

17 luglio 2011

## Norma generale esclusiva e antropologia positiva (o perversa?): le implicazioni giuridico-costituzionali del ddl di revisione dell'art. 41 della Costituzione

di Ilenia Massa Pinto

Sommario: 1. Premesse: la costituzionalizzazione della norma generale esclusiva 2. La norma generale esclusiva e l'opzione politica per un'antropologia positiva (o perversa?) 3. Le implicazioni che deriverebbero dalla costituzionalizzazione della norma generale esclusiva 4. Conclusioni: l'attualità della costituzione attraverso la sedimentazione dei suoi significati

### 1. Premesse: la costituzionalizzazione della norma generale esclusiva

Come si legge nella «Relazione Illustrativa» che accompagna la presentazione del «Disegno di legge costituzionale recante: “Modifica degli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione”», approvato dal Consiglio dei Ministri il 9 febbraio 2011, l'obiettivo del Governo proponente è quello di rimuovere un vizio che sarebbe connaturato alle disposizioni costituzionali coinvolte nella proposta di modifica, e, in particolare, all'art. 41 della Costituzione: «L'intervento di revisione costituzionale intende, in primo luogo, eliminare le incertezze e le contraddizioni presenti nell'attuale formulazione dell'articolo 41: il primo comma sembra prospettare una garanzia piena ed assoluta della libertà dell'iniziativa economica privata (“l'iniziativa economica privata è libera”); il terzo comma, al contrario, delinea un modello di economia dirigista, nel quale sono poste su uno stesso piano l'attività economica pubblica e quella privata ed indica lo scopo che l'azione dei pubblici poteri deve perseguire: indirizzare e coordinare a fini sociali queste attività». L'obiettivo è dunque quello di eliminare «le intrinseche contraddizioni», «i dubbi interpretativi», «le ambiguità di fondo», presenti nella disposizione costituzionale.

Niente di nuovo, dunque. Il tentativo di revisione costituzionale in corso è solo l'ennesimo sintomo delle critiche di merito che hanno accompagnato la disciplina costituzionale lungo tutto l'arco della storia repubblicana, e, con particolari accenti polemici, a partire dagli inizi degli anni Ottanta. Il tratto comune di tali critiche consiste nel far coincidere il giudizio di inadeguatezza della disciplina costituzionale – dovuta alle lacune e, come nel caso di cui si tratta, alle aporie che il suo testo scritto presenta – con un giudizio di inutilizzabilità: «come se, cioè, l'attualità della Costituzione dipenda innanzitutto dalla sua formulazione, e non anche dal suo “uso”»[\[1\]](#).

Rispetto all'art. 41 in particolare, il disegno di legge propone, tra l'altro, di modificarne il comma 1 col

seguinte testo: «L'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge»[2].

In questo commento, dopo aver indicato le ragioni di politica del diritto che hanno spinto il Governo a presentare il citato disegno di legge di revisione costituzionale, vorrei fermare l'attenzione in particolare su questo primo comma, che ha la pretesa, in ultima analisi, di costituzionalizzare la *norma generale esclusiva*. La prescrizione secondo la quale «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge» avrebbe infatti l'effetto di introdurre nell'ordinamento una norma generale in forza della quale *tutti* i comportamenti non espressamente previsti da una norma particolare devono ritenersi *esclusi* dalla sua disciplina. Negli ordinamenti che prevedono la norma generale esclusiva, si può dire che «le norme non nascono mai sole ma a coppie: ogni norma particolare, che potremmo chiamare inclusiva, è accompagnata, come se fosse la propria ombra, dalla norma generale esclusiva. Secondo questa teoria non avviene mai che vi sia, al di là delle norme particolari, uno spazio giuridico vuoto, ma avviene bensì che al di là di quelle norme vi sia tutta una sfera di azioni regolate dalle norme generali esclusive»[3].

Come vedremo, non tutti gli ordinamenti prevedono esplicitamente una tale norma (o la prevedono soltanto per alcuni settori), né essa può considerarsi implicita in qualsivoglia ordinamento. E' invece tipica degli ordinamenti giuridici liberali: l'art. 5 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 26 agosto 1789, per esempio, nell'intento di fare tabula rasa dell'ordinamento dell'*Ancien Régime*, dispone che «Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che non è ordinato dalla legge».

Le riflessioni che seguono intendono prendere sul serio le proposte di revisione costituzionale presentate dall'attuale Governo e dalla sua maggioranza: è infatti contraddittorio l'atteggiamento di coloro che continuano a sostenere la perdurante validità della costituzione, e a difenderla dai tentativi di revisione, con l'argomentazione secondo la quale tali tentativi sarebbero soltanto inutili propagande, a fronte della irrilevanza delle disposizioni costituzionali rispetto ai reali problemi del Paese. Paradossalmente gli attuali critici della costituzione vigente sembrano assegnarle un ruolo maggiore[4].

Anche la recente iniziativa di revisione dell'art. 1 della Costituzione, che si propone di riformulare la relativa disposizione introducendovi l'esplicito riferimento alla centralità del Parlamento[5], e salutata da tutti quanto meno come stravagante, non può essere semplicemente archiviata iscrivendola «alla fiera dell'ovvio»[6]. Se infatti ci si astrae dalla cronaca politico-giudiziaria che coinvolge il Presidente del Consiglio attualmente in carica e la sua maggioranza non si può non ammettere che la stravagante proposta di revisione dell'art. 1 della Costituzione cela in realtà *la* questione centrale del diritto costituzionale, ossia il rapporto tra politica e giurisdizione, tra discrezionalità del Parlamento e interpretazioni costituzionali, che le delicate questioni etiche di questi ultimi anni stanno sottoponendo a particolare tensione: è intorno a tali questioni che si deve ragionare anche quando si difende l'attuale costituzione dalle proposte di modifica in materia di giustizia.

#### 1. La norma generale esclusiva e l'opzione politica per un'antropologia positiva (o perversa?)

La scelta politica che sta dietro la proposta di costituzionalizzare la norma generale esclusiva risiede nella guerra, dichiarata dal Governo in carica e dalla sua maggioranza, alla ritenuta ipertrofia legislativa che caratterizzerebbe il nostro ordinamento e che, in particolare, ostacolerebbe l'esercizio di attività imprenditoriali.

