

Di contratti e convenzioni costituzionali, ma anche di loro giustiziabilità

di

Agatino Cariola *

SOMMARIO: 1. Convenzioni e contratti costituzionali – 2. Le convenzioni di sistema e l'ordine politico italiano - 3. Le convenzioni quali espressioni di libertà o di potere? – 4. La giustiziabilità delle convenzioni

1. *Convenzioni e contratti costituzionali*

Le vicende politiche vedono riapparire con frequenza – o solo riemergere dalla storia – la figura del contratto. In Germania a seguito delle elezioni del 24 settembre 2017 e del risultato che non consentiva a nessuno dei due partiti di governare da solo, la CDU di Angela Merkel, unita alla CSU, e la SPD di Martin Schulz hanno sottoscritto un contratto di coalizione per la formazione del governo e la sua attività ¹. In Italia le elezioni del 4 marzo 2018 hanno visto per ognuna delle coalizioni che si sono presentate al voto l'impossibilità di formare da sole il governo. Si è proceduto dapprima ad un singolare lavoro per individuare le convergenze tra i programmi di due partiti, Movimento 5 Stelle e Lega, che pure si erano presentati in maniera distinta alla competizione elettorale ²; successivamente si è addirittura firmato il Contratto per il governo del cambiamento ³, sulla cui base si è proceduto alla formazione dell'esecutivo, dando finalmente avvio alla legislatura, sebbene la successiva esperienza politica abbia visto il naufragio di quell'esperienza, senza nemmeno tanti rimpianti, nel senso che né le forze politiche né la stessa stampa hanno richiamato nel

* Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Catania.

¹ *Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, dedicato a Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land.*

² G. della Cananea e altri, *Le convergenze tra i programmi delle forze politiche: prime indicazioni*, 20 aprile 2018.

³ Reso noto in versione definitiva il 18 maggio 2018 e firmato dai leader di Lega e Movimento 5 Stelle.

momento di crisi dell'accordo politico le vicende dell'anno precedente. Inoltre, nessuno si è immaginato di fare applicazione del meccanismo di risoluzione delle controversie lì previsto ⁴.

Epperò, deve constatarsi che la figura del contratto – ad iniziare dallo stesso termine utilizzato – è entrata appieno nelle dinamiche istituzionali. Tutto ciò rimette in primo piano la nozione di convenzioni costituzionali.

L'espressione – come è noto – riprende la terminologia inglese di *conventions of the constitution*, sulle quali si basa il sistema politico del Regno Unito, e che indica gli accordi che intervengono tra i titolari degli organi supremi per risolvere le questioni relative alla concreta applicazione di norme costituzionali e/o legislative in materia costituzionale ⁵. Invero, non si è mancato di notare che il contenuto delle convenzioni potrebbe essere molto più ampio e riguardare non solo l'attuazione di norme preesistenti, quasi a completarne l'oggetto, ma in maniera molto più "libera" creare regole di comportamento per i soggetti sovrani, a prescindere dalle norme giuridiche vigenti ⁶.

Nelle elaborazioni dottrinali prevale comunque la considerazione che le convenzioni siano per così dire accessorie rispetto alle norme costituzionali e legislative, le quali sarebbero una sorta di *prius* rispetto al *posterius* delle regole di formazione appunto convenzionale ⁷. Non a caso si è rilevato che queste ultime «sono regole che

⁴ Sulla formazione del primo governo Conte cfr. i diversi contributi raccolti in A. Morelli, a cura di, *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, 2018; A. Ruggeri, *La intricata vicenda del Governo Conte*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2018; lo stesso A. si è poi occupato della fine di quell'esperienza in *La crisi del I Governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudodemocrazia del web*, in *Consultaonline*, 2019, 385 ss. Su tali svolgimenti politici alla luce della ricostruzione offerta da A. Ruggeri, v. A. Saitta, *Evoluzione strutturale del Consiglio dei ministri e le più recenti prassi.*, *Rileggendo "il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana" di Antonio Ruggeri*, in *Diritti fondamentali*, 16 novembre 2020.

⁵ Così la definizione che ne ha dato V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano, Le fonti normative*, Padova, 1978, 152. sul tema v. la compiuta trattazione di M. Cavino, *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, Torino, 2010, 45 ss., assegna alle convenzioni natura di atti normativi sulla base del rilievo assegnato alla volontà consapevole dei soggetti titolari di potere di porre in essere una condotta, 49.

⁶ G.U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, 17.

