

analisi e diritto

antonio ruggeri

“itinerari” di una ricerca  
sul sistema delle fonti

XXVI

studi dell'anno 2022

g. Giappichelli editore

## Presentazione

Quattro i principali percorsi di ricerca intrapresi dagli studi che ora si presentano, peraltro tra di loro strettamente intrecciati.

Per un verso, si è prestata attenzione a fatti di scottante attualità, pur sempre tuttavia rivisti – per quanto possibile – dal punto di vista della teoria della Costituzione e per i riflessi che se ne sono avuti (e possono ulteriormente aversi) nei riguardi degli equilibri istituzionali, da un canto, e, da un altro canto, dei diritti fondamentali.

Questo itinerario ha avuto tre articolazioni interne.

In primo luogo, si è riflettuto sulla scellerata aggressione della Russia all'Ucraina, tornandosi a ragionare attorno al significato della guerra, nonché alle condizioni e ai limiti dell'eventuale coinvolgimento in essa del nostro Paese.

In secondo luogo, riprendendosi il filo di studi anteriori, si è nuovamente fermata l'attenzione sull'emergenza sanitaria che ad oggi ci affligge ed inquieta, con specifico riguardo alla vesata questione concernente l'obbligo vaccinale, rivista sotto il peculiare aspetto della sua (a parere di chi scrive, auspicabile) generalizzata previsione, nel quadro di una riconsiderazione complessiva del rapporto tra diritto e scienza.

In terzo luogo, si è rapidamente annotata la rielezione di Mattarella al Quirinale e si sono presi in esame alcuni passaggi della crisi aperta dalle dimissioni del Governo Draghi.

Per un altro verso (e vengo così a dire rapidamente del secondo percorso), si sono fatte oggetto di critico ripensamento le più salienti vicende dell'autonomia regionale in genere e più ancora, in seno ad essa, di quella speciale, anche alla luce delle prospettive che potrebbero aprirsi per la c.d. "specializzazione", *ex art.* 116 Cost. Un tema, questo, che – come si sa – torna ad ondate a riaffiorare e ad attrarre su di sé l'attenzione di quote

consistenti di studiosi ed operatori, come si è ancora di recente avuto per effetto della riproposizione dello stesso in occasione dell'avvio del Governo Meloni.

L'autonomia – si fa notare nel penultimo scritto di questa raccolta – è praticamente ad un bivio: può seguire a muoversi lungo la parabola discendente di un degrado che parrebbe essere senza fine ovvero può tentare di risalire, almeno in parte e di sicuro con non poca fatica, la china; e si tratta allora di chiedersi se si diano le condizioni oggettive di contesto che consentano di centrare quest'ambizioso obiettivo e quale possa essere la ricetta giusta da mettere in atto allo scopo.

Per un altro verso ancora (ed è questo il terzo percorso), ininterrotto, anche negli studi dell'anno appena trascorso, è stato il monitoraggio sulla condizione dei diritti fondamentali, svolto da plurimi angoli visuali e per esigenze di ordine teorico-ricostruttivo parimenti diverse. La questione di fondo attiene al nodo ad oggi non sciolto delle sedi istituzionali in cui può (e deve) aversi il riconoscimento normativo dei c.d. “nuovi” diritti e, a seguire, una loro tutela, per quanto possibile nella sofferta congiuntura presente, complessivamente appagante.

Sta proprio qui – com'è facile avvedersi – il *punctum crucis* su cui convergono tutti gli itinerari sopra menzionati, in aggiunta all'ultimo di essi concernente alcune tra le più salienti esperienze della giustizia costituzionale che hanno – sembra di poter dire – una duplice proiezione, verso l'esterno e verso l'interno della sede in cui essa è amministrata: *verso fuori*, trattandosi in buona sostanza di verificare se le esperienze in parola si risolvano, o no, a conti fatti, in una crescita per i diritti, preservandosi allo stesso tempo – sta qui l'autentica quadratura del cerchio – gli equilibri istituzionali delineati nella legge fondamentale della Repubblica, specie per ciò che attiene ai limiti ai quali va per Costituzione soggetta la Corte in occasione dell'esercizio delle funzioni demandatele, per vero – temo – molte volte non rispettati; *verso dentro*, dovendosi quindi stabilire quale immagine la Corte stessa dia di sé per il tramite delle più recenti mosse assunte al piano delle relazioni istituzionali e, dunque, come intenda e metta in pratica il proprio ruolo nel sistema.