Contro «l'attuale bulimia giuridica, la massa sconfinata e crescente di regole», il Ministro Tremonti ritiene indispensabile «la soluzione costituzionale», dal momento che la tecnica dell'abrogazione e quella della delegificazione sono giudicate «ancora insoddisfacenti»: «in realtà il nodo di Gordio, la metafora millenaria della semplificazione, non si scioglie ma si taglia con un colpo di spada. Con una norma che dia efficacia costituzionale e definitività al principio di responsabilità, all'autocertificazione, al controllo ex post, estendendoli con la sua forza obbligatoria a tutti i livelli dell'ordinamento,

superando così i problemi del complicato riparto delle competenze legislative (...). Non ci sono reali alternative: la cappa delle regole che pesa sull'economia, una cappa che è cresciuta a dismisura negli ultimi tre decenni ed è aggrovigliata dalla moltiplicazione delle competenze – centrali, regionali, provinciali, comunali – è ormai divenuta tanto soffocante da creare un nuovo Medioevo». Ed ecco il passaggio fondamentale delle considerazioni del Ministro Tremonti, nel quale si legge la ragione che giustifica, in ultima analisi, la decisione politica di proporre la revisione costituzionale dell'art. 41 con l'introduzione esplicita della norma generale esclusiva: «Dietro la follia regolatoria c'è in specie qualcosa che in realtà va nel profondo dell'antropologia culturale: una visione dell'uomo che è o negativa o riduttiva. La visione negativa è quella della gabbia (*l'homo homini lupus*). Il lupo va ingabbiato: è Hobbes. Da questa filosofia sono derivati l'assioma e la contrapposizione moderna fra pubblico e privato, dove "pubblico" è stato assiomaticamente associato a "morale" e "privato" a "immorale". La visione riduttiva si basa invece sull'assunto che l'uomo non è certo "a priori" malvagio, ma è tuttavia insufficiente a se stesso, in parte incapace di fare da solo il suo bene. Ad esso soccorre dunque la benevolenza del potere pubblico». E poiché «questi due pregiudizi hanno ormai impiantato un nuovo Medioevo (...) popolato da un'infinità di totem giuridici», si rende necessaria la revisione dell'art. 41 della Costituzione «valorizzando i principi morali, sociali, liberali della responsabilità, dell'autocertificazione, del controllo ex post, contro i costi di manomorta e di immobilizzo tipici del vecchio-presente regime». Questi principi sottintendono infatti «una visione positiva della persona, delle sue associazioni, della sua capacità d'intrapresa»<sup>[7]</sup>.

E di un'«antropologia positiva» aveva già parlato il Ministro Sacconi, quando aveva lanciato un «Manifesto per la vita e per la sussidiarietà», come un «manifesto per l'antropologia positiva»<sup>[8]</sup>. Secondo l'analisi di questo Ministro, saremmo oggi di fronte a un «rapido declino del Leviatano, ovvero di quello stato pesante e invasivo disegnato, più o meno consapevolmente in tutte le democrazie moderne, sul presupposto di Hobbes e della sua antropologia negativa, sulla malfidenza nei confronti della persona e della sua attitudine alla socialità. "Homo homini lupus". Le politiche pubbliche sono in conseguenza prevalentemente repressive e non premiali. Tutta la nostra regolazione è complessa perché insegue anche le più improbabili patologie nei comportamenti umani e si fonda sul presupposto "io non mi fido" e quindi sul controllo *ex ante*. L'iniziativa sociale è considerata con sospetto e solo l'offerta pubblica coincide con il bene comune». La ricetta governativa del "meno stato più società" sarebbe, secondo il Ministro Sacconi, l'equivalente della proposta del premier britannico Cameron a favore della "big society" opposta al "big government", e della "new governance" statunitense, «per evidenziare la necessaria collaborazione tra il pubblico e il privato sociale ai fini della affermazione del bene comune in un contesto di crescita geometrica della filantropia privata».

Emerge con tutta evidenza che la filosofia sociale sottesa al disegno riformatore del Governo è improntata a un presunto ottimismo antropologico, in forza del quale alla questione centrale del diritto costituzionale – come si integra il pluralismo in unità politica, e, dunque, come si mantiene l'unità del corpo politico – si dovrebbe rispondere ricorrendo all'idea fondamentale secondo la quale gli uomini sarebbero, in ultima analisi, legati reciprocamente da un vincolo di collaborazione, che si manifesterebbe attraverso comportamenti benevoli, oblativi.

E' del resto coerente con tali premesse l'ulteriore proposta governativa di revisione dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione, nel senso di «rafforzare la portata del principio di sussidiarietà orizzontale, in base al quale l'azione dei pubblici poteri si configura come sussidiaria di quella dei privati, singoli e associati, nel senso che gli enti istituzionali possono legittimamente intervenire nel contesto sociale laddove le funzioni amministrative siano svolte in modo più efficiente e con risultati più efficaci che se fossero lasciate alla libera iniziativa privata, ancorché regolamentata»<sup>[9]</sup>.

Viene qui in rilievo uno dei molteplici impieghi della formula lessicale *principio di sussidiarietà*, e, forse, quello che meglio riflette le sue matrici culturali: ci si riferisce al principio di sussidiarietà «come generale divieto di iperregolazione del sociale, che raccomanda di lasciare il maggiore spazio

all'autonomia organizzativa privata e per questo, almeno in alcuni ambiti, è capace di segnare precisi limiti contenutistici alla legge (...). Tanto che l'idea sussidiaria si affianca, e quasi si confonde, con la generica istanza di misurabilità, prevedibilità e proporzionalità dell'agire pubblico che andava facendosi pressante già nella seconda metà del XVIII secolo e definiva un tratto qualificante del concetto "formale" di *Rechtsstaat*». Infatti se già «nel principio di proporzionalità (...) si manifestano la tensione verso la limitazione del potere statale contro interventi ingiustificati e "inutili" nei confronti della libertà individuale e l'esigenza che il potere statale sia sempre misurato e delimitato in via preventiva», è solo con la teorizzazione del principio di sussidiarietà che «il potere autoritativo pubblico cess[a] di essere un dato indimostrato e quasi metafisicamente fondato e rest[a] invece assoggettato all'onere di provare la propria necessità»[\[10\]](#).

Ulteriore sintomo della filosofia sociale governativa improntata a un'antropologia positiva si ricava esplicitamente dal terzo comma dell'art. 41, nel testo proposto dal disegno di legge in commento: «La legge si conforma ai principi di fiducia e leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni ed i cittadini prevedendo di norma controlli successivi».