⁷ È in fondo l'impostazione di M. Cavino, *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, cit., 52 ss., che dà spazio alle consuetudini e convenzioni interpretative e integrative, in derivazione dalla Carta costituzionale, e limita la portata di strappi costituzionali.

presuppongono comunque la esistenza di norme legali, e cioè quel minimo di norme che individuano le autorità sovrane e dettano i requisiti di validità giuridica dei loro atti»⁸. In fondo si è sempre ripresa la qualificazione di Dicey secondo cui convenzionali sono quelle «*rules for determining the mode in which the discretionary powers of the Crown (or the Ministers as servants of the Crown) ought be exercised*»⁹; lo stesso autore indicava lo scopo di tali regole nell'assicurare «*that Parliament, or the Cabinet which is indirectly appointed to the will of that power which in modern England is the true political sovereign of the State – the majority of the electors or (to use popular though not quite accurate language) the nation*»¹⁰. La notazione non è senza motivo giacché tali definizioni muovono dalla premessa che funzionino i sistemi procedurali di designazione dei titolari del potere politico, ad iniziare da quelli elettorali, e quindi i titolari della decisione politica siano legittimati alla stregua delle regole esistenti. La riflessione giuridica interviene *ex post* su un ordinamento già costituito.

Eppure, ciò non è affatto scontato. In altri termini, ci si dovrebbe interrogare sull'estensione della nozione di convenzioni e se effettivamente le stesse intervengano solo dopo l'instaurazione di un ordinamento e siano per definizione sempre e necessariamente *secundum ordinem*. Allorquando, ad esempio, si è notato con efficacia che, per quanto attinenti all'esercizio di poteri previsti dalla Costituzione, le regole convenzionali non possono considerarsi implicite nella Costituzione e nei suoi principi, e che talvolta si fondono su prassi corrispondenti ad ipotesi diverse da quelle previste nelle norme costituzionali, anche se non contrarie¹¹, si è ampliato l'ambito di riferimento per guardare al concreto funzionamento di un sistema politico, cioè a dire alla forma di governo nel concreto svolgimento. Così, ad esempio, l'attenzione è stata rivolta all'intesa *ad excludendum*, praticata nell'Italia e nella Francia degli anni sessanta dello scorso secolo, «*in base alla quale uno o più partiti sono considerati al di fuori dell'area utilizzabile per il sostegno parlamentare ad un Gabinetto*»¹².

⁸ G.U. Rescigno, *Le convenzioni*, cit., 18, e v. anche 23-24, per i richiami alla letteratura anglosassone.

⁹ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885; qui dalla X edizione, London, 1961, 422 s.

¹⁰ Id., 429.

¹¹ L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 639 s.

¹² Sempre L. Elia, *op. cit.*, 655, il quale continuava con la notazione che «*possono darsi ipotesi nelle quali essa [la conventio ad excludendum] corrisponde ad un'effettiva posizione antisistema dei partiti*

A questo punto la considerazione va rivolta a tutti quei fatti che «spiegano» il funzionamento di un ordinamento, siano prodotti di un vero e proprio accordo tra titolari di poteri politici, oppure solo decisioni assunte unilateralmente ma alle quali non segue efficacia reazione da parte di altri. Può trattarsi di singole intese adottate per far fronte ad un evento determinato, oppure di soluzioni ricercate perché facciano precedente per le vicende future. Come si è anticipato, tra i fenomeni convenzionali rientrano ad eguale titolo sia veri e propri accordi, sia iniziative unilaterali «non osteggiate»¹³ in maniera efficace. Ed in questa sub specie possono considerarsi sia ipotesi di «usurpazione di un potere» da parte di un organo a danni di altri¹⁴, sia quelle nelle quali l'utilizzo di un potere ovvero di un pezzo di potere altrui si fonda alla stregua del criterio di collaborazione tra gli organi costituzionali¹⁵. Vi sarebbe, insomma, uno spazio in cui al principio di separazione/specializzazione dei poteri e delle competenze si affianca quello (che potremmo definire) della disponibilità delle attribuzioni in capo ai rispettivi (e temporanei) titolari, di modo che questi ultimi potrebbero quasi decidere sulla loro estensione¹⁶. Esclusività delle competenze e loro disponibilità (specialmente nei campi più esterni e quasi periferici) coesistono ed in

*esclusi e quindi rappresenta un modo di applicare i principi costituzionali; in altre circostanze cresce (e non sembra un giuoco di parole) l'elemento "convenzionale" ed in qualche misura arbitrario di una simile esclusione. Certo è che tale intesa "ad escludendum" assume il carattere di una vera e propria regola del giuoco, vincolante tutti gli operatori costituzionali». Sul modo in cui in Italia si è svolta la dinamica politica tra i partiti che avevano condotto la lotta di resistenza contro il fascismo, B. Caravita, *Prime osservazioni (alla luce della giurisprudenza costituzionale) circa la presenza di una «riserva» dell'autonomia collettiva nell'art. 39 Cost.*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 131.*

¹³ Secondo la definizione di C. Esposito, *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 470,

¹⁴ G. Zagrebelsky, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970, 199.

¹⁵ L. Arcidiacono, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*, Milano, 1974, 160, cui si deve la notazione che la collaborazione avrebbe la funzione di mediare il potere di un soggetto nei confronti di un altro, «rendendone cioè reciprocamente disponibili le competenze». Nel pensiero di quell'A. l'osservazione era riferita all'assetto amministrativo, ma essa è suscettibile di applicazione assolutamente generalizzata anche riguardo i rapporti tra gli organi costituzionali di governo.

