

Claudio Luzzati
Introduzione.
Il legislatore argomentante:
sfondi e sottintesi

Preface. The argumentative legislator:
backgrounds and implications

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il declino dell'imperativismo come dato di partenza. – 3. Un nuovo modello (prescrittivo). – 4. Il bene comune davanti al tribunale dell'opinione pubblica. – 5. *In cauda venenum*: norme e ragioni.

1. *Premessa*

Questo libro raccoglie gli atti del convegno “La motivazione delle leggi” tenutosi a Milano il 7 aprile 2017 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”. La discussione era organizzata su un modello ben collaudato: sono state presentate tre relazioni (quelle di Marta Picchi, Daniel Oliver-Lalana e Mariachiara Tallacchini) su cui sono intervenuti i commenti, critici o adesivi, di tre controrelatori (rispettivamente Nicola Lupo, Francesco Ferraro e Silvia Zorzetto). Data la struttura complessa, a più livelli, del libro, non è il caso di sovrapporre alle molte voci che s'intrecciano anche la mia, andando, come talvolta si fa, a spiegare le tesi esposte dagli autori, i quali già si spiegano da sé, o, peggio, a commentare gli altrui commenti. In questa sede, più che chiarire le singole tesi, m'importa

capire *il senso di una discussione* che in altri tempi sarebbe stata impossibile. Vorrei soprattutto indagarne i presupposti impliciti e i quadri concettuali emergenti; insomma: desidero concentrarmi sul non detto, su ciò che i partecipanti all'incontro hanno dato per ovvio o scontato.

2. *Il declino dell'imperativismo come dato di partenza*

Thomas Hobbes si chiedeva retoricamente «di quante ribellioni non è stata causa la dottrina secondo cui spetta ai privati di stabilire se i comandi dei re sono giusti o ingiusti, e prima di obbedire non solo è legittimo, ma necessario, discutere?». E aggiungeva: «Penso che avessero previsto tutto quegli antichi che preferirono celare la scienza della giustizia nelle favole, piuttosto che lasciarla esposta alle dispute. Infatti, prima che si cominciasero a sollevare questioni di tal genere, i principi non dovevano reclamare la potestà suprema, ma la esercitavano senz'altro; e non difendevano il loro potere con argomenti, ma con la punizione dei malvagi e la protezione degli onesti. A loro volta, i cittadini non misuravano la giustizia con i discorsi dei privati, ma con le leggi dello Stato, e non erano mantenuti in pace da discussioni, ma dalla forza del potere»¹. In definitiva, lo sforzo di giustificare le leggi con argomenti, *anche buoni*, per il vecchio imperativismo indebolisce l'efficacia dei comandi. Al contrario, quel che importa è, realisticamente, un sistema funzionante di coazioni; contano le spade (*swords*), non le parole (*words*). Questo, però, è lungi dal comportare una caduta in uno sfrenato irrazionalismo. La razionalità resta semmai confinata all'esterno di ciò che viene voluto dal sovrano. Essa risiede nel calcolo autointeressato dei singoli consociati, dal quale, secondo Hobbes, risulterebbe, com'è noto, che il legalismo è lo strumento migliore per scongiurare l'anarchia².

Quello qui descritto era, nella sua forma più pura, il vecchio modello, poi ereditato dal positivismo ottocentesco. Oggi, però, se una cosa è chiara, questa è che da lunga pezza è in corso un mutamento di paradigma, intendendosi per "paradigma" non solo un programma di ricerca esplicito, ma anche l'insieme delle cose di cui si ritiene superfluo parlare o, anche, i presupposti inavvertiti dei discorsi degli studiosi.

¹ T. HOBBS, *De Cive, Prefazione ai lettori*, ed. it. a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma, 1989, 69-70.

² Cfr. N. BOBBIO, *Da Hobbes a Marx*, Morano, Napoli, 1965.

Il mostruoso Leviatano, il dio mortale dalla potenza irresistibile, è stato macellato e dato in pasto agli *tzaddikim*, ai saggi. L'agile raziocinio, con le sue mille sfaccettature e i suoi dubbi, è penetrato all'interno delle leggi, cercando di mitigare, o addirittura di soppiantare, la volontà inflessibile del sovrano a cui nessuno può resistere.

3. Un nuovo modello (prescrittivo)

Inutile dire che non c'è stata una frattura "rivoluzionaria" chiaramente individuabile, con buona pace di Kuhn. Il paradigma precedente, invece, è andato incontro ad una lenta erosione. Si è passati per una serie di trasformazioni. In particolare, i comandi sono diventati norme e poi ragioni. L'autorità stessa è divenuta un argomento³; più specificamente un argomento che, dato il suo carattere formalistico, non può fungere da fonte di ragioni ultime. L'assolutismo, più o meno illuminato, si è evoluto: prima abbiamo avuto lo stato legislativo di diritto, dove il Parlamento rivestiva ancora un ruolo centrale, poi sono intervenuti intricati processi di costituzionalizzazione e di internazionalizzazione. Così i poteri pubblici e privati sono stati pensati sempre più come sottoponibili, nel loro esercizio, ad un crescente onere di giustificazione e ad uno stringente controllo etico e giuridico-costituzionale.

Con tale processo siamo transitati dall'originario legislatore che non ascolta né fornisce ragioni⁴, all'ideale regolativo, più che al mito, d'un legislatore argomentante⁵, razionale, buono⁶ e "ragionevole".

In altri tempi l'opposizione tra Volontà e Ragione segnava il confine che divideva il territorio del positivismo giuridico dal reame del giusnaturali-

³ Cfr. J. RAZ, *Practical Reasons and Norms* (1975), nuova ed. OUP, Oxford, 1999 e ID., *The Authority of Law*, Clarendon, Oxford, 1979.