In sintesi: se la modifica del testo dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione, è nel senso di rendere direttamente operativo il principio in base al quale «il ricorso alla regolazione pubblica non dipende da una scelta arbitraria dei pubblici poteri ma deve trovare giustificazione nella sua necessità, previa commisurazione dei suoi costi e dei suoi benefici»[\[11\]](#), il disegno politico riformatore del Governo è completo: mentre il principio di sussidiarietà ha come destinatario il potere legislativo e ha lo scopo di limitare la sua discrezionalità politica, il principio della norma generale esclusiva, come meglio si vedrà nel paragrafo successivo, ha come destinatario il potere giudiziario e ha lo scopo di limitare la sua discrezionalità interpretativa, costringendolo al ricorso all'argomento *a contrario*.

Non è possibile approfondire in questa sede gli aspetti teorici che stanno sullo sfondo delle questioni qui solo accennate, ma l'assai impegnativo riferimento dei nostri Ministri a un'antropologia positiva, sulla quale si fonderebbero le politiche dell'attuale maggioranza, contrapposta a un'antropologia negativa, che affonderebbe le sue radici nella filosofia politica hobbesiana, suscita qualche perplessità.

Si tratta in realtà di un tema molto difficile, e, forse, del tema centrale della teoria politica intorno al quale ruotano le due grandi tradizioni del pensiero occidentale: quelle, per così dire, conflittualistica e solidaristica, di cui si fanno portavoce rispettivamente Trasimaco e Socrate nel primo libro della Repubblica di Platone[\[12\]](#).

Il quesito di fondo è sempre il medesimo: «gli uomini sono istintivamente, nativamente, originariamente, "amici" o "nemici"? E, conseguentemente, la solidarietà è un fatto originario, che nasce dall'amicizia; oppure un fatto derivato, che nasce dall'ostilità reciproca per effetto di un rudimentale istinto di sopravvivenza che spinge a non assolutizzare prima, e a regolare e controllare poi, gli atteggiamenti di ostilità in modo da garantire la sopravvivenza del gruppo e, alla fine, degli stessi individui? (...) si tratta di sapere se questi atteggiamenti di solidarietà siano originari, e per così dire "fontali", oppure semplicemente derivati. Nella prima ipotesi la solidarietà sarebbe un elemento costitutivo, essenziale e ineliminabile di ogni gruppo umano; nella seconda ipotesi sarebbe semplicemente un correttivo e un graduale "aggiustamento" rispetto a una realtà caratterizzata da una conflittualità nativa e inespugnabile, esasperata e indomabile, alla quale sarebbe possibile solo porre limiti e freni per impedire l'estinzione della specie umana e specificamente del gruppo all'interno del quale si sprigionano queste spinte conflittuali (...). In [questa] prospettiva gli uomini sono essenzialmente e strutturalmente nemici, anche se per sopravvivere devono in qualche modo costruire strutture formali di solidarietà; nell'[altra] prospettiva gli uomini sono essenzialmente amici, anche se continuamente assoggettati alla tentazione della conflittualità, e dunque costretti a elaborare meccanismi di controllo e di governo della stessa conflittualità»[\[13\]](#).

Non sembra così importante allora sciogliere il dilemma rispetto alla questione della originaria amicizia o inimicizia fra gli uomini: ciò che conta sembra piuttosto essere la fiducia che alcune teorie, compresa quella hobbesiana, riconoscono nella capacità dell'uomo – capacità spontanea, per coloro per i quali l'uomo è nativamente buono, capacità riflessiva, per coloro per i quali l'uomo è nativamente cattivo – di costituire un ordine buono (naturale o artificiale). Lo sbrigativo riferimento dei nostri Ministri alla filosofia politica hobbesiana come alla radice di tutti i mali dell'epoca presente, in quanto fondatrice di una «antropologia negativa» non ha alcun fondamento: se c'è un pensatore politico che invece fonda la propria teoria su un'antropologia positiva e ottimistica questo è proprio Hobbes, solo con il quale si può dire teoricamente chiuso il Medioevo, e solo con il quale si può dire per la prima volta teorizzato il potere politico in senso moderno[14]. Hobbes ha una tal fiducia nella ragione dell'uomo da considerarla in grado di imitare l'opera di Dio: «La NATURA (l'arte con la quale Dio ha fatto e governa il mondo) è imitata dall'arte dell'uomo, come in molte altre cose, così anche in questo, nel poter fare un animale artificiale»[15].

Il riferimento all'antropologia positiva da parte dei nostri Ministri sembra invece evocare qualcos'altro, di molto più profondo, che ha a che vedere con ciò che alcuni psicanalisti, per i quali, secondo l'insegnamento freudiano, non vi è soluzione di continuità tra psicologia individuale e psicologia sociale[16], hanno definito come la mutazione, in senso tecnico, che il legame sociale avrebbe subito nell'epoca ipermoderna nella quale ci troviamo a vivere. Secondo quella che è stata inaugurata come la «nuova economica psichica», questa mutazione del legame sociale consisterebbe nel passaggio da una cultura fondata sulla rimozione dei desideri, sulla nevrosi, a un'altra che raccomanda, al contrario, la loro libera e illimitata espressione, fino a promuovere ciò che nel linguaggio della psicanalisi viene indicato come perversione: «la grande filosofia morale di oggi consiste nel fatto che ogni essere umano dovrebbe trovare nel suo ambiente ciò di cui soddisfarsi, pienamente. E, se così non succede, è uno scandalo, un deficit, un dolo, un danno. Così, dal momento in cui qualcuno esprime una qualsiasi rivendicazione, ha il legittimo diritto – e la legislazione, se è in difetto, viene rapidamente modificata – di veder soddisfatta la sua rivendicazione (...). E questo lo si nota in tutti i campi (...). Perché, del resto, non dovremmo avere il diritto di trovare nel nostro ambiente ciò che può soddisfarci, quali che siano i costumi? Se una coppia omosessuale desidera sposarsi, a che titolo opporsi? Se un transessuale chiede di cambiare identità, a quale autorità fare riferimento per rifiutarlo? O se una sessantenne vuole avere un bambino, in nome di cosa respingerla? Nella situazione attuale, non appena c'è un'aspettativa di questo genere essa diviene legittima, e diviene legittimo che trovi soddisfazione»[17]. In altri termini, di fronte a sempre nuove possibilità di godimento, impera sempre la domanda: perché no?

Tutta la storia del pensiero occidentale ci ha insegnato che la bontà (naturale o artificiale) dell'ordine costituito risiede, al contrario, proprio nell'accettazione da parte degli uomini di limiti alla loro libertà naturale. In fondo, la civilizzazione non è nient'altro che la disposizione degli uomini al sacrificio di una parte del desiderio, al contenimento delle loro passioni sfrenate (e il contrattualismo, compreso quello hobbesiano, è la versione razionale di tale civilizzazione).

