ulteriori (ed esse pure di ordine metodico) che delineano il verso ed il complessivo tracciato su cui si svolgono i processi ermeneutici. La forza attrattiva — se così vogliamo chiamarla — esercitata dagli enunciati risente ugualmente della loro forma (non a caso, come si rammentava, è venuta prepotentemente affermandosi la dottrina dell'interpretazione costituzionalmente conforme). Ma, poi, sono soprattutto i contesti in cui si ambientano i singoli processi ermeneutici a determinarne lo svolgimento e a darne la complessiva caratterizzazione.

La teoria dell'interpretazione, nelle sue specifiche applicazioni al piano costituzionale, mette a nudo l'ingenuità dell'esito ricostruttivo, cui solitamente si perviene sul piano della teoria delle fonti, secondo cui la forza degli atti si presenterebbe come costante e, a conti fatti, dipendente dalla forma degli atti stessi. Piuttosto, l'esperienza insegna che non soltanto la forza della Costituzione non rimane sempre identica a sé, variando in ragione della struttura nomologica degli enunciati di cui la Carta si compone²¹, ma che essa varia altresì per il modo con cui gli enunciati costituzio-

²⁰ Notazioni critiche sul punto nel mio «L'antica (ma tuttora consolidata e diffusa) idea di "sistema" delle fonti e le prospettive di una sua ridefinizione», cit.

²¹ Secondo una schematizzazione in uso, giova al riguardo distinguere i *principi* dalle *regole*. Peccato che assegnare i singoli disposti a questa o quella categoria sia, come si sa, perlo-

nali si raccordano ad altri enunciati sottostanti e, ancora, per il modo con cui l'esperienza (amministrativa, giurisdizionale, politica) riflette su di essi la propria immagine e ne condiziona il senso, nonché per la diversa caratterizzazione degli ambiti materiali in cui l'esperienza stessa viene ad impiantarsi, e via dicendo.

È chiaro, ad es., che la pressione esercitata da regolarità politiche e da norme consuetudinarie sui campi in cui si dispiega l'azione degli organi di governo non è uguale a quella che complessivamente si ha su campi diversi. Non a caso le formule costituzionali relative alla gestione delle crisi di governo si ritiene che si alimentino abbondantemente dall'esperienza politica, a differenza di formule iscritte in altri capitoli del libro costituzionale.

Non si incorra, tuttavia, nello stesso vizio di approssimazione e di schematismo in cui cadono gli studi d'ispirazione formale-astratta. Ogni sforzo di generalizzazione o, come che sia, di categorizzazione è, prima o poi, costretto ad arrendersi davanti alla varietà del reale ed alla speculare varietà dei processi interpretativi dalla stessa sollecitata a formarsi. D'altro canto, le ormai acquisite implicazioni che si danno tra forma di governo e forma di Stato mostrano come la ricaduta che si ha delle regole (e delle regolarità), da cui la prima risulta forgiata, a carico della seconda (e, naturalmente, viceversa) sia immediata e corposa. Ciò che, poi, per la sua parte, porta a smentire un antico luogo comune, secondo cui lo spazio che costituzionalmente si dà al formarsi di consuetudini e convenzioni costituzionali si troverebbe unicamente all'interno della parte organizzativa della Carta (e, ulteriormente specificando, laddove appunto si delineano le relazioni tra gli organi d'indirizzo politico e di questi ultimi con gli organi supremi di garanzia). Regolarità e regole di diritto non scritto lasciano piuttosto un segno marcato anche nella prima parte della legge fondamentale, per quanto, come si è tentato di mostrare meglio in altri luoghi²², non sempre sia agevole coglierne la traccia.

meno nella maggior parte dei casi, pressoché impossibile e, ad ogni modo, gravato da troppe incertezze.

Ora, una tipizzazione ha senso se riesce a comprendere in sé ed a rappresentare l'*id quod plerumque accidit*, restando comunque ai margini del modello (e dell'esperienza) ciò che non può, pur con ogni sforzo, farvi capo. Qui, però, si ha proprio l'inverso, marginali essendo i casi in cui, con sufficiente approssimazione, si rende possibile distinguere le une dalle altre norme, ordinariamente restandone oscura la vera natura.

²² Ancora da ultimo, nel mio *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, cit.