⁴ Del resto neppure la necessità di motivare le sentenze è sempre stata pacifica presso gli illuministi. Si veda L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. SCARPELLI (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, in *Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983, 131 ss., specie 135 ss.; T. SAUVEL, *Histoire du jugement motivé*, in LGDJ, Paris, 1955 e M. TITA, *L'eccesso di motivazione. In margine al tema storico delle sentenze ragionate*, in O. ABBAMONTE (ed.), *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della magistratura italiana*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, 155 ss., in part. 156 ss.

⁵ Il titolo della mia premessa è un implicito omaggio a A. SEN, *The Argumentative Indian: Writings on Indian History, Culture and Identity*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2005.

⁶ N. BOBBIO, *Le bon législateur*, in *Logique et analyse*, 14, nn. 53-4 (1971), 243-249.

smo. Si è però dovuto ammettere che entrambi i termini di questa coppia (apparentemente) polare finivano con l'essere problematici e per nulla risolutivi.

Da un lato, ci si è accorti che la volontà del legislatore ha assai poco di empirico. Il legislatore è una metafora. La volontà del legislatore, a sua volta, è una finzione, o un argomento, degli interpreti. E spesso si tratta di un argomento non decisivo, vinto facilmente da altri argomenti. Abbiamo bisogno di attribuire intenzioni comunicative a qualcuno anche allorché non si tratta di discorsi *vis-à-vis*, bensì di testi scritti, che per definizione sono *letti in molti modi differenti nei diversi contesti*. Capita come quando un monco agita il suo arto fantasma. Ad ogni buon conto, l'attribuzione di intenzioni è mutevole, in quanto si ha altresì l'esigenza disperata d'adeguare le norme ricavate dalle disposizioni esistenti al verificarsi di situazioni impreviste e ai mutamenti sociali e culturali. Se ciò non bastasse, l'introduzione di nuove leggi esercita un'influenza *retrospettiva* sul significato delle vecchie. La via maestra per siffatte operazioni di adeguamento senza riforme è il ricorso alla *defeasibility* e alla ponderazione tra principi sovente impliciti e/o generici. La *ratio legis* viene costruita dagli interpreti *a posteriori*: essa spesso prescinde dalle ragioni addotte nel dibattito parlamentare e il più delle volte serve a scardinare con eccezioni non esplicitamente previste una regola chiara e tassativa⁷. Per non parlare dei processi di "costituzionalizzazione", che nel nostro ordinamento sono compendiate dall'interpretazione dell'art. 3 Cost. quale canone di ragionevolezza. Ai significati originari delle disposizioni qui si sostituiscono significati maggiormente in linea con la Costituzione e con la cultura giuridica del momento; non c'è allora da meravigliarsi se il legislatore in tali ipotesi diventa al più un'entità controfattuale.

Dall'altro lato, non è affatto detto che si sia davanti ad una ragione metafisica e che si abbracci il *cognitivismo etico* in una qualche sua forma. In altre parole, non è inevitabile che chi parla di razionalità vada a parare su una concezione oggettivistica dell'etica o sia un fautore del diritto naturale. È ovvio inoltre che i discorsi aventi per oggetto la razionalità o la ragionevolezza, non si propongono necessariamente un modello olimpico o erculeo⁸.

⁷ Cfr. F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, in OUP, Oxford, 1991.

⁸ Cfr. p. es. J. COHEN, *Legisprudence: Problems and agenda*, in *Hofstra Law Review*, 11, (1983), 1163-1183; L.J. WINTGENS (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*, Routledge, London-New York, 2005 e L.J. WINTGENS-A.D. OLIVER-LALANA (eds.), *The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence*, Springer, Dordrecht, 2013.

Qualsiasi tipo di controllo logico o empirico, anche parziale, che si attenga a standard suscettibili di successivi raffinamenti e rivedibili, è degno di considerazione. Già il mero calcolo egoistico dei propri interessi è un modo, forse rozzo ed elementare, ma in fondo rigoroso, di essere razionali. Come lo è la capacità di prestare attenzione ai dati di fatto, ivi comprese le discussioni dottrinali e giurisprudenziali, valutando la realizzabilità nonché i vantaggi e gli svantaggi relativi di una proposta legislativa. Le regole tecniche del *legal drafting* e i principi logici delineano una razionalità strumentale, o *interna*, servono a fare meglio ciò che si sta facendo. D'altronde, vi è anche una giustificazione *esterna*, poiché le finalità politiche possono rispondere ad una maggiore o minore razionalità economica, a vincoli di bilancio, tener presenti in diversa misura certe conoscenze di fondo e certi valori-guida, attuare o disattendere i principi costituzionali, muoversi in modo più o meno rispettoso dei limiti posti dalla Costituzione e dai trattati⁹.

Dunque, anche i redattori delle leggi argomentano in una certa misura, anzi essi in alcuni casi devono far ricorso a competenze raffinate. Non solo producono ragioni, ma devono anche essere "ragionevoli", cioè accessibili alle *altrui* ragioni, evitando come minimo di prendere decisioni che vadano palesemente contro il "buon senso".

Peraltro, occorre avvertire che può anche darsi che le argomentazioni dei redattori legislativi non si traducano in ragionamenti contenuti nei testi di legge (preamboli, enunciazioni dei principi e degli obiettivi perseguiti) o esplicitati nei documenti che li accompagnano (relazioni ministeriali, audizioni delle parti sociali interessate e degli esperti, atti parlamentari); vi sono infatti molti casi in cui l'opportunità di indirizzare gli interpreti lungo un percorso coerente sconsiglia di palesare possibili contrasti¹⁰.