Se nel linguaggio della psicanalisi, l'«interdizione simbolica» è espressione che nel discorso sul complesso edipico sta a indicare come virtuoso il distacco dalla Cosa materna, simbolo della Cosa immediata del godimento, affermare che «il nostro tempo è il tempo del collasso del simbolico e dell'evaporazione del padre significa affermare che c'è una difficoltà sempre maggiore a fare esistere il carattere virtuoso dell'interdizione simbolica; significa considerare che la promessa di (falsa) salvezza offerta dal discorso del capitalista enfatizza (incestuosamente) proprio la Cosa come prossimità, dunque il godimento immediato come strutturalmente antisublimatorio, cioè completamente schiacciato sul consumo immediato dell'oggetto a portata di mano, di bocca, di corpo»[18].

Al contrario la convivenza civile si può fondare solo sull'alleanza tra Legge e desiderio, tra limite e soddisfazione, che consiste nella «rinuncia a soddisfare le pulsioni primitive di voracità, aggressività, distruzione dell'altro. L'opera di civilizzazione consiste nel contenimento della paranoia umana.



un'operazione immane e sempre in parte incompiuta»[\[19\]](#).

Legge e desiderio, dunque, in una tensione reciproca. Ma l'epoca attuale sembra caratterizzata dal rifiuto totale della prima, dalla cancellazione del limite, a favore di un godimento immediato e sfrenato. A fronte delle pretese rivendicate oggi da individui e gruppi, non resta che la domanda: perché no? Sulla base di quale Legge possiamo limitare la soddisfazione delle loro pretese? Non possiamo esprimere giudizi su alcun tipo di godimento, anche se si tratta del godimento delle tossicomanie.

Ebbene, l'insofferenza per la Legge, qualsiasi legge, sembra aleggiare sullo sfondo dei discorsi che accompagnano le retoriche dei diritti e che bene esprimono questa nuova economia psichica, comprese le retoriche sulla necessità di liberare l'impresa dai troppi ostacoli che limitano il godimento pieno dei propri frutti: in fondo, perché no?

### 3. Le implicazioni che deriverebbero dalla costituzionalizzazione della norma generale esclusiva

Come abbiamo anticipato, non tutti gli ordinamenti giuridici prevedono espressamente una norma di chiusura in forza della quale ogni possibile condotta risulterebbe giuridicamente qualificata, poiché o ricade sotto la disciplina di una norma particolare espressa che la vieta o, in mancanza, ricade sotto la disciplina della norma generale che la permette. E poiché un tale principio non può considerarsi implicito in qualsivoglia ordinamento, esso deve essere considerato un principio solo contingente e non necessario, valido solo in alcuni ordinamenti giuridici e/o solo in alcuni settori del diritto. Nel nostro ordinamento, per esempio, è sicuramente valido nell'ambito del diritto penale, in forza degli artt. 25, secondo comma, della Costituzione, e 1 del Codice penale[\[20\]](#).

Le implicazioni che derivano dal riconoscimento espresso del principio della norma generale esclusiva sono molteplici. Si pensi per esempio, sul piano delle fonti del diritto, alla conseguenza secondo la quale tutto ciò che non è vietato da una determinata fonte sarebbe, da quella medesima fonte, qualificato come permesso, sicché non potrebbe essere legittimamente vietato da una fonte inferiore.

Tuttavia l'implicazione che qui s'intende mettere in luce riguarda l'applicazione giurisdizionale del diritto: infatti il riconoscimento espresso della norma generale esclusiva si tradurrebbe nell'obbligo rivolto ai giudici di impiegare, sempre e comunque, l'argomento *a contrario*.

In tutti gli ordinamenti e/o settori del diritto nei quali non vige espressamente una norma generale esclusiva, infatti, spetta all'interprete decidere se, a fronte di una condotta non disciplinata da una norma particolare, si debba applicare la norma generale esclusiva o, all'opposto, la norma generale inclusiva, che consente di far ricorso all'argomento *a simili*: «mentre norma generale esclusiva è quella norma che regola tutti i casi non compresi nella norma particolare, ma li regola in modo opposto; la caratteristica della norma generale inclusiva è di regolare i casi non compresi nella norma particolare, ma simili a questi, in modo identico. Di fronte ad una lacuna, se applichiamo la norma generale esclusiva, il caso non regolato sarà risolto in modo opposto a quello regolato; se applichiamo la norma generale inclusiva, il caso non regolato sarà risolto in modo identico a quello regolato. Come si vede, le conseguenze dell'applicazione dell'una o dell'altra norma generale sono ben diverse, anzi sono opposte. E l'applicazione dell'una o dell'altra norma dipende dal risultato dell'indagine sul fatto se il caso non regolato sia o no simile a quello regolato. Ma l'ordinamento, in genere, non ci dice nulla sulle condizioni in base alle quali due casi possano essere considerati simili. La decisione sulla somiglianza dei casi spetta all'interprete. E quindi spetta all'interprete la decisione se in caso di lacuna egli debba applicare la norma generale esclusiva, e quindi escludere il caso non previsto, oppure applicare la norma generale inclusiva, e quindi includere il caso non previsto nella disciplina del caso previsto. Nel primo caso si dice che adopera l'*argumentum a contrario*, nel secondo, l'*argumentum a simili*»[\[21\]](#).

La previsione espressa della norma generale esclusiva avrebbe dunque l'effetto di impedire all'interprete

di applicare la norma generale inclusiva, anche laddove dovesse ravvisare una somiglianza tra casi disciplinati e casi non disciplinati espressamente da norme particolari. Non solo. Tale previsione si tradurrebbe in una forte gerarchizzazione degli argomenti interpretativi, poiché impedirebbe (o ridurrebbe fortemente la possibilità) di ricorrere a tutti gli altri canoni che la cultura giuridica ha riconosciuto da tempo come propri dell'attività interpretativa.

Tuttavia tali conclusioni sembrano in palese contraddizione con alcune caratteristiche proprie dell'ordinamento costituzionale, sia nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere che la norma generale esclusiva debba vincolare l'interpretazione di una disposizione di legge alla luce di una disposizione costituzionale sia nell'ipotesi in cui l'interpretazione abbia quest'ultima come oggetto.