10. ANCORA DELLA (SUPPOSTA MA METODICAMENTE INFONDATA) DICOTOMIA TRA CONCEZIONE PRESCRITTIVA E CONCEZIONE COGNITIVA DELLA COSTITUZIONE. CRITICA: LE QUALIFICAZIONI DI ORDINE DEONTICO INTERNE ALLA PROSPETTIVA COGNITIVA E LE QUALIFICAZIONI DI ORDINE COGNITIVO INTERNE ALLA PROSPETTIVA PRESCRITTIVA, OVVEROSIA DELLA CONVERGENZA DI ESSER E DOVER ESSERE COSTITUZIONALE, NEL LORO INCESSANTE OSCILLARE TRA IL POLO DELLA DISTINZIONE E QUELLO DELLA INTEGRAZIONE

Si è detto poc'anzi esser maggiormente congeniale al piano della produzione (e per le specifiche esigenze della teoria delle fonti) una concezione prescrittiva della Costituzione, al piano dell'applicazione (e per le esigenze della teoria dell'interpretazione) una concezione cognitivo-descrittiva.

Anche questa è, tuttavia, una rappresentazione, frutto di un approccio analitico, afflitta dal vizio di un'eccessiva semplificazione, che non rende cioè fedelmente né la dinamica che incessantemente connota le esperienze della produzione né il moto ugualmente incessante che attraversa e pervade le esperienze dell'interpretazione.

Il vero è che l'una e l'altra prospettiva, come si è qui tentato di mostrare, richiedono di darsi forza a vicenda, di saldarsi l'una all'altra, al punto da rendersi sostanzialmente indistinguibili.

Separare in modo netto produzione ed applicazione non è possibile; forse, lo è (e, comunque, fino ad un certo punto) per l'aspetto formale, non pure per quello sostanziale. E, invero, se si procede a ritroso e si scava all'interno del terreno sul quale entrambe prendono corpo, ci si avvede che le loro radici sono talmente intrecciate da non potersi più in alcun modo separare.

Non occorrono lunghi discorsi per averne la prova. La produzione rimanda alla (e presuppone la) interpretazione, che la precede e determina o, come che sia, variamente condiziona. Una produzione capricciosa o casuale non risponde ad alcuna logica di ordine sistematico. Non escludo che possano aversene alcune (pure non rare) testimonianze; dobbiamo qui però tenere per ferma l'idea che la produzione si cali in un contesto complessivamente connotato da fatti interpretativi, che la precedono, accompagnano, seguono.

Ancora una volta la prospettiva strutturale si rivela particolarmente feconda di interessanti sviluppi di ordine ricostruttivo. L'osservazione dei procedimenti produttivi mostra, infatti, una sensibilità un tempo insussistente per le indagini sui «fatti» (latamente intesi), per quanto invero ad oggi non se ne siano avuti risultati particolarmente apprezzabili²³. È, in-

²³ Mi riferisco, specificamente, all'AIR o all'ATN e alla VIR, a riguardo delle quali, tra i molti altri, v. D. SICLARI, «L'analisi di impatto della regolamentazione (Air) nel diritto pubbli-

somma, il «reale», in tutta la sua complessità, che s'immette nella struttura stessa dei procedimenti di normazione e che, pertanto, non dovrebbe restare estraneo alle qualificazioni degli atti prodotti ma, anzi, fortemente impressionarle e connotarle²⁴.

Fuori discussione è, dunque, che la prospettiva dalla quale si pone il produttore, nel momento in cui forgia i suoi prodotti, è quella stessa cognitiva in cui si pone chi si interroga sul significato di quei prodotti una volta forgiati. Allo stesso tempo (e modo), l'interpretazione-applicazione fa costante riferimento ad atti idonei ad esprimere una carica deontica e non di rado (esclusa cioè l'interpretazione meramente dottrinale) prende forma a mezzo di atti essi pure produttivi di giuridici effetti.

La conclusione è piana nella sua espressione finale, di sintesi: *alla prospettiva cognitiva non rimangono estranee qualificazioni di ordine deontico, così come alla prospettiva prescrittiva asserzioni cognitive.*

Il punto è come misurare l'intensità dell'incidenza esercitata dalle une sulle altre qualificazioni. L'esperienza, nondimeno, oscilla senza sosta tra i due poli di un'alternativa metodico-teorica dai quali non può farsi interamente attrarre ma dei quali, al contrario, ha ugualmente bisogno. È la stessa coppia *distinzione-integrazione* che informa di sé gli sviluppi storico-concreti dell'esperienza, senza che nondimeno possa aversi un'eccessiva sottolineatura dell'una o dell'altra componente.

La *distinzione* è degli atti, l'*integrazione* delle norme. La *distinzione* sembra esser qualità del *dover essere*, l'*integrazione* dell'*essere*. In realtà, la formula corrente dell'*esperienza giuridica* denota lo sforzo prodotto da *essere* e *dover essere* per ricongiungersi e comporsi in unità: nei fatti interpretativo-applicativi, in primo luogo, ma anche — come si è tentato di mostrare — negli stessi fatti produttivi.