In definitiva, la giustificazione delle leggi corrisponde a un indebolimento del ruolo del Parlamento. Non sono sicuro se la prima causi il secondo o viceversa; comunque su tale correlazione aveva ragione Hobbes. I comandi del legislatore odierno hanno spesso la forza di discutibili consigli, si scivola nel *soft law* e nel diritto mite. Possiamo dolerci o rallegrarci di tale fenomeno. Tuttavia è almeno sicuro che per ammettere la giustificazione delle leggi, o per ritenerla obbligatoria sotto qualche profilo, non si è costretti a convertirsi al giusnaturalismo.

⁹ Cfr. M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011.

¹⁰ Va aggiunto però che, siccome la redazione delle leggi non si riduce mai a un'operazione di mera codifica che attende un'attività inversa di decodifica, l'idea di poter condurre per mano gli interpreti è spesso illusoria, specie quando il legislatore non può intervenire ripetutamente e in modo tempestivo.

D'altra parte, dobbiamo notare che il tema della razionalità legislativa è sollevato in due modi: uno aristocratico e l'altro democratico.

La versione *aristocratica* propone che il legislatore, dovendo affrontare questioni sempre più complesse, sia messo sotto la tutela di determinate categorie di esperti; a volte essa si fonda su affermazioni come questa: «Il legislatore faccia pure ciò che vuole, tanto poi interverranno la giurisprudenza ordinaria e la Corte costituzionale a correggere i profili d'incostituzionalità e a ridare coerenza al sistema»¹¹.

La versione *democratica*, invece, dovrebbe basarsi sul principio di rappresentanza politica, se questo non fosse oggi messo in discussione e non rischiasse di ridursi ad una mera rappresentazione nel senso teatrale della parola; ad ogni modo, va da sé che tale approccio è radicalmente anti-elitario e comporta l'esclusione dell'intervento di tecnici o di pretesi "esperti", in quanto tutti i consiglieri del principe sono visti quali consiglieri interessati, della cui neutralità si può sensatamente dubitare.

4. *Il bene comune davanti al tribunale dell'opinione pubblica*

Sebbene gli ideali aristocratico e democratico si contendano il campo¹²,

¹¹ Spunti in proposito si trovano in M. TROPER, *Lo Stato di diritto, oggi*, in M. BOVERO (ed.), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 106-117. Cfr. anche S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, nuova ed., Mondadori, Milano, 2018 e ID., *Correzioni epistocratiche della democrazia*, pref. a J. BRENNAN, *Contro la democrazia*, Luiss University Press, Roma, 2018. Tra gli aristocratici si dovrebbe includere anche l'ultimo Scarpelli. Un bell'esempio di legge demolita dalla giurisprudenza è la legge 19 febbraio 2004, n. 40, su cui v. E. DOLCINI, *Fecundazione assistita e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008.

¹² La contrapposizione menzionata nel testo non è di oggi. Già TUCIDIDE, nel V libro della *Guerra del Peloponneso*, narra che nel dialogo drammatico con gli ateniesi, i melii avevano voluto che i legati ateniesi parlassero solo ai magistrati e agli strateghi, ma non al popolo, onde evitare che questo si lasciasse persuadere da discorsi ingannevoli. Va aggiunto che, nonostante tali cautele, i melii alla fine vennero tutti ammazzati. Un altro esempio di questa propensione anti-democratica si ritrova in Isaia 36.11, quando Eliakim chiede senza successo agli assiri di parlare in aramaico e non in ebraico, perché altrimenti il popolo sulle mura avrebbe capito quel che dicevano. D'altro canto faccio notare come il voto popolare ormai si stia rivelando più problematico di una volta, sia per le complesse procedure di attribuzione dei seggi sia per il fatto che esso presuppone non solo l'effettiva libertà di espressione, ma anche la capacità dei soggetti attivi di essere informati. In particolare, nell'esercizio degli istituti di democrazia diretta, qual è il *referendum*, se il quesito non evoca dicotomie etico-politiche semplificatorie, come quella tutta italiana tra "laici e cattolici", i cittadini si trovano dinanzi a questioni estremamente complesse, che neppure una persona di media cultura può padroneggiare. In chiave anti-oligarchica, per

è possibile che fra di essi si giunga ad un onorevole compromesso. Ma, in via preliminare, anche al fine di capire la praticabilità dei diversi modelli prescrittivi di discussione pubblica, è essenziale riflettere su ciò che avviene realmente.

Per quanto si possa sperare in un consenso per sovrapposizione, è estremamente improbabile che si riesca a individuare un pacchetto di valori indiscussi, che, nel loro insieme, costituisca “il bene comune”. Questo forse accade anche perché siamo tutti un po’ orfani delle ideologie, che, pur distorcendo i fatti, offrono semplificazioni assai comode, a partire dalle quali, magari confutandole, si può incominciare a ragionare. D’altronde, le identità sono di minor aiuto, essendo plurali e quindi divisive per la loro stessa natura. Dopo tutto, probabilmente è assai più facile intraprendere l’operazione inversa: additare situazioni in cui tutti i giocatori sarebbero perdenti (di qui la grande fortuna del mito della “Repubblica nata dalla Resistenza”, per mezzo del quale si creava un *nemico comune*, il fascismo, avvalorando il c.d. “arco costituzionale”)¹³. Invece di “rincorrere” di continuo successivi miglioramenti, è più agevole muovere dal timore di una situazione totalmente catastrofica (la prigione perfetta da cui non si può evadere del Conte di Montecristo di Calvino) e immaginare come scongiurarla. Ci sono opzioni che vanno così chiaramente *contro* ciò che tutti desiderano, o che sono *di parte*, ingiuste o discriminanti in modo così evidente, che persino il richiamo rituale ad un preteso bene collettivo (e all’uguaglianza) può fungere da freno agli abusi.