Nel primo caso, infatti, la decisione di far ricorso alla norma generale esclusiva – applicando l'argomento *a contrario* – oppure alla norma generale inclusiva – applicando l'argomento *a simili* – deve essere *orientata*, in un ordinamento a costituzione rigida, dalla costituzione stessa, secondo la nota tecnica della “interpretazione conforme”<sup>[22]</sup>. Se è vero che nell'ordinamento attualmente vigente non esistono meta-norme che prescrivano un criterio di scelta tra argomento *a simili* e argomento *a contrario*<sup>[23]</sup>, è altresì vero che l'interpretazione non può non essere guidata dal nucleo delle scelte che caratterizzano la costituzione, le cui disposizioni espresse spesso con formule dal contenuto fortemente sottodeterminato, hanno proprio lo scopo di indicare la *direzione* verso la quale deve muovere l'interpretazione. Ne deriva che non sempre il ricorso all'argomento *a contrario* risponde alle esigenze dell'interpretazione conforme a costituzione.

Nel secondo caso, l'ipotesi dell'obbligo di ricorrere alla norma generale esclusiva per interpretare le disposizioni costituzionali stesse, finisce per assegnare un ruolo recessivo alla costituzione stessa: le sue prescrizioni dovrebbero essere considerate solo come delle eccezioni rispetto alla norma fondamentale generale e negativa. Tali conclusioni contrastano di nuovo con l'idea che le disposizioni costituzionali, anche quando non disciplinano espressamente delle fattispecie, dettano comunque «principi, schemi, disegni “limite”», come se fossero accompagnate da una norma generale inclusiva che verrebbe ad assumere nel diritto costituzionale un carattere del tutto peculiare rispetto agli altri rami dell'ordinamento: se in questi ultimi «i procedimenti analogici riescono ad estrarre dall'ordinamento vigente la norma mancante, che direttamente disciplina la materia altrimenti non regolata, nel diritto costituzionale (pur potendosi in teoria verificare ipotesi del genere), l'applicazione del procedimento in oggetto non potrà – più frequentemente – che fornire il criterio per valutare le discipline diversamente prodotte o emerse, e non porterà ad individuare immediatamente la norma di merito. Non si tratta, dunque, di un'applicazione vera e propria dell'*argumentum a simili*. L'autonomia del processo di produzione delle norme integrative, come norme non presupposte né implicite né ricavabili da quelle costituzionali, rimane. E' solo limitata dall'obbligo di non violazione di principi, schemi, disegni “limite”. La disciplina del caso non previsto non è individuata con l'*argumentum a simili*, ma è sottoposta a criteri di legittimità ricavati dalla disciplina dei casi previsti»<sup>[24]</sup>.

Del resto è la natura stessa delle disposizioni costituzionali di principio a essere incompatibile con la vigenza della norma generale esclusiva: i principi costituzionali necessitano di attuazione politica attraverso procedimenti di bilanciamento soggetti al controllo di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.

A tal proposito, è stato detto che la disposizione attualmente prevista nell'art. 41 della Costituzione se, da un lato, non ha sinora impedito alcuna legge di semplificazione, dall'altro, tuttavia, «nessuna legge di complicazione ha mai potuto essere dichiarata incostituzionale in forza del testo attuale»<sup>[25]</sup>.

Tale osservazione non è propriamente esatta. In forza anche dell'art. 41 della Costituzione la Corte costituzionale ha in numerose occasioni dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni legislative che, operando bilanciamenti tra principi costituzionali, limitavano *eccessivamente* la libertà

d'impresa[26], ovvero ha dichiarato la non fondatezza della questione d'illegittimità costituzionale quando si lamentava la violazione di un diritto costituzionale concorrente con le esigenze sottese all'art. 41[27].

1. Conclusioni: l'attualità della costituzione attraverso la sedimentazione dei suoi significati  
Si vuol dire, in estrema sintesi, che non si può continuare a difendere la costituzione, e a proclamarne la perdurante validità, insistendo sull'innocenza del suo testo a fronte dei tentativi di modifica: secondo la «lezione di Leopoldo Elia», l'atteggiamento del giurista di fronte ai problemi politici concreti dovrebbe essere quello di partire dalla costituzione scritta e, attraverso un'opera di «politica costituzionale», da un lato, sostenere le ragioni storiche di fondo, le lunghe e travagliate matrici di pensiero, che hanno portato alla attuale costituzione, e, dall'altro, valorizzare gli affinamenti concettuali e la chiarificazione delle tecniche che hanno accompagnato questa vicenda, al fine di mantenere le condizioni culturali che ne consentono l'esistenza e la validità[28]. Insomma, credo che l'attualità della costituzione dipenda non (solo) dalla sua formulazione, ma (anche) dal suo "uso".

[1] Così M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli Editore, Milano, 1982, p. 10, al quale si rinvia altresì per l'analisi delle critiche di merito alla disciplina costituzionale e dei suoi inadempimenti.

Sui giudizi espressi in merito alla disciplina prevista nell'art. 41 della Costituzione si vedano AA. VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, R. Patron, Bologna, 1969, e, in particolare, il saggio di D. Farias, *Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti tra stato e diritto*, pp. 148 ss. (dove è riportata la critica di B. Croce, per il quale gli autori della Costituzione «non vi perseguivano un medesimo fine pratico»).

Sulla necessità di fondare la difesa dell'attuale disciplina prevista nell'art. 41 della Costituzione sui suoi significati sostanziali stratificatisi e consolidatisi storicamente e culturalmente, anziché sulla sua "innocenza", ossia sulla irrilevanza della sua formulazione testuale rispetto al tema della ritenuta ipertrofia legislativa che ostacolerebbe l'esercizio di attività imprenditoriali, sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto, *L'innocenza della Costituzione e la sua difesa minima: in margine al dibattito sulla proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) (15/07/2010).

Sulla "innocenza" della costituzione, e, dunque, sulla natura meramente pretestuosa delle iniziative di riforma costituzionale relative all'art. 41 della Costituzione, si vedano, ancora di recente, L. Cuocolo, *Art. 41 Cost.: tanto rumore per nulla*, in [www.ilricostituente.it](http://www.ilricostituente.it) (31 gennaio 2011); V. Onida, *Lotteria delle riforme: esce il 41*, in *Il Sole 24 Ore* (8 febbraio 2011); M. Ainis, *La Carta non è un terno al lotto*, in *Il Sole 24 Ore* (10 febbraio 2011); S. Mangiameli, *Art. 41-97-118: non bastano i numeri per fare le riforme*, in [www.ilsussidiario.net](http://www.ilsussidiario.net) (10 febbraio 2011); P. Rescigno, *Se il centrodestra gioca con la Costituzione*, in *La Repubblica* (17 febbraio 2011).

