

Rivista N°: 4/2014  
DATA PUBBLICAZIONE: 17/10/2014  
XXIX Convegno annuale AIC – Catanzaro 2014  
PRASSI, CONVENZIONI E CONSUETUDINI NEL DIRITTO COSTITUZIONALE

AUTORE: Roberto Bin\*

## IL FATTO NEL DIRITTO COSTITUZIONALE\*\*

### 1.

Il tema ha contorni indefinibili. La Costituzione nasce da “fatti storici” e vive nei fatti, in ciò sta la sua effettività. Prassi, convenzioni e consuetudini non sono che emersioni dei fatti in cui la C. è immersa e vive (lo stesso concetto di “C. vivente” ci riporta ai fatti).

### 2.

Data la premessa, qualsiasi “taglio” dessi alla relazione comporterebbe – appunto – un ritaglio dell’argomento necessariamente arbitrario. Il che sarebbe tanto più doloroso in quanto le aree connesse al tema sono densamente popolate da letteratura di alto valore: l’istituzione di fatto dell’ordinamento costituzionale di S. Romano, la sovrapposizione tra validità e effettività nella *Grundnorm* in Kelsen, il continuo rincorrersi e incrociarsi dei criteri di effettività e di validità in Esposito, e poi la Costituzione materiale, le convenzioni, la consuetudine costituzionale, le trasformazioni di fatto della Costituzione... temi grandi, temi connessi, temi spesso sovrapposti.

### 3.

La mia scelta è procedere fuori da questi solchi profondi del dibattito costituzionalistico e seguire un tragitto un po’ diverso. Partirei da un’intuizione di R. Cover, che non affronta

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Ferrara.

\*\* Traccia della Relazione.

direttamente il tema dei “fatti” ma guarda alla produzione sociale di *senso* di diritto e di giustizia. Apparentemente è un discorso lontano dal *focus* di questo convegno, ma non è così.

Il diritto – dice Cover – è un ambiente, un “universo normativo” in cui siamo immersi: “*We inhabit a nomos - a normative universe*” fatto di regole, di diritti e torti, di giudizi espressi in termini di lecito e illecito, di valido e invalido. Considerato in questa prospettiva, il diritto non è solo un sistema di regole che serve per qualificare i “fatti” della vita, ma un mondo in cui la nostra stessa vita si sviluppa e in cui le disposizioni che vogliono regolare i “fatti” sociali che provocano l’intervento del potere legislativo non hanno un significato proprio separato e indipendente dalle attività sociali che si sviluppano nell’“universo normativo”.

Chi fa le leggi non dispone del loro significato: questo assioma non rispecchia soltanto la divisione dei poteri che è alla base dello Stato di diritto, ma anche il carattere sociale – e un po’ anarchico – del *significato* in contrapposizione al carattere “imperiale” – e gerarchicamente strutturato – della *posizione della legge*.

#### 4.

Il mio tema è: “il fatto nel *diritto costituzionale*”. Quindi non il “fatto” nella Costituzione e nella sua attuazione, né nella giurisprudenza costituzionale o nella teoria costituzionale. La nozione di *diritto costituzionale* ci porta oltre a tutto questo e comprende anche i significati che alla Costituzione la società attribuisce, la dimensione – per così dire – sociale e culturale di essa.

Vale per la Costituzione ciò che vale per ogni legge: il significato della costituzione non è imposto con la forza, ma si sviluppa *nelle* comunità secondo il proprio particolare *nomos*. Vi è una Costituzione delle femministe e quella dei sindacati, una degli animalisti e una del movimento per la vita; i no-global, i carcerati e l’autorità garante della concorrenza, così come – cambiando contesto - i penalisti o i tributaristi, possiedono una propria immagine della Costituzione. È così che si può dire, prendendo in prestito il titolo del fondamentale libro di Bartole, che *la costituzione è di tutti*.

Non c’è una “comunità” degli interpreti, semmai ci sono tante comunità e tanti processi giusgenerativi gestiti e condivisi in sezioni specifiche della società. Ognuna di esse ha una propria visione di ciò che la Costituzione significa e sulla base di essa individua una risposta in termini di “diritto costituzionale” ai problemi che giudica rilevanti o essenziali per il proprio *nomos*.

#### 5.

Il significato della costituzione si lega all’interpretazione giuridica offerta dalle comunità. Forse l’art. 2 Cost., quella sua equivoca espressione “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” proprio in questo senso può essere letta: la Costituzione “riconosce” i diritti che di fatto sono stati rivendicati con successo dalla società, nel suo pluralismo, come fon-

damentali. Che si tratti del diritto all'abitazione o della tutela delle minoranze linguistiche, dei diritti dei transessuali o di quelli delle coppie sterili, ognuna delle infinite componenti (formazioni) sociali sviluppa una propria aspettativa di tutela e la imputa alla Costituzione. Sono "fatti" specifici (una configurazione dei contratti di locazione, il modo con cui vieni trattato in un pubblico ufficio, il rifiuto di registrazione anagrafica del mutamento del sesso) a "colorarsi" di "diritto costituzionale" e chiedere un riconoscimento ufficiale, "imperiale", da parte dei poteri costituiti. "Orbene – dice la Corte nella celebre sentenza sul matrimonio omosessuale (138/2010) - per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, *nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico*". Ed in un'altra decisione, relativa allo scioglimento del matrimonio a seguito della rettificazione anagrafica del transessuale (sent. 170/2014), la Corte calibra il suo ragionamento su "quella categoria di *situazioni 'specifiche e 'particolari'*" delle coppie coinvolte, per poi concludere censurando la legge che non compie un corretto bilanciamento degli interessi colpendo inflessibile della coppia che "reclama" di essere, comunque, tutelata come "forma di comunità... idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione" violando così l'art. 2 Cost.