Uno speciale significato, in questo quadro qui sommariamente dipinto, è da assegnare al modo o ai modi con cui la Cor-

te si avvale dei poteri assegnatili, vale a dire come si ponga davanti alle *regole* ed alle *regolarità* che presiedono all'esercizio delle sue funzioni (con specifica attenzione al giudizio sulle leggi in via incidentale che pur sempre – come si sa – rimane il “luogo” in cui si coglie la più qualificante ed immediatamente espressiva connotazione del ruolo della Corte stessa). Più studi si dedicano all'approfondimento del tema; e non è a caso – a me pare – che la raccolta si chiuda proprio con una disincantata e amara riflessione in merito all'assetto dei rapporti tra la Corte e il legislatore (e, di riflesso, anche i giudici comuni) che, alla luce del *trend* ormai invalso, si teme possa risultare viepiù “sregolato”.

Insomma, le vicende della forma di governo e della stessa forma di Stato sembrano svolgersi nel segno di plurime e gravi tensioni e contraddizioni; il che, al tirar delle somme, equivale a dire che è la stessa Costituzione, nella sua essenza, a patire rilevanti torsioni, rese ulteriormente evidenti dalle emergenze in atto che, ricaricandosi in modo perverso in una spirale senza fine, mettono a dura prova l'identità e la stessa continuità dell'ordinamento nel tempo.

Forse – è questa la conclusione che sento qui di dover formulare in chiusura di queste succinte note introduttive – è davvero giunto il momento di interrogarsi sul vero, attuale significato di alcune nozioni elementari della nostra disciplina, a partire appunto da quelle di Costituzione e di Stato costituzionale, se siano cioè ancora legate dal filo di una sostanziale continuità evolutiva rispetto al passato e, soprattutto, quale possa esserne il volto nel futuro che è ormai alle porte.

La raccolta è – come di consueto – dedicata al mio indimenticabile Maestro, Prof. Temistocle Martines. Spesso mi sono chiesto, anche in occasione della presentazione degli scritti delle annate precedenti, quali valutazioni avrebbe espresso a riguardo di fatti e idee dei quali qui si discorre, quale sistemazione teorica ne avrebbe dato, quali previsioni ne avrebbe tratto per l'avvenire. Poi, però, mi avvedo subito che tutto ciò non ha senso alcuno. Ognuno di noi vive la propria vicenda terrena nel proprio tempo; ed è da questo variamente influenzato in pensieri e comportamenti, ne abbia o no piena consapevolezza. Di una cosa sono, tuttavia, certo: che il Maestro non mi avrebbe priva-

to, in occasione delle nostre quotidiane conversazioni sulle questioni più varie, delle formidabili ed illuminanti intuizioni che d'improvviso prendevano forma attraverso le sue parole, tracciando non di rado inesplorati itinerari di ricerca da cui, a suo dire, avrebbero potuto trarsi buoni frutti ed incoraggiandomi ad intraprenderli, sicuro di poter comunque godere del suo incondizionato e solido appoggio.

Anche per questo e, più ancora, per il suo calore umano, mi manca molto; oggi, ad oltre un quarto di secolo dalla sua scomparsa, più di ieri.

## I

### Perché Draghi non può subito andare al Quirinale \*

Come si sa, un'ipotesi da tempo circolante e che, peraltro, gode di largo credito (più – direi – tra la gente comune che tra gli operatori politici, timorosi delle conseguenze che potrebbero aversene nel Governo e, soprattutto, per la durata della legislatura) è che il successore di Mattarella, stante la (ad oggi...) irrimovibile indisponibilità di quest'ultimo alla sua eventuale rielezione, possa essere l'attuale Presidente del Consiglio, Mario Draghi: persona di levatura internazionale, indubbie capacità, qualità morali indiscusse.

Non è, dunque, dell'uomo che intendo qui discutere, anche per non far deviare la succinta riflessione che mi accingo a svolgere dall'alveo costituzionale, al quale soltanto essa vuol riferirsi.

Ebbene, si danno due ragioni, una di forma e l'altra di sostanza, che, a mia opinione, ostano all'immediato passaggio di Draghi da Palazzo Chigi al Quirinale.