[2] Il testo dell'art. 41 proposto dal disegno di revisione costituzionale prevede poi: «2. Non possono svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, con gli altri principi fondamentali della Costituzione o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. 3. La legge si conforma ai principi di fiducia e leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni ed i cittadini prevedendo di norma controlli successivi».

[3] N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, pp. 149-150 (il quale cita il teorico del principio della norma generale esclusiva: E. Zitelmann, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903,



secondo il quale «[a]lla base di ogni norma particolare, che sanziona un'azione con una pena o con l'obbligo al risarcimento dei danni, o attribuendo qualsiasi altra conseguenza giuridica, sta sempre come sottintesa ed inespressa una norma fondamentale generale e negativa, secondo cui, prescindendo da questi particolari casi, tutte le altre azioni rimangono esenti da pena o da risarcimento: ogni norma positiva, con cui venga attribuita una pena od un risarcimento è in questo senso un'eccezione di quella norma fondamentale generale e negativa. Donde segue: nel caso che manchi una tale positiva eccezione non vi è lacuna, perché il giudice può sempre, applicando quella norma generale e negativa, riconoscere che l'effetto giuridico in questione non è intervenuto, o che non è sorto il diritto alla pena o l'obbligo al risarcimento»).

In Italia sulla norma generale esclusiva si veda altresì D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società Editrice Libreria, Milano, 1910, spec., pp. 36-37.

[4] Sull'art. 41 in particolare si veda ancora M. Ainis, *La Carta non è un terno al lotto*, cit., il quale, rispetto alla proposta d'introdurre la norma generale esclusiva, osserva: «Sarebbe d'accordo anche la gatta che ci ronfa sotto i piedi, ma la domanda è un'altra: e perché, sinora come funzionava? Avevamo oppure no il permesso di lavarci i denti, dato che nessuna legge ce lo vieta?». Come è evidente, le implicazioni giuridiche della costituzionalizzazione della norma generale esclusiva sono ben altre!

[5] Proposta di legge C. 4292 presentata il 18 aprile 2011 dal deputato Ceroni: "Modifica dell'art. 1 della Costituzione, concernente la centralità del Parlamento nel sistema istituzionale della Repubblica".

[6] Così M. Ainis, *La plastica istituzionale*, in *Corriere della Sera* (21 aprile 2011).

[7] G. Tremonti, *Liberalizzare: le troppo leggi sono la tirannia da abbattere. Risposta a Piero Ostellino*, in *www.corriere.it* (11 gennaio 2011).

[8] M. Sacconi, "Più Società, meno Stato": *l'esperienza del dono nella tradizione italiana*. Relazione tenuta a Rimini il 23 agosto 2010 al Meeting per l'amicizia fra i popoli 2010 (in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it)). Peraltro il Ministro Sacconi ha sostenuto che questa «antropologia positiva» sarebbe altresì alla base dell'*Agenda bioetica* del Governo in carica, e fonderebbe pertanto le sue posizioni sostenute nelle materie eticamente sensibili. Sul punto si veda altresì M. Sacconi, Intervento al Convegno *Primum Vivere. L'Agenda bioetica del Governo*, tenutosi a Roma il 21 settembre 2010 (in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it)).

Di una antropologia positiva come fondamento della proposta governativa in commento ha parlato anche L. Antonini, *Rinascere da un nuovo 41*, in *Il Sole 24 Ore* (11 febbraio 2011).

[9] Così la già citata Relazione Illustrativa del Governo. Nella formulazione proposta il testo dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione risulterebbe nei seguenti termini: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni garantiscono e favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

[10] Così G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 3, 21, 22.

Insiste sul legame tra la proposta di modifica dell'art. 41 e quella di modifica dell'art. 118, in particolare, G. De Minico, *Cambiare gli articoli 41 e 118 vuol dire annullare lo Stato*, in *Il Riformista* (22 febbraio 2011).

Sulla molteplicità degli impieghi della formula lessicale *principio di sussidiarietà*, sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003.

[11] Così C. Pinelli, *Le regole sulla qualità della legislazione e il principio di sussidiarietà*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2000, p. 70.

Ne costituirebbe un risvolto applicativo il principio secondo il quale il ricorso alla sanzione penale deve essere sempre considerato quale ultima *ratio*: v., a mero titolo esemplificativo, le sentt. n. 189 del 1987 (che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 3 della legge 24 giugno 1929 n. 1085, nella parte in cui sanzionano penalmente la violazione del divieto d'esposizione in pubblico di bandiere estere senza previa autorizzazione delle autorità politiche locali, sulla base dell'argomentazione secondo la quale «il ricorso alla sanzione penale appare sproporzionato (...) si palesa manifestamente irrazionale (...); tanto più che (...) permangono inalterate le facoltà ed i poteri che le norme dei rami dell'ordinamento diversi dal penale attribuiscono alle autorità istituzionali dello Stato»); n. 487 del 1989 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, della legge regionale siciliana 15 maggio 1986 n. 26 (Norme integrative della legge regionale 10 agosto 1985 n. 37, relative a "Nuove norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, riordino edilizio e sanatoria delle opere abusive"), sulla base della considerazione che «il principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire, implica, fra l'altro, programmi di politica generale, e criminale in ispecie, nonché giudizi prognostici che soltanto lo Stato può formulare»). V. altresì sentt. n. 299 del 2005 e n. 265 del 2010.

[12] Descrive le due grandi tradizioni, proprio a partire dal dialogo tra Trasimaco e Socrate, R. Dahrendorf, *Elogio di Trasimaco*, in Id., *Uscire dall'utopia*, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 307 ss., il quale, partendo dalla premessa secondo la quale «il dominio razionale dei conflitti sociali è uno dei compiti centrali della politica» (p. 275), afferma che «la causa di Hobbes o di Trasimaco a prima vista non appare molto gradevole. Le loro virtù diventano evidenti solo quando accettiamo l'idea che le istituzioni non sono tanto monumenti del consenso quanto bastioni contro la malvagità degli uomini. Tutte le teorie politiche basate sulla coercizione poggiano sull'ipotesi che l'uomo viva per sempre in un mondo di incertezza; poiché nessuno è in condizioni di dare risposte giuste a tutte le domande, bisogna proteggersi dalla tirannia delle risposte false; e una delle sue versioni è la stagnazione dello *status quo*. Le istituzioni con le loro regole, devono facilitare il mutamento e il conflitto, e quindi anche l'opposizione tra autorità e resistenza. Non esiste alcuna ricetta per la struttura di queste istituzioni, nemmeno in campo politico. Perciò è possibile che un giorno arriveremo a scoprire che i parlamenti, le elezioni e gli altri elementi del tradizionale macchinario democratico della politica non sono l'unica risposta possibile al problema permanente della sincerità. Ma in ogni caso tali istituzioni dovrebbero permettere i conflitti; dovrebbero servire al controllo del potere e al suo mascheramento attraverso l'ideologia del consenso, e dovrebbero permettere il mutamento anche nell'intricato mondo di una complessa società moderna» (pp. 332-333).