Da una prospettiva meta-teorica, credo che ad una teoria esauriente delle ragioni che guidano gli effettivi comportamenti di voto dei deputati non sia consentito di ignorare gli *atteggiamenti strategici* come il manipola-

contro, si cita spesso la frase di Brecht, secondo cui, se la classe dirigente non aveva fiducia nel popolo, allora – visto che s’invertivano le parti – sarebbe stato meglio «che il governo sciogliesse il popolo e ne eleggesse un altro». Trovo questa citazione contemporaneamente in S. CASSESE, *La democrazia*, cit., 9 e 121 e in B. VALLI, *Il popolo bambino e l’asilo planetario*, in *Espresso*, 28 ottobre 2018. La frase compare nella poesia *Die Lösung*, (La soluzione), che risponde a un volantino diffuso dopo la repressione dello sciopero del 17 giugno del 1953 nella DDR, a detta del quale «il popolo s’era giocato la fiducia del governo».

¹³ Questa formula è sempre stata un po’ insulsa e non rispecchia appieno la realtà storica, che vide l’accantonamento della questione istituzionale da parte dei resistenti. Le forze del CLN erano unite soprattutto dal comune avversario. Così partigiano Johnny, ritrovandosi fra i comunisti di Némega, esclama significativamente: «Really, I’m in the wrong sector of the right side» (B. FENOGLIO, *Il libro di Johnny*, a cura di G. Pedullà, Einaudi, Torino, 2015, 264). Ad ogni modo i guai degli italiani sono cominciati proprio quando questo slogan ha perso la sua presa. Ma non ancora del tutto: mi dicono che il numero di soci dell’ANPI è in forte crescita come effetto delle ultime vicende politiche e del referendum costituzionale del 2016.

re l'agenda della discussione¹⁴, l'inserire norme c.d. "intruse"¹⁵, la moltiplicazione degli emendamenti, l'ostruzionismo – talvolta quello paradossale della stessa maggioranza¹⁶ – o il ricorso alla fiducia per evitare i franchi tiratori. D'altronde, i difetti dei testi legislativi, la vaghezza e le ambiguità non volute, sono sovente dovuti o a compromessi o alla circostanza che un miglioramento non risulta più praticabile senza compromettere la tempestiva approvazione dell'atto (si pensi alla conversione dei decreti, ma non solo).

I discorsi parlamentari sono pieni di riferimenti al "bene comune", ma il sospetto di tutti è che le forze politiche cerchino di avvantaggiare i propri sostenitori¹⁷. È su questo vantaggio *di una parte* che va calcolata la razionalità politica? Sarebbe forse razionale un partito che approvasse un sistema elettorale che lo danneggiasse?

Inoltre il diritto, specie quello penale, diventa sempre più *simbolico*¹⁸. Non importa se si riescano a conseguire gli obiettivi che ci si propone di raggiungere, ma quel che soprattutto conta è veicolare determinati "messaggi" alla gente.

Queste sommarie considerazioni ci mostrano quanto sia arduo tracciare una linea che distingua gli argomenti su cui si fonda, o dovrebbe fondarsi, la giustificazione delle leggi, dalla sfera della propaganda¹⁹. Non siamo in grado di tener separati i discorsi politici, fallaci e opportunistici, che hanno lo scopo di convincere gli elettori, dalle argomentazioni tecniche del buon legislatore. C'è un solo mestiere: non esiste una fredda gestione della cosa

¹⁴ Cfr. per tutti W.H. RIKER, *Liberalismo contro populismo. Confronto tra teoria della democrazia e teoria della scelta sociale*, Comunità, Milano, 1996.

¹⁵ Cfr. Corte cost. n. 171/2007, n. 128/2008, n. 355/2010, n. 32/2014, ecc. V. per tutti N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma essenziale, per limitare le patologie della produzione normativa*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, 419-458.

¹⁶ P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il ponte*, 1953.

¹⁷ Nella misura in cui si incomincia a contestare il divieto di mandato imperativo (art. 67 Cost.), simili intenti di beneficiare una parte a spese di tutti gli altri divengono espliciti, se non sfrontati. Alla fin fine desta meraviglia quanta aperta e priva di censure sia la ribalderia della classe politica attuale, mentre in altri tempi di certe cose, che pure si facevano (cfr. per tutti E. ROSSI, *Settimo: non rubare*, Laterza, Bari, 1952, nuova ed. Kaos, Milano, 2002), ancora ci si vergognava. Varrebbe la pena di confrontarsi con M. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

¹⁸ Cfr. S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹⁹ La nozione di propaganda assume anche un rilievo giuridico. Cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *Propaganda religiosa: la libertà silente*, Giappichelli, Torino, 2018.

pubblica secondo criteri tecnici, scissa dalla temperie dei discorsi persuasivi e spesso fallaci di chi si rivolge di continuo alla “sua base”.

Il pericolo di una *démarche* irrazionalistica va tenuto in considerazione in qualsiasi indagine sugli argomenti del legislatore.

Del resto l'idea, una volta di moda, per la quale la mancata rielezione configuri una sorta di responsabilità politica dei parlamentari – p. es. a causa delle inadempienze nell'attuare la Costituzione – si rivela una tesi di molto corto respiro. Del resto, se la *trasparenza* è un elemento centrale di ogni dottrina della democrazia, è quanto mai dubbio che l'opinione pubblica sia in grado di ergersi a tribunale, come avrebbe desiderato Bentham²⁰, tranne, beninteso, che in un senso metaforico.