Richiamo rapidamente la prima che ho già avuto modo di rappresentare in un mio intervento ad un *forum* su *La coda del Capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato*, ospitato da *Nomos*, ed è che verrebbe a determinarsi un cortocircuito logicamente irrisolvibile, avvalorandosi pertanto la soluzione, implicitamente fatta propria dall'art. 1 della legge n. 400 del 1988, che osta ad un passaggio siffatto.

Com'è noto, infatti, il decreto di dimissioni del Presidente del Consiglio è controfirmato non già da quest'ultimo (come

---

\* In [www.laCostituzione.info](http://www.laCostituzione.info), 23 gennaio 2022.

sarebbe stato nell'ordine delle cose, rispecchiandosi in esso la sua volontà) ma dal Presidente del Consiglio entrante, vale a dire da colui che è chiamato a prendere le redini del nuovo Governo insediatosi una volta superata la crisi generata dall'uscita di scena del Governo dimissionario. È chiaro che il Presidente dimissionario potrebbe essere chiamato a succedere a... *se stesso* ma si tratterebbe – com'è pacifico – di un Governo comunque nuovo rispetto al precedente.

Ebbene, la gestione della crisi – è parimenti noto – è demandata al Capo dello Stato, vale a dire, per l'ipotesi ora presa in considerazione, allo stesso Draghi una volta insediatosi al Quirinale. Il punto è, però, che quest'ultimo non può immettersi nelle funzioni di Presidente della Repubblica se non *dopo* che avrà lasciato l'ufficio di Presidente del Consiglio. Si badi: non è sufficiente che sia impedito (per es., per causa di malattia) o assente (perché impegnato all'estero), dal momento che in siffatte congiunture, verificandosi le quali è sostituito dal Vicepresidente del Consiglio (laddove vi sia) o da un Ministro, non cessa dalla carica sua propria. Nel caso nostro, però, non può aversi un Presidente della Repubblica che sia allo stesso tempo anche titolare di un altro ufficio, men che mai di quello di massimo esponente di uno degli organi della direzione politica, se non altro per il *vulnus* irreparabile che ne patirebbe il principio della separazione dei poteri.

Ora, Draghi non può diventare Presidente della Repubblica fintantoché è Presidente del Consiglio; di conseguenza, non può firmare nella nuova veste né il decreto di accettazione delle dimissioni del Presidente del Consiglio in carica né il decreto di nomina del nuovo Presidente del Consiglio (e, a seguire, dei Ministri). Né soccorre la soluzione secondo cui i decreti in parola potrebbero essere firmati da Mattarella, dal momento che essa comporterebbe un ritardo per un tempo imprevedibile (e, dunque, anche potenzialmente lungo) nella prestazione del giuramento da parte del neoeletto Capo dello Stato quale condizione della sua immissione nella carica. Resta, infatti, obiettivo primario che la crisi di governo conseguente alla elezione del nuovo Presidente della Repubblica si chiuda con la nomina del suo successore nel più breve tempo possibile, senza peraltro contare la stranezza costituita dal fatto che a gestire la crisi stessa sia non già il nuovo Presidente ma il vecchio.

Un *rebus* irrisolvibile, come si vede, che dimostra come la legge in parola abbia inteso escludere il passaggio qui ventilato. Altro discorso, già in altre occasioni fatto e che potrebbe riproporsi in prospettiva *de iure condendo*, è che sia opportuno che alcuni decreti siano sgravati dell'onere della controfirma, senza peraltro che l'ordine costituzionale venga a trovarsi esposto a rischi particolarmente gravi, stante la sussistenza di rimedi a garanzia della legalità costituzionale minacciata da eventuali usi distorti degli strumenti di cui il Capo dello Stato dispone (da quello *soft* del conflitto di attribuzione all'altro *hard* della messa in stato di accusa per attentato alla Costituzione).

Senza, nondimeno, ora indugiare a ragionare su scenari realisticamente non prospettabili, sta di fatto che l'obiezione di ordine formale qui affacciata tornerebbe a ripresentarsi anche per l'ipotesi, astrattamente meritevole di considerazione e peraltro – com'è noto – da molti caldeggiata, di una soluzione-tampone, quale si avrebbe per effetto di un *Mattarella-bis*, magari – sulla falsariga dell'esperienza già avutasi con Napolitano – solo per il tempo mancante prima della fisiologica chiusura della legislatura.