L'appello della Corte ad un'attenta considerazione della *specificità della situazione* è indicativo. Quando si dice che i principi costituzionali sono "*fact-value complexes*" (J. Stone, spesso richiamato da S. Bartole) si indica con evidenza che ogni principio costituzionale si colora dei fatti che il nucleo sociale assume come rilevanti e che cercano un aggancio in costituzione. Osserva Bartole che ai principi "si fa ricorso molto di frequente in occasioni in cui l'interprete è chiamato ad un impegno particolare di *adeguamento del diritto al fatto*"; "ogni principio prende corpo e significato non nei termini di una sua astratta enunciazione, ma in rapporto a *situazioni concrete di fatto*, rispetto alle quali è in grado di dispiegare la sua giuridica creatività, aggiungendo ulteriori specificazioni ovvero derogando alla normativa di dettaglio già in vigore".

Il processo giurisgenetico parte dai fatti. I fatti entrano perciò nel diritto costituzionale anzitutto come "senso giuridico" che sezioni della società ritengono coperto dalla Carta, sono fatti in relazione ai quali la Costituzione è in grado di esprimere una qualificazione giuridica, in genere in termini di principio. I principi costituzionali, come *fact-value complexes*, sono necessariamente collegati al "contesto di applicazione", prodotto da tante condizioni di vita specifica, dallo stato delle tecnologie, dagli standard accettati dalla comunità: legandosi al contesto, i principi perdono vaghezza e acquistano precisione normativa (pur restando sempre principi e non regole "all-or-nothing").

## 6.

Se la società propone innumerevoli interpretazioni di quel che la Costituzione dice in relazioni a determinate circostanze di fatto, prospetta di continuo riletture di fatti in termini di violazione o applicazione di un principio costituzionale, la Corte costituzionale svolge la sua funzione "imperiale", di potere, scegliendo quale interpretazione abbracciare e "uccidendo" gli altri significati: nel senso che sceglie quale ricostruzione dei principi e del loro contesto

privilegiare e porre a fondamento della sua giurisprudenza e scarta le ricostruzioni concorrenti. Ma anche la decisione della Corte immette una visione dei fatti nel *nomos*, nell'universo normativo in cui siamo immersi: influenza, come un "dato", il processo giurisgenetico senza mai condizionarlo definitivamente.

Sia la legislazione che la giurisprudenza della Corte fissano regole di bilanciamento tra interessi concorrenti (e concorrenti visioni dei "fatti") che si esprimono in termini (necessariamente) generali e astratti: sono tutte statuizioni condizionate alla clausole dell'*id quod plerumque accidit* e del *rebus sic stantibus*, aperte cioè a continue sfide mosse sulla base di fatti e circostanze ("situazioni normative", direbbe Ruggeri) che si pongono come *paradossi* rispetto alle risposte *ortodosse*, eccezioni che minano o intendono sovvertire la regola.

Non solo i "fatti" entrano nel processo costituzionale "vestiti" dagli interessi di parte, ma anche i principi costituzionali entrano con lo stesso vestito. "Fatti" e "principi costituzionali" non sono mai distinguibili sino in fondo.

L'interpretazione come processo entropico: non si può distinguere quello che è il "diritto" dai "fatti". Nell'interpretazione i due piani si confondono e non si possono ricreare le fonti degli uni separandole dalle fonti degli altri.

## 7.

La de-responsibilizzazione dell'interprete attraverso la trasformazione ontologica delle sue interpretazioni in "fatti normativi": da cui le consuetudini costituzionali, la costituzione materiale, la forza normativa dei fatti... tutte violazioni della grande divisione e strategie per ammantare di "oggettività" ciò che invece di oggettivo non ha nulla, ma corrisponde semmai ad una visione di parte (delle forze di maggioranza, dei gruppi dominanti, dell'appartenenza dell'interprete ecc.) di ciò che la Costituzione e le sue disposizioni significhino.

Ma d'altra parte la separazione del "diritto" dai fatti è un'utopia infelice.

Per cui il vero problema che ci dovremmo porre non è tanto quello di quale funzione svolgano i fatti nel diritto costituzionale, ma quello di quale funzione sia chiamato a svolgere il "testo" nella selezione "imperiale" delle ricostruzioni concorrenti del "senso" dei principi costituzionali proposte dalle "formazioni sociali".