5. In cauda venenum: *norme e ragioni*

A questo punto potrei tranquillamente congedarmi da questa prefazione. C'è però ancora un risvolto di teoria generale del diritto a cui desidero accennare.

Di solito, almeno se non si è istituzionalisti, si dice che l'ordinamento è un insieme di norme. Una lunga tradizione ha reputato le norme alla stregua di significati che lo scienziato del diritto è chiamato a constatare in modo oggettivo. Com'è ampiamente noto, i teorici più recenti hanno distinto fra le norme e le disposizioni e sostenuto che, ad una medesima stringa di parole, si possono attribuire molti significati diversi. Da tale prospettiva va affermato che i redattori delle leggi *producono solo testi*, nella speranza, fondata o infondata, che i loro discorsi saranno intesi in certi modi e non in altri. Del resto, chiunque prenda la parola cerca «di non essere frainteso». Orbene, le molteplici norme che si ricavano da una medesima disposizione sono considerate quali *ragioni per agire*. Ma queste non sono ragioni ultime: a monte di tali ragioni ve ne saranno *sempre* altre: le

²⁰ V. J. BENTHAM, *Constitutional Code*, a cura di F. Rosen e di J.H. Burns, vol. I, nella edizione critica *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Clarendon, Oxford, 1983. Cfr. F. CUTLER, *Jeremy Bentham and the Public Opinion Tribunal*, in *The Public Opinion Quarterly*, 63, 3 (1999), 321-46, e F. ROSEN, *Jeremy Bentham and the Representative Democracy*, Clarendon, Oxford 1983. Se il tentativo di Bentham è ottimistico, però non va archiviato frettolosamente, poiché ruota su un'idea moderna che era anche di Mandeville e di Adam Smith: che i singoli cittadini devono giudicare partendo dai propri interessi anziché da un presunto bene comune. Per quel che infine concerne la questione connessa della eliminazione del “potere invisibile”, il rinvio d'obbligo è all'ormai classico N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.

ragioni per attribuire ad un testo determinati significati e non altri. A tale proposito sorgono discussioni, per risolvere le quali gli atteggiamenti, la cultura e le opzioni metodologiche dei giuristi acquistano un ruolo fondamentale.

Questo scenario comporta una crisi delle pretese d'oggettività. Le norme non sono mai state "strane entità" indipendenti dalle scelte dei giuristi.

Tuttavia questo non vuol dire che non ci capiamo o che si giudichi caso per caso. Quel che invece accade è che può ancora stabilirsi una *relativa intersoggettività*, se tutti collaborano. Il diritto, invece di essere concepito come una misteriosa piramide, diviene *un insieme di ragioni pubbliche*, in parte condivise e in parte discusse.

In tal senso le ragioni del legislatore (*de iure condendo*) possono ancora integrarsi, o confliggere, con le ragioni (*de iure condito*) dei giuristi interpreti.

Cheché sia, questa è la mia conclusione, un legislatore argomentante corrisponde a una nuova fase della crisi dell'imperativismo incominciata parecchi anni fa con Hart e con i pensatori post-kelseniani. Riusciremo mai a addomesticare il potere politico?

PARTE I

LE RAGIONI DEL “LEGISLATORE”
E LA COSTITUZIONE

PART I

THE REASONS OF THE “LEGISLATOR”
AND THE CONSTITUTION

Marta Picchi

L'obbligo di motivazione delle leggi: le ragioni economico-finanziarie degli interventi legislativi secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale

The obligation to justify the laws: the economic-financial reasons for legislative interventions according to the decisions of the Constitutional Court

Abstract

L'obbligo di motivare le leggi è un tema ricorrente ed è stato analizzato sotto diversi profili, sebbene la dottrina prevalente continui a negarne il fondamento costituzionale. La Corte costituzionale non ha mai affrontato la questione in termini generali: tuttavia, sempre più di frequente, chiede al legislatore di spiegare i motivi delle scelte compiute. L'esame della giurisprudenza costituzionale è perciò utile per capire se, così facendo, la Corte costituzionale stia cercando di instaurare un diverso rapporto con il legislatore.

The obligation to justify laws is a recurring theme and has been analyzed under different profiles, although the prevailing legal literature continues to deny its constitutional foundation. The Constitutional Court has never dealt with this issue in general terms: nevertheless, more and more frequently, it requires the lawgiver to explain the reasons for the choices made. The examination of the decisions of the Constitutional Court is therefore useful to understand if it is trying to establish a different relationship with Parliament.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il dibattito dottrinale sull'inesistenza di un obbligo di motivazione delle leggi. – 3. Il fondamento dell'obbligo di motivazione delle leggi. – 4. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. – 4.1. Le prime caute affermazioni della Corte costituzionale. – 4.2. Le (apparenti) svolte d'inizio secolo. – 4.3. L'insufficienza delle mere petizioni di principio. – 4.4. La motivazione delle leggi e il buon esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione. – 4.5. Le ragioni economico-finanziarie degli interventi legislativi. – 4.5.1. Alcuni punti di partenza. – 4.5.2. Giustificare, provare, motivare. – 4.5.3. Prime riflessioni. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

La motivazione delle leggi è un tema affrontato in alcuni studi del periodo pre-repubblicano¹ e subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione², per poi rimanere sottaciuto, con alcune eccezioni³, per lungo tempo. Dall'inizio di questo secolo ha ricevuto una rinnovata attenzione da parte della dottrina, soprattutto dopo la riforma del Titolo V Cost. In particolare, la problematica è stata affrontata sotto due profili: anzitutto, la motivazione delle leggi, nell'ambito del più ampio dibattito sulla qualità della normazione, è vista come uno strumento per evitare atti normativi scadenti sotto il profilo redazionale, tali da determinare incertezze, disorientamento e, quindi, difficoltà nella comprensione e nella conseguente attuazione, a maggior ragione in un sistema delle fonti caratterizzato da un'augmentata complessità. Invece, l'altro profilo, che riprende gli studi più risalenti, riconduce il tema nell'ambito del rapporto tra politica e diritto.