¹⁶ Invero, la logica del conflitto di attribuzione risponde a siffatta dinamica, tanto è vero che spesso la sua proposizione è giustificata al fine di evitare menomazioni alla sfera di attribuzione che potrebbero avere effetti sull'integrità della medesima sfera, così ad esempio la sollevazione del conflitto da parte del Presidente della Repubblica contro la Procura di Palermo, deciso da Corte costituzionale n. 1/2013.

questo spazio stanno varie occasioni di accordo ¹⁷. Del resto, l'istanza garantista a fondamento della teoria della separazione dei poteri è assai forte in relazione alla funzione giurisdizionale (ed al riguardo non vi dovrebbero essere compromessi), mentre si stempera a proposito di attività normative ed amministrative, specie se esse sono collocate a diversi livelli di governo. Che nei rapporti tra Stato regioni ed autonomie locali vi sia una logica negoziale è ammesso e persino auspicato dai sostenitori del regionalismo cooperativo e di quello procedimentalizzato ¹⁸; non mancano le sedi di concertazione ad iniziare dalla Conferenza Stato-regioni. Ma la logica contrattuale finisce per essere propria di ogni vicenda che vede protagonisti soggetti politici.

Potrebbe dirsi che – come nelle relazioni tra privati accanto al vero e proprio accordo negoziale vi è da considerare il rapporto che si instaura anche in via di fatto e che arriva alla valorizzazione della cd responsabilità da contatto sociale – nelle dinamiche costituzionali sono da considerare i rapporti tra gli organi politici per come si svolgono a seguito di decisioni concordate ovvero solo di iniziative pervenute ad esito per la mancanza di efficaci reazioni.

2. *Le convenzioni di sistema e l'ordine politico italiano*

Del resto, che il diritto – e quello costituzionale in specie - nasca da accordi è esperienza antica se solo si ricordano le carte medioevali; la stessa Dichiarazione di indipendenza americana del 4 luglio 1776 presuppone che a fondamento del legame politico («*political bands*») vi sia il consenso dei governati, inteso spesso in una chiave che rimanda all'autonomia privata ed alle sue dinamiche appunto negoziali.

¹⁷ Un accordo consolidato per l'esercizio nel tempo delle rispettive attribuzioni e che potrebbe essere anche di colpo superato o contestato per iniziativa di uno dei soggetti interessati: è il caso della concessione della grazia e della spettanza del relativo potere al Governo e, concretamente, al Ministro ovvero al Capo dello Stato, e su cui Corte costituzionale n. 200/2006 ha innescato un processo di riorganizzazione che ha trasferito appunto presso la Presidenza della Repubblica la trattazione delle pratiche di concessione della grazia, in netta contrapposizione rispetto al passato. Insomma, anche la spettanza di un potere come quello di grazia può essere oggetto di convenzione/accordo tra le parti, destinato a mutare per il dissenso giustificato di uno dei soggetti che intende riappropriarsi per intero della sfera di attribuzione siccome assegnata dalla Costituzione ma anche conformata in concreto dalla legislazione di attuazione. La vicenda è esaminata anche da M. Cavino, *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, cit., 55.

¹⁸ Cfr. A. Cariola, *Lo statuto siciliano alla prova di un regionalismo in divenire*, in www.issirfa.it, settembre 2017.

È vero che in tal modo la nozione di convenzione si estende a tanti fatti e comprende sia ipotesi in cui risaltano i profili di correttezza e/o galateo istituzionale (ad esempio, le dimissioni del Governo dopo l'elezione del Presidente della Repubblica, diffusamente definite meramente formali); sia fattispecie in cui prevale l'efficacia integrativa di norme costituzionali che non indicano appieno la procedura da seguire (ad esempio le consultazioni del Presidente della Repubblica per la formazione del Governo o per lo scioglimento delle Camere; il coinvolgimento di tutti i soggetti che interverrebbero in occasione di impedimento permanente del Capo dello Stato già nella fase di verifica di tale presupposto, come avvenuto nel 1964 per il Presidente Segni); sia le vicende che si pongono a fondamento del medesimo ordinamento.

Sono queste ultime senza dubbio le ipotesi più interessanti.

Non può infatti trascurarsi che la Repubblica italiana è nata dal cd patto di Salerno che nel 1944 permise l'accordo tra il Re ed i partiti del CLN per risolvere la cd questione istituzionale e che comportò il ritirarsi di Vittorio Emanuele III dalla scena politica, l'ingresso dei partiti antifascisti nel Governo e la devoluzione della scelta tra monarchia e repubblica ad un'assemblea costituente, secondo quanto poi formalmente riportato nel d.lgs.lgt. 25 giugno 1944, n. 151. Ora, quell'accordo segnò la reciproca legittimazione dei partiti antifascisti attorno ad alcuni valori che avrebbero dovuto ispirare la Costituzione da adottare e che, concretamente, hanno caratterizzato la vita della cd prima Repubblica, non tanto sino alle trasformazioni della legislazione elettorale, quanto sino all'apparizione ed all'affermazione di forze politiche estranee a quella fase storica.