Si dà, poi, una ragione di sostanza (che, per vero, nel caso da ultimo accennato *potrebbe* non aversi); ed è che il Presidente della Repubblica sarebbe immediatamente chiamato a valutare, nella sua veste di garante della Costituzione, gli atti varati dal Governo per dar seguito al PNRR e far fronte alla straordinaria emergenza sanitaria in corso, vale a dire quegli atti per la cui formazione un ruolo di centrale rilievo è stato esercitato dallo stesso Draghi quale Presidente del Consiglio.

Sia chiaro. Non ho alcun dubbio a riguardo del fatto che anche il nuovo Capo dello Stato, al pari di chi lo ha preceduto, saprebbe incarnare nel migliore dei modi il *munus* cui è chiamato. E, tuttavia, nella peculiare contingenza nella quale il Paese oggi versa un qualche problema (di sostanza, appunto) il passaggio immediato dall'una all'altra sede istituzionale lo pone.

Non è di qui discorrere di soluzioni alternative a quella ora ragionata, con riferimento alle quali mi limito solo a schierarmi senza esitazione alcuna dalla parte di coloro che, a buon titolo, escludono categoricamente l'ipotesi che un *leader* di partito possa transitare al Quirinale (ipotesi, peraltro, come si sa, nella circostanza odierna dapprima ventilata e poi però – a quanto pare – messa giustamente da canto): sarebbe, infatti, *per tabulas*

divisivo, non già – come invece dev’essere – punto di aggregazione per le forze politiche di opposti schieramenti che in esso effettivamente si riconoscano e riconoscano colui che è chiamato a rappresentare l’unità nazionale. E forse mai, come nella congiuntura odierna, si è avvertito (e si avverte) il bisogno che tutte le forze politiche diano un segno forte, percepibile soprattutto fuori dei confini nazionali, di una ritrovata concordia sul nome di colui che, in una stagione particolarmente sofferta per la Repubblica, sarà chiamato – speriamo quanto prima – ad insediarsi al Quirinale.

## II

### **Notazioni sparse per uno studio su Stato costituzionale, memoria collettiva ed etica pubblica repubblicana \***

SOMMARIO: 1. La Costituzione come memoria e il ruolo da quest'ultima giocato nei processi di produzione giuridica, in specie laddove si tratti di dare appagamento a bisogni dell'uomo avvertiti in seno al corpo sociale quali autentici, nuovi "diritti fondamentali". – 2. Memoria giuridica e memoria scientifica, sotto lo specifico aspetto della incidenza esercitata dalla seconda sulla prima. – 3. Il cruciale rilievo dell'etica, nelle pratiche di diritto così come negli sviluppi della scienza (e, segnatamente, nell'utilizzo dei suoi ritrovati). – 4. Memoria ed esercizio della giurisdizione (e dell'amministrazione). – 5. Memoria e dinamiche sociali (in specie, il ruolo di prima grandezza giocato dalla scuola e dalla cultura in genere). – 6. Memoria collettiva, valori fondamentali, dovere di fedeltà alla Repubblica.

1. *La Costituzione come memoria e il ruolo da quest'ultima giocato nei processi di produzione giuridica, in specie laddove si tratti di dare appagamento a bisogni dell'uomo avvertiti in seno al corpo sociale quali autentici, nuovi "diritti fondamentali"*

Il ruolo della memoria nelle esperienze di vita di ogni essere umano è di cruciale rilievo; con ogni probabilità, non se ne ha neppure piena consapevolezza, trattandosi di una sorta di serbatoio al quale ciascuno di noi continuamente attinge, spesso in modo meccanico o automatico esattamente così come fa quando guida l'auto, nella formazione dei pensieri e nello svolgimento

---

\* In *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1/2022, 30 gennaio 2022, 220 ss.

delle attività. E cruciale è parimenti per l'intera collettività, così come lo è – per ciò che è qui di specifico interesse – per la Costituzione e lo Stato che da questa prende il nome che da essa traggono il “carburante” – se così può dirsi – che ne consente il fisiologico svolgimento e la trasmissione nel tempo.

Memoria è, se ci si pensa, la Costituzione nella sua interezza, specie ove si acceda all'ordine di idee – come si sa, largamente accreditato al piano teorico – secondo cui essa è, *in nuce*, contestazione del passato ordinamento e di ciò che esso rappresenta quale punto di riferimento negativo nella edificazione del nuovo ordine costituzionale<sup>1</sup>. È, dunque, memoria del processo costituente da cui è originata e, ancora prima, di ciò che l'ha preceduto e ne ha giustificato l'avvento<sup>2</sup>.