[13] Così G. Campanini, *Il fondamento della solidarietà*, in *Aggiornamenti sociali*, 1998, pp. 904 e 906.

[14] Come noto, Hobbes muove dall'esercizio di un esperimento di pensiero con il quale si tenta di azzerare sia l'esperienza storica, nella quale gli uomini vivono guerre e conflitti, sia la tradizione antica del pensiero filosofico, che non è giunta a verità certe. La nozione fondamentale di "stato di natura" non svolge ovviamente la funzione di descrivere la vera natura dell'uomo, né il processo storico di formazione degli stati. Essa indica piuttosto quella che sarebbe la condizione dell'uomo al di fuori della società civile: «In tale condizione non c'è posto per l'industria, perché il frutto di essa è incerto, e per conseguenza non v'è cultura della terra, né navigazione, né uso dei prodotti che si possono importare per mare, né comodi edifici, né macchine per muovere e trasportare cose che richiedono molta forza, né conoscenza della faccia della terra, né calcolo del tempo, né arti, né lettere, né società e, quel che è peggio di tutto, v'è continuo timore e pericolo di morte violenta, e la vita dell'uomo è solitaria, misera, sgradevole, brutale e breve» (T. Hobbes, *Leviathan* (1651), trad. it. di G. Micheli, *Leviatano*, La Nuova Italia editrice, Firenze, 1976, cap. XIII, p. 120). Scopo dell'esperimento di pensiero è quello di obbligare

la ragione a uscire dallo stato di natura per dare luogo alla società civile.

[15] *Ibidem*, Introduzione, p. 5.

[16] «la psicologia individuale è al tempo stesso, fin dall'inizio, psicologia sociale» (S. Freud, *Psicologia delle masse e analisi dell'io*, in *Opere*, Bollati Boringhieri, Torino, 1980, p. 261).

[17] Così C. Melman, *L'Homme sans gravité. Jouir à tout prix*, Éditions Denoël, 2002, trad. it., *L'uomo senza gravità. Conversazioni con Jean-Pierre Lebrun*, Bruno Mondadori, Milano, 2010, p. 24; del medesimo A. v. *La nouvelle économie psychique. La façon de penser et de jouir aujourd'hui*, érès, Toulouse, 2009. In argomento M. Dogliani, *Introduzione* a T. Mann, *La legge*, Baldini & Castoldi, Milano, 1997 e Id., *La condizione delle persone. Cittadini*, in corso di pubblicazione in *Questione Giustizia*.

[18] M. Recalcati, *Cosa resta del padre? La paternità nell'epoca ipermoderna*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2011, p. 57, nota 2. Del medesimo A. v. altresì *L'uomo senza inconscio. Figure della nuova clinica psicoanalitica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2010.

[19] M. Fiumanò, *L'inconscio è il sociale. Desiderio e godimento nella contemporaneità*, Bruno Mondadori, Milano, 2010, p. 119.

[20] R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 179-180. L'A. chiarisce, infatti, che la dottrina della norma generale esclusiva come norma valida (ancorché implicita) in qualsivoglia ordinamento, ossia la dottrina della norma generale esclusiva come verità necessaria, non può sostenere – come necessariamente vero – che tutto ciò che non è vietato è permesso per la ragione che “vietato” e “permesso” sono concetti interdefinibili: “permesso” significa “non vietato” e, dunque, tutto ciò che è non-vietato è permesso. Questo modo di ragionare, scrive l'A., «ha il torto di non distinguere tra due significati che il termine “permesso” può assumere in un discorso descrittivo di norme (...). (a) In senso forte, una condotta si dice “permessa” allorché esiste una norma giuridica che, appunto, la qualifica permessa (ad esempio, una norma costituzionale che conferisce un diritto di libertà). (b) In senso debole, una condotta si dice “permessa” allorché semplicemente non esiste alcuna norma giuridica che la qualifichi come vietata. Palesemente, si tratta di due situazioni assai diverse. Nel senso forte della parola, “permesso” denota il contenuto di una norma giuridica, mentre, nel senso debole, “permesso” allude piuttosto all'assenza di una norma. Ne segue che una condotta non-vietata è sì “permessa”, ma solo in senso debole. E ciò significa precisamente non già che vi sia una norma che qualifichi permessa quella condotta, bensì, all'opposto, che *manca* una norma che la qualifichi vietata. E la mancanza di una norma costituisce appunto una lacuna. Per conseguenza, la cosiddetta norma generale esclusiva non è affatto una verità necessaria, ma più semplicemente un principio giuridico contingente, eventuale, insomma un principio che è positivamente stabilito solo in alcuni ordinamenti giuridici e/o solo in alcuni settori del diritto, mentre non vale in altri ordinamenti e/o in altri settori» (p. 180, nota 18).

[21] N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 152-153.

[22] In argomento, tra i molti, si vedano almeno A. Anzon, *Il giudice “a quo” e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1998, pp. 1082 ss.; G. Sorrenti, *L'interpretazione adeguatrice della legge: fondamento, natura e implicazioni di una pratica dei giudici e della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002; Id., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006; M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale. Nell'esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 903 ss.; M. Luciani, *Le funzioni*

sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a", in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (2007); R. Romboli, *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, in P. Carnevale – C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive: a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 89 ss.; M. D'Amico – B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino, 2009; E. Lamarque, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) (2009); A. Ruggeri, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto comunitario*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) (2010); AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Giuffrè, Milano, 2010; AA. VV., *L'interpretazione conforme*, in *Giur. It.*, 2010, pp. 1961 ss.

[23] Come sostenuto da R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 180.

[24] M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, cit., pp. 89-90.

Giunge alle medesime conclusioni A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 90-91, secondo il quale, se è vero che gli enunciati della costituzione, quando contengono regole, si limitano a disciplinare solo singoli aspetti della situazione giuridica soggettiva proclamata, lasciando, per il resto, spazio alle altre fonti, «ciò però non implica che siffatto "spazio residuo" refluisca nel "costituzionalmente irrilevante". La predeterminazione di tali "spazi residui" da parte della singola disposizione costituzionale consente infatti al valore sotteso alla disposizione costituzionale di indicare all'interprete la via da seguire ovvero consente, in un'ottica giuspositivistica, al principio (in senso stretto) desumibile dalla "regola" di impostare correttamente i problemi che sorgono in quello che si è chiamato lo "spazio residuo"».