Per quanto il patto di Salerno fosse indotto dalla situazione particolare e, quindi, per definizione avrebbe dovuto essere insuscettibile di integrare un precedente, non è da sottovalutarsi che lo stesso ha segnato gli svolgimenti politici successivi, soprattutto allorché si è reso opportuno intervenire in sua modifica "trasferendo" la decisione sulla scelta istituzionale dall'assemblea costituente direttamente al corpo elettorale, dando vita al referendum del 2 giugno 1946, con il d.lgs.lgt.16 marzo 1946, n. 98. In fondo, quell'accordo – *id est* la partecipazione ad esso – è stato il criterio di riconoscimento dei soggetti politici legittimati a dare voce alla Costituzione, riconosciuti competenti ad intervenire validamente sull'impianto originario della Costituzione e, quindi, a poter addirittura discriminare tra modificazioni lecite ovvero

eversive della stessa ¹⁹. Più in generale esso ha proiettato la sua efficacia sulle dinamiche politiche successive, sia per mantenere i rapporti tra quei partiti anche dopo la «rottura» del 1947 dell'unità ciellenistica ²⁰, di modo che la stessa *conventio ad excludendum* è, per così dire, una costola di quell'accordo, una sorta di sua «correzione»; sia per dare forte sostegno valoriale all'esperienza del consociativismo, una volta smussata la preoccupazione di rivolgimenti eversivi dell'ordinamento costituzionale. Per utilizzare un gioco di parole, potrebbe dirsi che il patto di Salerno – o forse anche la mera ricostruzione valoriale attorno quel fatto – seppure non ripetibile, abbia espresso un'indubbia stabilità sul sistema politico italiano ²¹, sino a segnare la riforma dei regolamenti parlamentari nel 1970.

Del resto, come intendere la decisione assunta dal 1976 e sino al 1994 di assegnare la presidenza della Camera dei deputati ad un esponente del partito di opposizione se non come ancora un riflesso dell'accordo del 1944 tra gli eredi dei soggetti politici i quali si riconoscevano in quei patrimoni culturali e che per questo almeno riguardo alcuni rapporti si «fidavano»? In fondo, la convenzione di nominare presidenti delle Camere esponenti dei partiti di maggioranza e di opposizione ha predisposto addirittura gli strumenti di preservazione del regime consociativo ²², oltre che ispirare la legislazione di quegli anni, ad iniziare da quella sulle autorità di garanzia ed indipendenti ²³.

¹⁹ Per questa notazione A. Cariola, *La «tradizione» costituzionale: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in *Sull'interpretazione costituzionale ed altri saggi*, Torino, 2015, 10 s.

²⁰ Riprendo ancora da B. Caravita, *Prime osservazioni*, cit., 131.

²¹ Utilizzo qui le notazioni di G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, 263.

²² Su tale convenzione v. anche M. Cavino, *Consuetudini e convenzioni costituzionali*, cit., 50.

²³ Infatti, i membri di talune autorità sono designati dai presidenti delle assemblee parlamentari: art. 10 l. n. 117/1988 sul Consiglio di presidenza della Corte dei conti; art. 10 l. n. 287/1990 sull'Autorità Antitrust; art. 12 l. n. 146/1990, sulla Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Si tratta di una vera e propria scorciatoia istituzionale per eludere l'applicazione dell'art. 55 Cost. nel senso che una razionale disciplina di queste autorità avrebbe dovuto prevedere che la nomina parlamentare provenisse dalle Camere in seduta congiunta *ad instar* dell'elezione dei giudici costituzionali (art. 135) e dei membri laici del CSM (art. 104). Nel regime consociativo la nomina ad opera dei presidenti d'assemblea assolveva la funzione di un comodo surrogato per addivenire a scelte condivise dai partiti, senza incidere sul testo della Costituzione formale. Sull'argomento già A. Ciancio, *Riforma elettorale e ruolo garantistico del Presidente di Assemblea parlamentare: un modello in crisi*, in *Diritto e società*, 1996.

Certo l'innovazione elettorale del 1993 ha modificato quei presupposti. Oggi il sistema istituzionale è alla ricerca affannosa di regole capaci di assicurare stabilità²⁴ da valere sul piano culturale del comune *ethos* pubblico, prima ancora che su quello prettamente giuridico formale.

Ad esempio, le *große Koalitionen* non sono certo una esclusività italiana e l'esperienza tedesca riportata all'inizio ne è un esempio. Eppure, le vicende italiane di governi tecnici, del Presidente, di larghe intese, ecc., (specie le volte in cui vi si è fatto ricorso in funzione polemica rispetto alla capacità di una forza politica di assumere da sola ruoli di governo, e quindi astraendo dai risultati elettorali) risultano essere anche per la loro frequenza una peculiarità nazionale, in fondo erede di quell'accordo originario che si proietta sulla legittimazione dei partiti²⁵, e spiega molti circuiti della decisione politica (e talvolta della distribuzione delle risorse).