Non ci si nasconde, per vero, che – a stare all'avviso di alcuni studiosi<sup>3</sup> – non necessariamente l'avvento di una Carta co-

<sup>1</sup> Se ne ha peraltro – come si sa – esplicita, seppur parziale, traccia nel divieto di ricostituzione “sotto qualsiasi forma” del disciolto partito fascista, di cui alla XII disp. trans. e fin. della Carta, a riguardo della quale duole purtroppo constatare che non se ne sia fatto l'uso ad essa conseguente; evidentemente – a quanto pare –, si ha dunque... *memoria corta* delle tristi esperienze consegnateci dalla storia [sulle origini e il significato della disposizione in parola, v. G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in *Riv. dir. media* ([www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu)), 1/2019, 11 dicembre 2018, e, più di recente. G. DONATO, *Un vecchio problema per (una) Forza Nuova: lo scioglimento delle organizzazioni neofasciste tra giudici e governo*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2021, 20 dicembre 2021, 1021 ss.; inoltre, A. SAITTA, *È possibile sciogliere «Forza Nuova» prima che una sentenza ne abbia accertata la natura neofascista?*, in *Quad. cost.*, 4/2021, 939 ss.].

<sup>2</sup> Sulla Costituzione come “strumento di memoria”, v. A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, FrancoAngeli, Milano 2018 (spec. 10, per il riferimento testuale).

<sup>3</sup> ... che hanno discorso del potere costituente come di una nozione “esaurita”, storicamente datata (indicazioni in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. Ripepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss. e, ora, in prospettiva comparata, M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla*

stituzionale dovrebbe porsi in rottura rispetto all'ordine costituzionale preesistente; e, d'altronde, non fanno – come si sa – difetto i casi in cui le stesse Costituzioni prefigurano la eventualità del loro “totale” rifacimento, nel segno dunque della continuità costituzionale. Solo che, a mio modo di vedere, ci si trova davanti ad un'alternativa stringente: o la riscrittura è davvero totale, coinvolgendo e travolgendo gli stessi principi fondamentali dell'ordinamento, ed allora è giocoforza ammettere che non di una mera “revisione” (in senso proprio) si tratta bensì di un'autentica cesura costituzionale, con il conseguente impianto di un nuovo ordine giuridico; oppure, tale non è, restando in tesi integri i principi stessi, ed allora non potrebbe propriamente discorrersi di un mutamento “totale” della Costituzione. Insomma, non è la quantità ma la qualità a dare la misura e il senso complessivo delle innovazioni costituzionali. È, infatti, ormai provato che i fatti di continuità, al pari di quelli di discontinuità, si apprezzano e verificano in prospettiva assiologicamente orientata, avuto cioè riguardo ai valori fondamentali positivizzati ed alle forme del loro inveramento nell'esperienza.

Per altro verso, alla revisione “totale” (o – possiamo ormai dire – a quella che è così qualificata) può assimilarsi il caso di modifiche che non investano ciascun enunciato e tutti assieme; ciononostante, per la corposa consistenza (specie, appunto, qualitativa) delle novità introdotte, in ragione degli effetti che se ne hanno (o, diciamo meglio, che ci si prefigura possano aversi<sup>4</sup>),

---

*democrazia “militante” all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss., spec. 109 ss.), confondendo tuttavia in tal modo – come si è fatto notare altrove (nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2009, 34 ss., spec. 39) – i personali ed apprezzabilissimi desideri con una realtà che, nella sua cruda ed oggettiva consistenza, non poche volte li smentisce, obbligando la comunità tutta ad un amaro risveglio. Piuttosto, proprio quando la guardia si abbassa (e alcune esperienze maturate nell'Est europeo ne danno lampante riprova: v., ora, G. GUERRA, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2021, 521 ss.) la minaccia dello stravolgimento dell'ordine costituzionale appare essere maggiormente incumbente e va, dunque, parata – come si vedrà meglio tra non molto – con uno sforzo collettivo prodotto all'insegna del valore fondante di fedeltà alla Repubblica (sulla memoria come rimedio contro il male, v., tra gli altri, T. TODOROV, *Memory as Remedy for Evil*, in *Journ. Int. Criminal Justice*, 7/2009, 447 ss.).