La riduzione dell'uno all'altro non è, tuttavia, mai totale, assorbente. Quanto meno avuto riguardo all'ordinato o fisiologico sviluppo dell'ordinamento, non si assiste ad un'indiscriminata apertura degli enunciati costituzionali ai dati extratestuali (e, segnatamente, a quelli materiali), che non penetrano meccanicamente o forzosamente in seno ai primi, riforgiandone senza sosta la sostanza o la struttura. L'interprete — si è fatto sopra nota-

co: premesse introduttive», in *Foro it.*, 3/2002, V, 45 ss.; E. CATELANI, *Aspetti organizzativi della delega: il ruolo della Presidenza del Consiglio*, e F. CASALOTTI, «I ministeri e l'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR)», entrambi in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2001*, a cura di U. DE SIERVO, Torino 2002, rispettivamente, 88 ss. e 105 ss.; AA.VV., *Istruttoria parlamentare e qualità della normazione*, a cura di G. RECCHIA e R. DICKMANN, Padova 2002 e, ancora di AA.VV., *L'analisi di impatto della regolazione nel processo legislativo*, a cura del Servizio per la qualità degli atti normativi del Senato, Roma 2002.

²⁴ Tarda, nondimeno, a prendere corpo la consapevolezza del rilievo che le indagini in parola potrebbero acquistare nei giudizi di costituzionalità, specie laddove si facesse finalmente un più ampio ed incisivo ricorso all'uso dei poteri istruttori di cui il giudice delle leggi dispone.

re — sa di avere dei vincoli di sistema ai quali non può sottrarsi nel momento in cui avvia i propri processi cognitivi; vincoli che, nella loro assenza, presentano una radice di ordine assiologico, se è vero che i soli fatti idonei ad acquistare rilievo in seno ai processi stessi sono quelli idonei a mostrarsi conformi (o, quanto meno, compatibili) rispetto ai fini-valori fondanti l'ordinamento, secondo una ragionevolezza — come si vede — assio-logicamente orientata²⁵.

La prospettiva deontica — come si vede — non recede davanti a quella descrittivo-esistenziale ma, all'inverso, ne orienta (o, per dir meglio, preorienta) il verso e variamente ne condiziona gli esiti. Solo negli stati di eccezione, come s'è visto, in cui gli stessi fini-valori versano in una condizione di evidente sofferenza, potrebbe assistersi al prepotente (ma non perciò necessariamente irragionevole²⁶) affermarsi del fatto sul diritto, nelle sue più genuine ed elevate espressioni. Laddove dovesse aversi l'irreparabile abbattimento dei vecchi argini costituzionali, sarebbe giocoforza concludere che la validità ha allora ceduto il campo all'effettività, ad un'effettività — si è dietro fatto notare — idonea a convertirsi in una *nuova* validità, fondativa di un ordine costituzionale irriducibile al vecchio, nelle sue basi assiologico-sostanziali. Nel qual caso, nondimeno, *essere e dover essere* tornerebbero ugualmente ad incontrarsi ed a rendersi indistinguibili, nei fatti produttivi alimentati dalla congiuntura straordinaria venutasi a determinare, come pure in quelli interpretativo-applicativi ad essi conseguenti.

²⁵ Per l'aspetto ora specificamente riguardato e per gli esiti ricostruttivi ad esso maggiormente congeniali, si trae ulteriore conferma della tesi, di recente con acuti ragionamenti argomentata, che vede nella ragionevolezza «un principio architettonico del sistema» (v., dunque, L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, ed. provv., Milano 2000).

²⁶ Nuovamente è tutto da vedere caso per caso: si danno stati di emergenza che naturalmente scivolano verso la discontinuità costituzionale, assiologicamente intesa, siccome idonei a portare appunto all'avvento di un nuovo ordine costituzionale, ed altri stati in cui si assiste alla produzione di norme (e, in genere, a pratiche giuridiche) dirompenti rispetto al quadro costituzionale, ma unicamente appunto per il tempo dell'emergenza, sì da uscire di scena una volta che esso sia ormai fortunatamente trascorso. In questa seconda evenienza, l'adozione di «misure insolite» — come le ha eufemisticamente chiamate la giurisprudenza nella famosa sent. n. 15 dell'82 — potrebbe considerarsi rispondente ad una peculiare ragionevolezza, malgrado le stesse risultino obiettivamente incompatibili con la Carta.