Ciò che si vuole intendere è che tutti tali fatti non sono per nulla esterni alla considerazione di diritto costituzionale, anzi ne sono parte assolutamente integrante.

3. Le convenzioni quali espressioni di libertà o di potere?

Molte convenzioni costituzionali – quelle per così dire di sistema – sono allora una sorta di *præius* rispetto al medesimo diritto posto in maniera formale e nel quale si muovono; e si comprende lo sforzo di considerarle ed addirittura di ipotizzarne la giustiziabilità, secondo quanto ancora si noterà *sub* 4. L'impianto costituzionale non potrebbe nemmeno essere conosciuto in assenza del contesto nel quale sono assunte le decisioni, molte delle quali appunto su base convenzionale nell'accezione ampia che si è indicata.

Il fatto è che le stesse convenzioni si pongono al punto di snodo di varie dinamiche. La prima è che – per modo di dire – esse proceduralizzano l'esercizio del potere, sia quello originario che dà luogo alla formazione di un ordinamento (il vero e proprio potere costituente), sia quello che si muove all'interno di una data cornice e che per questo risulta in parte pre-regolato e pre-definito (potere costituito). Già Max Weber aveva posto l'attenzione sul fatto che «ogni potere cerca ... di suscitare e di coltivare la fede nella

²⁴ Ancora G. Zagrebelsky, *Manuale*, cit., 263.

²⁵ Sull'esperienza dei cd governi tecnici, del Presidente, ecc., cfr. ora G.A. Ferro, *La «neutralità» contingente e il suo custode. Contributo allo studio del ruolo del capo dello Stato nella formazione dei «governi tecnici»: l'esperienza costituzionale italiana*, Catania, 2018.

propria legittimità», e che tra i presupposti del potere legale si pone sì un diritto «*statuito razionalmente rispetto al valore o rispetto allo scopo (o a entrambi), mediante pattuizione o imposizione*», ma anche il suo esercizio alla stregua appunto di un procedimento ²⁶ (potrebbe aggiungersi) amministrativo o negoziale. Quest'ultimo assolve, infatti, una funzione di legittimazione quanto mai efficace e non a caso iter procedurali si ritrovano anche nelle forme di potere tradizionale e carismatico, quasi che il «*rito*» assolvano di per sé un ruolo di giustificazione del potere medesimo.

Se a ciò si aggiunge la forza di persuasione che discende dal consenso delle parti, si spiega che il «*contratto*» assume un'efficacia simbolica e normativa particolarmente intensa: un'efficacia che nel campo dei rapporti politici non vale solo per i soggetti parte, quasi a replicare l'art. 1372 cc secondo il quale appunto «*il contratto ha forza di legge tra le parti*» e dove è presupposto che non espliciti rilevanza a carico di terzi, ma che al contrario ha forza normativa per tutti i soggetti dell'ordinamento. Del contratto tipico del diritto civile, la convenzione costituzionale sembra assumere solo la forza evocativa del patto; subito dopo, però, nel campo politico l'accordo realizzato non è più assimilabile al negozio tra privati per la semplice ragione che gli impegni sono assunti non da individui, ma dai titolari di organi costituzionali ²⁷ ovvero da rappresentanti politici per conto delle rispettive forze, e comunque con effetti per l'intero ordinamento.

Le convenzioni, almeno una loro parte, sono dunque i fatti normativi per eccellenza, nel senso che esse sono presupposti o fondamenti dell'esercizio medesimo del potere (in un'accezione, allora, assai lata di fatto normativo che comprende anche Costituzione e leggi espressive di valori "forti" e condivisi dell'ordinamento sociale).

Certo, la convenzione è tanto più «*facile*» da raggiungere e/o da accettare se si mostra coerente con alcuni presupposti già accolti o addirittura di carattere istituzionale.

Così, ad esempio, il *Contratto per il Governo del cambiamento* nel 2018 si poneva in continuità ideale con alcuni tasselli del quadro costituzionale, e per altro verso innovava profondamente il sistema istituzionale. Esempio: che un Governo si formi attorno ad un programma è riconosciuto e richiesto dalla Costituzione che richiede la «*mozione motivata*» per accordare o revocare la fiducia (art. 94) e parla di «*politica*

²⁶ M. Weber, *Economia e società*, 1922, trad. it. Milano 1974, I, 208, 212.