<sup>4</sup> Ogni valutazione al riguardo infatti può essere data *causa cognita* uni-

le due evenienze possono appunto essere, in buona sostanza, accostate l’una all’altra.

Per altro verso ancora, è pure da mettere in conto la eventualità di innovazioni recate agli stessi principi fondamentali che, nondimeno, si dispongano nel verso della continuità ordinamentale e che, anzi, mirando alla espansione dell’area materiale dagli stessi coperta, viepiù concorrano alla loro ottimale affermazione, alle condizioni oggettive di contesto, in perfetta fedeltà dunque rispetto alla loro matrice originaria<sup>5</sup>.

Come che stiano al riguardo le cose (e senza tornare ora a ripensare *ab ovo* alle vicende del potere costituente ed alle loro più salienti manifestazioni), qui non specificamente interessanti, è ormai provato che tanto le innovazioni apportate alla Carta quanto la qualifica che *ex post* se ne dia richiedono *tutte* il costante riferimento alla memoria del passato o, diciamo pure, dei contesti in cui i fatti dapprima accaduti s’inscrivono e acquistano significato.

È poi di tutta evidenza che la memoria è un “contenitore” e

---

camente *ex post*, mai *ex ante* o, comunque, al momento del varo degli enunciati, sol che si pensi che gli stessi possono andare (e, non di rado, effettivamente vanno) incontro a mutamenti di significato anche radicali, restando per loro naturale attitudine soggetti a quelle “modifiche tacite” – come sono usualmente chiamate [di recente e per tutti, M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo-R. Caridà-A. Lollo-A. Morelli-V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; pure *ivi*, può, se si vuole, vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, 415 ss.; AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia-R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss., nonché, con specifico riguardo all’*iter* formativo delle leggi, M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 531 ss.] – che talvolta ne stravolgono lo stesso senso originario, portandosi ben oltre i limiti, spesso assai labilmente tracciati, segnati dalla lettera degli enunciati.

<sup>5</sup> Solo un paio di esempi al riguardo, per maggior chiarezza; e, dunque, si pensi all’ipotesi di far menzione nell’art. 3, tra le cause di discriminazione vietata, accanto al sesso, dell’orientamento sessuale o all’aggiunta nell’art. 9 della salvaguardia dell’ambiente e dell’ecosistema, e così via dicendo.

una risorsa allo stesso tempo cui incessantemente attingere quanto è necessario per il fisiologico svolgimento dell'ordinamento nel tempo e – per ciò che è qui di specifico interesse – delle dinamiche istituzionali, quali prendono forma in seno all'apparato così come al piano dei rapporti tra quest'ultimo e la comunità governata, nonché di quelle che spontaneamente si affermano nel corpo sociale e che accompagnano e connotano la vita di relazione dei suoi componenti.

In questo quadro, uno speciale rilievo è da assegnare al ruolo giocato dalla memoria nei processi di produzione giuridica ed in quelli interpretativi; ed è interessante osservare il moto circolare che viene ad intrattenersi e senza sosta a svolgersi tra la memoria e la normazione, in specie di quella volta a far emergere e ad accreditare l'essenza stessa della Costituzione, sì da assicurarne l'apprezzamento ed il saldo radicamento negli strati più profondi della società.

Si pensi, ad es., alle leggi “memoriali”, alle cui adozione si è nondimeno posto mano con eccessiva frequenza<sup>6</sup>, sì da rendersi consigliabile un corposo sfolgimento<sup>7</sup>; ed anche per ciò sarebbe forse consigliabile, in prospettiva *de iure condendo*, prevedere una procedura aggravata per la loro formazione<sup>8</sup>, come d'altronde si ha per la venuta alla luce delle leggi di amnistia (fatte – si dice – “per dimenticare”<sup>9</sup>), quale argine alla loro incontrollata proliferazione.

---

<sup>6</sup> Apprendo da A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, cit., 143 ss., che sarebbero circa centotrenta (e si tenga presente che il suo studio ha veduto la luce nel 2018); non dispongo di dati aggiornati che consentano di stabilire se e di quanto questo numero possa essere cresciuto. Sulle leggi in parola, v., inoltre, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 1/2009, 7 ss.