In ogni caso e nonostante le posizioni della dottrina prevalente, la Corte costituzionale è intervenuta con una pluralità di pronunce che non hanno mai affrontato il problema in termini generali: anzi, il Giudice delle leggi se ne è ben guardato. Nondimeno, la Corte costituzionale – in un numero crescente di pronunce, soprattutto degli ultimi anni – ha sindacato gli atti legislativi per mancanza di un'adeguata motivazione, giungendo anche a delle affermazioni che lasciano intravedere dei percorsi ricostruttivi secondo i quali il problema della motivazione della legge non è indifferente per

¹ V. V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, 415 ss.

² V. C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, 457 ss.

³ V. L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 993 ss.

la Costituzione, nel senso che il legislatore non è lasciato libero di scegliere se motivare o meno in base a proprie valutazioni di opportunità⁴.

Diviene allora utile ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, cercando di capire se gradualmente vi sia, da parte della Corte costituzionale, il tentativo di instaurare un diverso tipo di rapporto con il legislatore in ragione anche di alcune evoluzioni che saranno illustrate e se, in questa prospettiva, la motivazione degli atti legislativi sia uno strumento da non sottovalutare, ancorché spesso ritenuto "scomodo e fastidioso".

2. *Il dibattito dottrinale sull'inesistenza di un obbligo di motivazione delle leggi*

Nel silenzio della Costituzione, la dottrina quasi unanime è rimasta fedele alle ricostruzioni consolidate nel tempo, non affrontando il problema del mutato ruolo della legge e del legislatore dinanzi ad una Costituzione rigida, chiamata a limitare l'esercizio di tutti i poteri politici e, così, anche l'esercizio della sovranità popolare.

Infatti, la dottrina prevalente ritiene del tutto superfluo interrogarsi ancora sull'esistenza di un obbligo di motivazione delle leggi poiché sarebbe ormai un dato acquisito che queste fonti del diritto non devono essere motivate⁵ per tutta una serie di ragioni: le leggi sono atti politici assolutamente liberi nel fine⁶, espressione della volontà dell'organo depositario della sovranità⁷, il Parlamento, che fra l'altro risponde soltanto politicamente dell'attività svolta. L'imposizione di un obbligo di motivazione costituirebbe addirittura uno svilimento dell'autorità dell'Assemblea legislativa⁸.

⁴ È questa, invece, un'ipotesi ricostruttiva suggerita, di recente, da E. CHELI, *Conclusioni*, in A.G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione. Atti del Convegno di Roma, 3 aprile 2014*, Milano, 2015, 140 ss.

⁵ Cfr. G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione (alla luce dell'esperienza statunitense)*, Milano, 1964, 334; C. SALAZAR, *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rass. parl.*, 2/1996, 417 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Oss. cost. AIC*, 9/2015.

⁶ Cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, *passim*.

⁷ Cfr. C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *ID.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 276 ss.

⁸ Cfr. N. IRTI, «L'età della decodificazione» *vent'anni dopo*, Milano, 1999, 211 ss.

Vi sono poi ragioni di opportunità che renderebbero inutile interrogarsi sul problema: anzitutto, difficoltà tecniche⁹ nel fornire una motivazione al prodotto legislativo anche perché gli stessi dibattiti parlamentari e le relazioni illustrative non sempre consentono di individuare i motivi che hanno determinato la scelta legislativa e, in ogni caso, vi è il rischio che, imponendo di esternare la motivazione, quest'ultima non corrisponda a quella sostanziale, acquisendo perciò una valenza puramente autoreferenziale¹⁰. Secondo alcuni Autori, neppure converrebbe porsi il problema perché la «esplicazione del potere legislativo, a ben vedere, costituisce la più pura e libera espressione della rappresentanza democratica e non può soffrire limitazioni, irrigidimenti o complicazioni procedurali [...]. Le leggi si giustificano da sole e non hanno alcun bisogno di dimostrare, esse stesse, la loro bontà»¹¹.

Fra coloro che negano l'esistenza di un obbligo generalizzato di motivazione delle leggi, alcuni Autori individuano delle eccezioni: ossia, ipotesi in cui è opportuno che il legislatore spieghi i motivi della scelta compiuta. Sono i casi delle leggi provvedimento o di deroga alla disciplina generale e delle materie coperte da una riserva di legge di tipo rinforzato¹². Infatti, in tutte queste ipotesi, la legge perde le caratteristiche della generalità ed astrattezza¹³, non è più un atto assolutamente libero nel fine ma semplicemente discrezionale e, dunque, il legislatore dovrebbe spiegare come gli interventi compiuti risultino rispettosi del principio di uguaglianza e dei limiti posti dalle previsioni costituzionali¹⁴.