[25] L. Antonini, *Rinascere da un nuovo 41*, cit., e G. Tremonti, *Liberalizzare: le troppo leggi sono la tirannia da abbattere*, cit.

[26] A titolo esemplificativo, si vedano, a tal proposito, le sentenze n. 225 del 1974 (che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 166, 168, n. 5, 178 e 251 del r. d. 27 febbraio 1936 n. 645 (Approvazione del codice postale e delle telecomunicazioni), e degli artt. 1, 183 e 195 del d. P. R. 29 marzo 1973 n. 156 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni), nella parte relativa ai servizi di radiotelevisone circolare a mezzo di onde elettromagnetiche, sulla base della considerazione che «può ammettersi che l'impianto e l'esercizio di siffatti ripetitori debbano essere sottoposti ad una disciplina legislativa in considerazione della salvaguardia di pubblici interessi. Ma è anche vero che la tutela di questi ultimi può realizzarsi con un regime di autorizzazione, non esige certo l'esclusione del diritto del singolo»); n. 226 del 1974 (che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 183 e 195 del d. P. R. 29 marzo 1973 n. 156 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni), nelle parti relative ai servizi di televisione via cavo, dal momento che il regime di monopolio pubblico ivi previsto è considerato dalla corte mezzo eccedente rispetto ai fini di utilità generale sottesi alla materia di cui si tratta, che dunque comprime in modo eccessivo la libertà d'iniziativa economica privata: «all'uopo, pertanto, potrà stabilirsi che sia l'installazione sia l'esercizio siano subordinati ad autorizzazione amministrativa, da rilasciarsi ove sussistano le condizioni previste dalla legge»); n. 20 del 1978 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, primo comma, del r. d. 29 giugno 1939 n. 1127 (Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali), nella parte in cui vieta di brevettare i medicinali e i processi diretti a produrli: tra gli interessi costituzionalmente rilevanti nella materia di cui si tratta, la corte ritiene che sia stata eccessivamente sacrificata la componente della ricerca scientifica e tecnica nell'ambito dell'industria farmaceutica, mentre «il coordinamento di [tutti] i



fattori (...) deve risultare equilibrato, non sacrificandosi dunque in misura grave nessuno di essi». Ne consegue una «sproporzione tra il mezzo prescelto (divieto di brevettazione) e la possibilità di soddisfare [l']interesse [generale] con mezzi più rispettosi del principio di eguaglianza (...). ...la precitata norma viola il combinato disposto degli artt. 3 e 41, Cost.»); n. 231 del 1985 (che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 40, primo comma, e 44, secondo comma, della legge 14 aprile 1975 n. 103, concernente il divieto assoluto, posto alle imprese di ripetizione, di diffondere via etere i messaggi pubblicitari commerciali irradiati, con i loro programmi, dalle emittenti estere, sulla base della considerazione che tale divieto «appare mezzo incongruo e sproporzionato per eccesso e perciò illegittimo per contrasto con l'art. 41, secondo comma, Cost.»); n. 153 del 1987 (che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, primo comma, della legge 14 aprile 1975 n. 103, nella parte in cui non prevede che le trasmissioni di programmi destinati alla diffusione circolare verso l'estero possano essere effettuate anche in regime di autorizzazione, anziché di monopolio pubblico, sulla base della considerazione che tale regime appare «pienamente idoneo» e «pienamente soddisfattivo» a sopperire alle esigenze di rilievo pubblico sottese); n. 1030 del 1988 (che dichiara l'illegittimità costituzionale di una di una serie di norme previste dal d. P. R. 29 marzo 1973 n. 156 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni), nella parte in cui prevede l'assoggettamento a concessione, anziché ad autorizzazione, degli apparecchi radioelettrici ricetrasmittenti di debole potenza di tipo portatile, sulla base della considerazione che il regime concessorio «comporta ingiustificatamente il riconoscimento alla P. A. di eccessivi spazi di discrezionalità (...) circa le condizioni, limiti ed obblighi cui la concessione può essere in concreto subordinata (...). A soddisfare [le] esigenze [di rilievo pubblico] è (...) logicamente sufficiente un regime autorizzatorio (...). Limitatamente agli apparecchi in questione, l'utilizzazione del regime concessorio si appalesa, in definitiva, mezzo eccedente rispetto al fine di assicurare un appropriato bilanciamento tra gli interessi di rilievo costituzionale che in tale particolare materia sono in gioco»).

[27] Cfr., a titolo esemplificativo, la sentenza n. 325 del 1996 (che dichiara la non fondatezza della questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 33, quinto comma, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge quadro per l'assistenza, integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), il quale riconosce al lavoratore dipendente la possibilità di chiedere (e di ottenere) il trasferimento in altra sede di lavoro per soddisfare il diritto all'assistenza di un congiunto disabile con lui convivente, nella quale la corte costituzionale sembra accogliere in sostanza le argomentazioni della difesa del datore di lavoro che, a fronte della prospettata incostituzionalità della norma oggetto che discriminerebbe tra l'ipotesi espressamente considerata e quella nella quale difetti il requisito della convivenza in atto tra lavoratore e disabile, sostiene che ragionevolmente «il legislatore ha voluto salvaguardare le situazioni in atto, valutando i risvolti sociali, tanto da limitare il diritto del datore di lavoro all'autorganizzazione dell'impresa, anch'esso costituzionalmente rilevante (art. 41 della Costituzione)»).

Per quanto non condivisibile nel merito la decisione della corte, secondo la quale «seguendo l'impostazione del giudice a quo, si rischia di dare alla norma un rilievo eccessivo, perché non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare, sì che il legislatore ha, con la legge quadro n. 104, ragionevolmente previsto – quale misura aggiuntiva – la salvaguardia dell'assistenza in atto, accettata dal disabile, al fine di evitare rotture traumatiche, e dannose, della convivenza», essa rappresenta tuttavia un esempio di utilizzo dell'art. 41 della Costituzione quale parametro per salvare una disciplina nella quale le esigenze dell'impresa hanno “pesato” molto nel giudizio della corte sul bilanciamento politico.

[28] M. Dogliani, *La lezione di Leopoldo Elia: l'uso non autoritativo della Costituzione*, in Id. (a cura di), *La lezione di Leopoldo Elia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. X.