²⁷ G. U. Rescigno, *Le convenzioni*, cit., 116.

generale del Governo» (art. 95). Che al momento della presentazione delle candidature i partiti depositino ufficialmente assieme al leader della forza politica il «programma elettorale» è stato richiesto dalla l. n. 270/2005, formalizzando l'idea che si stipuli un vero e proprio patto tra partiti ed elettori – addirittura con l'intero Paese²⁸; ed è stato confermato dalle più recenti leggi elettorali n. 52/2015 e n. 165/2017. La firma di un patto con gli elettori è, quindi, giustificata da principi piuttosto forti quali la tendenza a dare contenuto alla rappresentanza politica negli ordinamenti contemporanei ed a vincolare pertanto gli eletti in nome della sovranità da riconoscere alle manifestazioni di consenso elettorale ad opera del popolo; ed ancora in nome della responsabilità politica degli eletti. Non vi è estranea la dimensione di spettacolarizzazione delle vicende politiche che è pure oggi la dimensione entro la quale si sviluppano gran parte dei processi decisionali. Da notare che l'una e l'altra tendenza (l'impegno nei confronti degli elettori attorno un programma e la spettacolarizzazione) si accompagnano e conducono pressoché inevitabilmente all'identificazione leaderistica. Epperò, non può essere dimenticato che il carattere «cogente» di tali procedure si scontra con altri istituti costituzionali, quale il potere di scelta del Presidente del Consiglio ad opera del Capo dello Stato ex art. 92 Cost., e soprattutto con il carattere (tradizionalmente definito) compromissorio della democrazia parlamentare che dovrebbe privilegiare le mediazioni che sia in ordine ai programmi come riguardo le persone intervengono appunto nelle Camere²⁹.

Nella vicenda del *Contratto per il Governo del cambiamento* i tasselli istituzionali indicati sono stati comunque «rovesciati» e quasi utilizzati per preparare sul piano tutto mediatico il terreno favorevole alla posizione di regole da parte dei soggetti risultati al momento detentori di potere.

²⁸ Si ricorderà «*Il contratto con gli italiani*», presentato e firmato da Silvio Berlusconi l'8 maggio 2001, poco prima delle elezioni politiche di quell'anno, nel corso della trasmissione televisiva «*Porta a Porta*» condotta da Bruno Vespa.

²⁹ Così, risultava poco consona al regime parlamentare la previsione nel *Contratto per il Governo del cambiamento* che il Comitato di conciliazione decida («*adotterà le opportune decisioni*») sulle opere pubbliche da realizzare ivi non menzionate, cfr. *infra sub* nota 33, sia perché la titolarità della decisione è sempre del Parlamento, se da adottare con legge, oppure del Governo, se da fare con atto di indirizzo; sia perché può risultare compromettere le attribuzioni della dirigenza amministrativa in ordine alla gestione.

La forzatura istituzionale atteneva al fatto che esso associava nell'esecutivo forze politiche che all'elettorato si erano presentate in contrapposizione. Allora il *Contratto* non portava a compimento la logica della responsabilità politica che muove dall'impegno assunto con gli elettori (e con l'intero Paese), ma vi sostituiva la diversa logica del patto tra soggetti forti i quali usano appieno gli strumenti della comunicazione mediatica, apparendo come coloro che per primi si sottoponevano a regole, anche se poco importava la coerenza del contenuto di queste ultime. Non a caso, come si è anticipato all'inizio, la dissoluzione di quell'accordo politico è avvenuta al di là delle regole in esso prescritte e si è riattivata la procedura – altri direbbero: la regolarità – che fa perno sul ruolo del Parlamento.

Nella dinamica espressa dalle convenzioni vi è non tanto l'autonomia dei soggetti politici³⁰, quanto il loro potere talvolta nella dimensione per così dire brutale («*lo faccio perché lo voglio e lo posso*»). Vi sono poi terzi soggetti che sono i destinatari del potere esercitato, ed ai quali la soluzione espressa dalla convenzione risulta alla fine imposta. Può trattarsi di uno o più organi costituzionali; in generale l'intero corpo sociale assiste ad una decisione politica che pure lo riguarda, assunta al di fuori dei procedimenti previsti nella stessa Costituzione. Il fenomeno delle convenzioni costituzionali «*stressa*» - se così può dirsi - l'art. 1 che prevede l'esercizio della sovranità «*nelle forme e nei limiti*» previsti dalla stessa Costituzione. Ora, tale nozione comprende almeno i procedimenti indicati in Costituzione ed ivi regolati nelle linee essenziali. La decisione, specie se di contenuto fondamentale, assunta in un procedimento diverso da quelli disciplinati si pone sulla soglia estrema delle «*forme*» previste dall'art. 1, se non addirittura contro. È certo la «*logica del potere*» che si fa refrattario ad ogni regolamentazione; alla quale si contrappone, però, la caratteristica dello Stato costituzionale che pone limiti al potere o, almeno, tenta di regolamentarne l'esercizio. A rimanere a quest'ultima logica, occorre fare un passo avanti per tentare di rischiarare almeno un poco l'«*aspetto oscuro*» che riguarda le convenzioni costituzionali *ab origine*³¹ ed insistere sulla loro giustiziabilità.

4. La giustiziabilità delle convenzioni

³⁰ G.U. Rescigno, *Le convenzioni*, cit., 18, ma *passim*.