A queste ipotesi se ne sarebbero aggiunte altre dopo la riforma costituzionale del 2001: secondo una parte della dottrina, per un verso, l'inversione del criterio di ripartizione della potestà legislativa fra Stato e Regioni

⁹N. LUPO, *La questione della "motivazione" delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, in *Iter legis*, 2002, 29 ss., individua i principali problemi tecnico-operativi nella determinazione dei soggetti (tecnici o politici) competenti ad elaborare la motivazione, nella definizione della natura della motivazione e del tipo di vincolo nei confronti degli interpreti, nell'eventuale possibile contrasto tra la motivazione e le disposizioni contenute nel relativo atto normativo.

¹⁰Cfr. S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008, *passim*.

¹¹C. DEODATO, *Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua obbligatorietà*, in *Motivare la legge?*, cit., 46.

¹²Cfr. A. BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968, 79 ss.; M. AINIS-A. RUGGERI, *Contributi con leggi ad associazioni private*, in *Quad. plur.*, 1983, 52 ss.; V. ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, Milano, 1977, 123 ss.

¹³Cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 134 ss.

¹⁴Cfr. F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, 33 ss.

avrebbe privato le leggi statali del carattere di atti liberi nel fine¹⁵ mentre, per un altro verso, l'introduzione del principio di sussidiarietà e degli altri criteri di allocazione delle funzioni amministrative imporrebbe al legislatore, statale e regionale, di dar conto dei motivi che hanno portato a determinate scelte nel conferimento delle funzioni nonché, per il caso della sussidiarietà c.d. orizzontale, di spiegare i margini di spazio lasciati all'autonoma iniziativa dei cittadini nello svolgimento di attività di interesse generale¹⁶.

Infine, vi è una parte della dottrina¹⁷ che non affronta il problema della sussistenza o meno di un obbligo implicito di motivazione delle leggi e che però, nel silenzio della Costituzione, ne suggerisce l'introduzione, in maniera più o meno generalizzata, per ragioni di opportunità, generando così ulteriori problemi nell'individuazione della fonte del diritto più idonea alla sua positivizzazione. In particolare, la motivazione verrebbe intesa come

¹⁵ Cfr. N. LUPO, *La questione*, cit., 29 ss.; B.G. MATTARELLA, *Motivazione (dir. com.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 3749 ss.; A. IANNUZZI, *Motivazione (dir. cost.)*, *ivi*, 3759 ss. In realtà, l'inversione nel criterio di ripartizione non ha diminuito i margini di discrezionalità del legislatore statale nelle materie di spettanza, né ha introdotto il dovere di spiegare le ragioni dell'intervento soltanto a suo carico, basti considerare la giurisprudenza costituzionale che, nel valutare la legittimità costituzionale delle leggi regionali, ha ritenuto che non sia sufficiente la mancata contemplazione di una materia nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost. per poter configurare la competenza residuale regionale (Corte cost., sentt. nn. 255/2004 e 2/2014) oppure tutte quelle pronunce nelle quali la Corte, in presenza di un concorso di materie, statali e regionali, ricorre al criterio della prevalenza (Corte cost., sentt. nn. 370/2003, 50/2005, 166/2014).

¹⁶ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Sulla attuazione del principio di sussidiarietà (note per l'audizione dell'11 dicembre 2006 presso le Commissioni Affari costituzionali congiunte di Camera e Senato)*, in *Rass. Astrid*, 21/2006, 6; G. TARLI BARBIERI, *Le fonti del diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale sugli Statuti regionali*, in *Regioni*, 4/2005, 590 ss.; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009, 116 ss.

¹⁷ Cfr. A. MUSATTI, *Appunti su la causa della legge*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, in *Diritto Pubblico e Storia del Diritto*, Padova, 1950, 140; G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, in *Politico*, 1974, 178 ss.; A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di eguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, 2167; L. VENTURA, *La motivazione tra pronunce della Corte ed atti oggetto del controllo*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale. Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, Torino, 1994, 347 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla c.d. "funzione democratica" della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, *ivi*, 34 ss.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996, 31 ss. e 95 ss.; A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1996/98*, Torino, 1999, 429; M. CARLI, *La qualità della normazione in Italia: un problema di cultura*, in M. RAVERRA (a cura di), *"Buone" regole e democrazia*, Soveria Mannelli, 2007, 194 ss.; M. ANGELONE, *La motivazione delle leggi. Profili funzionali ed implicazioni sistemiche*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010, 119 ss. (spec. 146 ss.).

un ausilio per l'interprete, oltre ad agevolare il controllo costituzionale e a rafforzare la legittimazione democratica del Parlamento attraverso una maggiore trasparenza. In questa prospettiva, non manca chi individui anche una possibile giustificazione a livello costituzionale, quale ulteriore attuazione del principio di sovranità popolare poiché la motivazione assumerebbe la valenza di strumento in grado di ricomporre il dialogo fra i destinatari della regola e l'autorità¹⁸.

3. *Il fondamento dell'obbligo di motivazione delle leggi*

Tutte le ricostruzioni brevemente richiamate non tengono conto del fatto che, in uno Stato di diritto caratterizzato da una Costituzione rigida e garantita, il legislatore incontra limiti insuperabili e quella legislativa non è più un'attività libera nel fine ma un'attività discrezionale poiché le scelte legislative devono pur sempre rispettare il dettato costituzionale e, soprattutto, il principio di ragionevolezza. Né può essere invocata la politicità dell'atto legislativo per escludere l'obbligo di motivazione perché nessun potere può essere considerato libero nei contenuti e nei fini della propria attività¹⁹. Neppure può essere addotta la legittimazione soggettiva del Parlamento, la sua investitura democratica, perché non vi è fungibilità fra legittimazione soggettiva e quella oggettiva e, dunque, non è una spiegazione sufficiente per porre al riparo la legge sotto il profilo della legittimità costituzionale. Nemmeno le difficoltà tecnico-pratiche nel formulare la motivazione dell'atto legislativo, né il rischio di motivazioni puramente formali e non corrispondenti ai reali motivi di intervento del legislatore sono argomentazioni convincenti perché le ragioni pratiche o le possibili degenerazioni non bastano ad escludere l'esistenza di un obbligo implicito derivante direttamente dalla Costituzione: le problematiche operative non posso-

¹⁸ Cfr. C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966, 19 ss.; P. CARETTI, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 5; G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 568 ss.; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, *passim*.