³¹ G. Zagrebelsky, *Manuale*, cit., 263.

Comunemente si afferma che le convenzioni costituzionali non possano essere oggetto di cognizione in sede giurisdizionale, né direttamente né quali parametri interposti di costituzionalità. Esse non sarebbero *justiciables*, almeno finché non si tramutino in vere e proprie consuetudini costituzionali, queste ultime sì di carattere normativo e quindi idonee sia a dare regola ai comportamenti sociali sia ad essere sia oggetto di sindacato di legittimità. Tale impostazione appare legata alla concezione gradualistica delle fonti³², attenta soprattutto ad individuare le fonti ed il loro contenuto. Le convenzioni, allora, «scompaiono» nella sede giurisdizionale: ne offre un significativo esempio la sentenza n. 7/1996 della Corte costituzionale sul caso Mancuso, in cui si affrontò l'ammissibilità della sfiducia individuale al Ministro votata al Senato malgrado l'assenza di alcuna norma al riguardo, e che la Corte risolse appunto alla stregua di consuetudini integrative conformi agli artt. 92, 94 e 95 Cost., quasi a fare applicazione diretta di tali norme piuttosto che di convenzioni parlamentari peraltro riconosciute esistenti³³.

Certo non si esclude che le convenzioni costituzionali siano sanzionabili, ma sul piano delle relazioni tra i soggetti politici³⁴ e, da ultimo, in sede di responsabilità politica degli attori istituzionali nei confronti dell'elettorato.

³² Lo spunto da C. Esposito, *Consuetudine*, cit., 467 ss., ma *passim*.

³³ Infatti, nella sentenza si è scritto che «a disegnare il modello di rapporti sopra indicato concorrono anche le fonti integrative del testo costituzionale. A questo proposito non vengono qui in considerazione tanto le convenzioni parlamentari, che il ricorrente definisce figure non consolidate, quanto piuttosto i regolamenti parlamentari e le prassi applicative, che, nel caso in esame, rappresentano l'inveramento storico di principi contenuti nello schema definito dagli artt. 92, 94 e 95 della Costituzione. In tal senso, e al fine di assicurare alla sfiducia individuale le stesse garanzie procedurali previste dalla Costituzione in via generale per la mozione di sfiducia, va considerata la modifica apportata, nel 1986, dalla Camera dei deputati al proprio regolamento (art. 115), con la quale si è disposto che "alle mozioni con le quali si richiedono le dimissioni di un ministro", si applica la stessa disciplina della mozione di sfiducia al Governo. Quanto al Senato della Repubblica, non si rinviene analoga disposizione nel relativo regolamento, ma gli atti parlamentari testimoniano, nella prassi, il tutt'altro che isolato ricorso al medesimo istituto, con il supporto di conformi pareri della Giunta per il regolamento. A questi elementi - quando siano in armonia con il sistema costituzionale, come nel caso di specie - non può non essere riconosciuto grande significato, perché contribuiscono ad integrare le norme costituzionali scritte e a definire la posizione degli organi costituzionali, alla stregua di principi e regole non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali».

³⁴ Il Contratto per il governo del cambiamento prevede che, «qualora nel corso dell'azione di governo emergano divergenze per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione del presente accordo, le parti si impegnano a discuterne con la massima sollecitudine e nel rispetto dei principi di buona fede e di leale cooperazione. Nel caso in cui le divergenze persistano, verrà convocato il Comitato di conciliazione. ... La

Tale esito risulta alla fine ammettere che nello Stato costituzionale possano esserci spazi in cui l'esercizio del potere è lasciato solo alla «disponibilità» delle parti, sottratto ad ogni controllo esterno. La conclusione, poi, risulta piuttosto legata all'attenzione prevalente data alla giustizia costituzionale e, specificamente, al giudizio sulle leggi: se le convenzioni non sono norme, ovvero presentano un grado di flessibilità tale da essere sempre modificabili dalle parti – appunto «disponibili» - le stesse non possono entrare nel giudizio di legittimità. Anche se un problema di loro rilevanza dovesse porsi nei conflitti di attribuzione, risulta disagevole adottare sulla loro base la *ratio decidendi*.

In realtà, proprio nel campo civilistico si dà attenzione ai comportamenti complessivi delle parti e si presta rilievo agli affidamenti insorti nei terzi: potrebbe dirsi che l'onere di correttezza è divenuto (da criterio di garbo) la principale regola di comportamento, sanzionabile anche su iniziativa dei terzi la cui sfera giuridica risulta lesa. Il diritto comune, poi, presenta il modello delle sentenze di mero accertamento, prive per così dire di sanzione ma che comunque indicano alle parti la condotta giusta da tenere.

Se tali indirizzi trovassero spazio nel campo dei rapporti costituzionali - specie dopo l'iniziativa della Cassazione sulla legislazione elettorale e le conseguenti decisioni della Corte costituzionale ³⁵, le quali hanno esteso l'area del giuridicamente rilevante e riconosciuto la legittimazione ad agire di ogni cittadino: spazi che ovviamente valgono in via generale e non solo per il giudizio sulle leggi – si aprirebbe la via all'ingresso delle convenzioni costituzionali nelle sedi giurisdizionali, sia per saggiarne la conformità a Costituzione, sia per accertare l'eventuale violazione delle stesse ad opera degli originari «*contraenti*» o dei loro «*aventi causa*». Non è detto che ciò si debba realizzare sempre e per tutte le convenzioni: epperò non va nemmeno escluso in via di principio.

Un caso significativo è accaduto negli Usa degli anni '70 dello scorso secolo. In quel Paese la prassi del *pocket veto* si è affermata in via convenzionale, specificamente per

composizione e il funzionamento del Comitato di conciliazione sono demandate ad un accordo tra le parti. Il Comitato, dopo un'attenta analisi e valutazione del rapporto tra costi e benefici, adotterà le opportune decisioni con riferimento alla realizzazione e al completamento delle opere pubbliche di rilievo nazionale non espressamente menzionate nel presente contratto».

³⁵ L'ovvio riferimento è a Cass., n. 12060/2013, che ha sollevato la questione di legittimità della l. n. 270/2005; e poi alle sentenze della Corte costituzionale n. 1/2014 e 35/2017.

L'assenza di adeguate reazioni all'iniziativa del Presidente che non promulga né rinvia la legge al Congresso nei periodi in cui questo non è riunito in sessioni. Nel 1970 il Presidente Nixon approfittò delle vacanze di Natale ed esercitò il *pocket veto* sul *Family Practice of Medicine Act*, una legge che prevedeva risorse per interventi sociali. Nel 1973 il senatore Edward Kennedy agì davanti la Corte del Distretto di Columbia, che comprende la città di Washington, per far affermare che la legge era entrata in vigore malgrado l'assenza di promulgazione presidenziale. La Corte accolse la domanda e ritenne che il *Family Act* fosse diventato legge già il 25 dicembre 1970, obbligando il Presidente a promulgare e pubblicare la legge. La decisione fu confermata in sede di appello ³⁶. Ciò indusse a razionalizzare e finanche a limitare per qualche tempo l'uso del *pocket veto*. Insomma, una convenzione costituzionale – almeno nel senso qui accolto – è stata fatta oggetto di giudizio ed in qualche modo ricondotta a sistema.

La vicenda è assai interessante anche perché mette in evidenza il ruolo dei giudici (che nel nostro ordinamento si indicherebbero quali comuni) al confronto con quello costituzionale. Si vuol dire che l'attenzione al cd tono costituzionale dei conflitti di attribuzione ³⁷ non deve far trascurare che l'area delle controversie ad oggetto costituzionale è molto più ampia della giurisdizione sui conflitti assegnata alla Corte costituzionale, di modo che non può escludersi che di qualche convenzione costituzionale si conosca in un comune giudizio civile o amministrativo o erariale, sia per controllarne la conformità alle regole della Costituzione formale, sia sotto altro versante per richiederne il rispetto, e su iniziativa di una delle parti dell'accordo come di terzi in qualche modo interessati. Proprio lo strumento del contratto, ad esempio, richiama quasi naturalmente l'ipotesi dell'inadempimento e delle relative responsabilità: un esito che allo stato non può essere in astratto escluso, dovendosi semmai di volta in volta vagliarsi la sussistenza dell'interesse a ricorrere alla stregua delle comuni regole di esercizio di un'azione giurisdizionale. L'istituto del conflitto di

³⁶ Si tratta del caso *Kennedy v. Sampson*, deciso da *United States District Court, District of Columbia*, in 364 *F.Supp.* 1075 (1973), e confermato dalla Corte di appello, 167 *U.S.App.D.C.* 192, in 511 *F. 2d* 430. Da notare che Kennedy agì quale «*taxpaying citizen of the United States, the Senior Senator from the Commonwealth of Massachusetts and the Chairman of the Subcommittee on Health of the Committee on Labor and Public Welfare of the United States Senate*». Lo stesso Kennedy illustrò la vicenda in *Congress, the President, and the Pocket Veto*, in 63 *Virginia Law Review* 1977, 355-382.

³⁷ L'espressione è di C. Mezzanotte, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 110 ss.

attribuzioni ha reso giustiziabili vicende che si pensavano escluse dal controllo giurisdizionale e rilasciate solo ai rapporti di forza ovvero agli accordi tra i soggetti politici. D'altra parte, una volta emersa tale possibilità, la stessa ha una portata che supera la sede e lo strumento del giudizio assegnato alla Corte costituzionale, per far sviluppare una tendenza alla giuridicizzazione di molti rapporti che, a questo punto, si presenta quale espressione della dimensione sociale o comunitaria di tali relazioni ed investe tutte le sedi giurisdizionali.

dirittifondamentali.it