¹⁹ La stessa Corte costituzionale ha avuto modo di precisare nella sent. n. 81/2012 che, pur sussistendo ambiti riservati alla scelta politica, «gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello stato di diritto» (cons. dir. p.to 4.2.).

no inficiare un principio, mentre le possibili patologie dovranno essere arginate con mezzi adeguati.

Per quanto riguarda le eccezioni che renderebbero opportuna, in taluni casi, la motivazione della legge, occorre invece indagare se queste siano davvero dei casi eccezionali oppure se sia possibile un'altra ricostruzione partendo dalla considerazione che la legge, in uno Stato di diritto provvisto di una Costituzione rigida, ha necessariamente perduto un ruolo di supremazia. La legge non deve più essere considerata come mero atto politico, ma occorre tenere distinto il suo profilo politico dalla rilevanza giuridica rispetto alla fonte costituzionale.

Bisogna, allora, marcare il confine tra quanto del contenuto di una legge si pone sul piano della legittimità costituzionale/legalità dell'atto e ciò che concerne il merito della decisione e coinvolge soltanto il profilo della responsabilità politica. È necessario distinguere fra forza del potere decisionale, legittimato dagli istituti rappresentativi, e forza del potere giuridico e relazionare il profilo normativo dell'atto con la fonte condizionante.

Non rileva più la sola legittimazione soggettiva, ma occorre anche quella oggettiva, cioè che venga dato conto della coerenza delle scelte legislative rispetto ai vincoli costituzionali, a maggior ragione in una società con spiccati connotati pluralistici, caratterizzata da molteplici condizionamenti esterni derivanti dall'appartenenza ad organismi sovranazionali e internazionali e dalla rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto in ragione della dimensione mondiale che supera i confini dei singoli Stati, poiché occorre che il legislatore rispetti non solo alcune regole vincolanti, ma che agisca per il perseguimento degli obiettivi prefissati conformemente ai canoni dell'efficienza e dell'efficacia²⁰.

In base a questa diversa prospettiva, gli esempi indicati come eccezioni rispetto all'inesistenza di un obbligo di motivazione sono suscettibili di un'altra ricostruzione: ossia, sono casi in cui la scelta compiuta mette a rischio i principi cardine del nostro sistema costituzionale anche in ragione dei presupposti e limiti richiamati dalle singole previsioni costituzionali e la motivazione costituisce lo strumento attraverso il quale rendere evidenti le ragioni della decisione e la conformità al dettato costituzionale. Aldilà della peculiarità di questi casi, l'esigenza sottostante che si intende perseguire è distinguere fra ciò che rileva sul piano della legittimità costituzionale, pienamente sindacabile, e quanto rileva sul piano del merito ed è quindi

²⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in L. VIOLANTE-F. PIAZZA (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Torino, 2001, 434 ss.

riconducibile nell'ambito della discrezionalità del legislatore: ma questa distinzione deve essere compiuta ogni qualvolta la Corte sia chiamata a sindacare la compatibilità di un atto legislativo rispetto alla Costituzione.

In altre parole, è ricorrente – non solo di alcuni casi specifici – l'esigenza di poter confrontare le ragioni di una scelta legislativa e i suoi contenuti con i parametri costituzionali e la motivazione svolge proprio questa funzione: l'obbligo di motivazione, dunque, si fonda sul principio di legalità costituzionale e sulla rigidità della Costituzione. È perciò una componente sostanziale dell'atto legislativo che non necessariamente dovrà essere compiutamente palesata, ma dovrà almeno essere ricostruibile attraverso gli elementi intrinseci (es.: titolo dell'atto legislativo, contenuto degli articoli, ecc.) o estrinseci (es.: lavori preparatori, relazioni di accompagnamento, ecc.) dello stesso atto legislativo.

Questo significa che la motivazione costituisce uno strumento di importanza centrale soprattutto nel riscontrare quelle forme di abuso del legislatore riconducibili nell'ambito dell'eccesso di potere legislativo²¹ perché, in questi casi, maggiore è la difficoltà nel tenere distinti gli spazi sindacabili da parte della Corte costituzionale rispetto agli ambiti di discrezionalità del legislatore: ossia, tra ciò che può essere ricondotto nell'interpretazione dei parametri costituzionali per sindacare una situazione di incostituzionalità e la valutazione di natura esclusivamente politica in merito all'attuazione delle previsioni e dei principi costituzionali.

4. *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*

Fin dalle primissime pronunce, la Corte costituzionale ha sempre ricercato l'intenzione del legislatore, la causa normativa, le finalità e le ragioni d'essere di una disciplina, relazionandole con i principi e le norme costituzionali allo scopo di riscontrare eventuali incompatibilità: nel compiere questa indagine la Corte è solita guardare ai lavori preparatori, alle relazioni di accompagnamento, al titolo della legge o a un qualsiasi indice (testuale o sistematico). Vi sono poi dei casi in cui ha avuto modo di dire qualcosa di più sulla motivazione delle leggi.

²¹ Cfr. G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2/2016.