<sup>7</sup> Tutt'all'inverso – come si vede – di ciò che vale per alcune leggi memoriali, quale quella di cui si passa subito a dire, che invece appaiono essere pienamente rispettose del canone della ragionevolezza, qui ancora una volta specificamente apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata, e perciò meritevoli di essere preservate. Stabilire, infatti, quali leggi non avrebbero dovuto vedere la luce e quali invece ne avevano ed hanno buon titolo è rimesso all'uso prudente e... *ragionevole* del canone in parola.

<sup>8</sup> La proposta è affacciata nel mio *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2/2019, 3 luglio 2019, 351.

<sup>9</sup> V., nuovamente, A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto*

Alcune leggi "memoriali", nondimeno, sono frutto di illuminata intuizione, prima su ogni altra quella che ha istituito il c.d. giorno della memoria<sup>10</sup> che, a un tempo, rende onore a coloro che non ci sono più e mira al fine di trasmetterne la memoria a coloro che hanno avuto la fortuna di non vivere in prima persona quella lunga e sofferta stagione storica<sup>11</sup>. Una legge, insomma, che dà la prima ed immediata proiezione all'idea di *Costituzione come memoria*, di cui si è venuti dicendo, e che, proprio per ciò, gode di una formidabile "copertura" di cui, forse, nessun'altra legge può ad ugual titolo e nella medesima misura farsi vanto<sup>12</sup>.

Un particolare rilievo è, poi, da assegnare alla memoria per ciò che attiene alla messa in moto ed allo svolgimento delle dinamiche della normazione che non si concretano in atti bensì in fatti giuridici il cui riconoscimento, peraltro, non è sempre di agevole riscontro<sup>13</sup>. Anche però per talune discipline positive in

---

*comparato*, cit., 167 ss. In realtà si tratta di discipline solo apparentemente speculari rispetto alle prime, dal momento che non vengono alla luce per cancellare la memoria che, anzi, col fatto stesso del richiamo dei comportamenti criminosi del passato, ne risulta dolorosamente ravvivata, restando unicamente privati gli stessi di certi effetti penalmente rilevanti.

<sup>10</sup> ... fissato dalla legge n. 211 del 2000 nel 27 gennaio di ogni anno [sulla disciplina in parola, v. A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del giorno della memoria*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2022, 11 gennaio 2022, 64 ss.].

<sup>11</sup> Sia pure nella diversità dei contesti, quanto si viene ora dicendo può altresì valere per la legge n. 92 del 2004 che ha istituito il "giorno del ricordo", in memoria delle vittime delle foibe e dell'esodo degli istriani, fiumani e dalmati (su entrambe le leggi ora richiamate, v. la puntuale analisi che ne fa A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, cit., 88 ss.).

<sup>12</sup> Sarebbe infatti da chiedersi quale mai possa essere la causa che dovesse portare alla sua eventuale rimozione "secca" che è dunque da presumere come radicalmente viziata, sì da far qualificare come nulla-inesistente e non meramente annullabile la disciplina posteriore che vi faccia luogo, proprio perché frontalmente contrastante con l'intera Costituzione, nel suo porsi come memoria. Altro discorso è, poi, che l'abrogazione in parola s'inscriva coerentemente in un contesto segnato dall'affermazione di un nuovo potere costituente (francamente, la sola spiegazione possibile che vedo a base della rimozione in parola); ma non è di questo che – com'è chiaro – ora si ragiona, prefigurandosi che la novità in parola s'inscriva in un contesto non segnato da discontinuità costituzionale.

<sup>13</sup> Antico e, però, allo stesso tempo sempre nuovo e di scottante attualità, è

forma attizia il rilievo dei “fatti” o comportamenti umani appare essere invero considerevole, specie laddove si tratti di far luogo, prima (ed in vista) dell’adozione di nuovi atti normativi, alla verifica della sussistenza di talune *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale per ciò che attiene a bisogni elementari dell’uomo considerati meritevoli di regolazione giuridica (non diversamente stanno poi le cose quanto alla diversa regolazione di bisogni già fatti oggetto di disciplina giuridica). A volte, infatti, si richiede una paziente e scrupolosa opera di scavo nella memoria collettiva prima di poter stabilire quali siano le ascendenze (culturali, appunto) dei bisogni stessi, le modifiche cui siano eventualmente andati soggetti ancora prima del loro appagamento positivo, gli scenari che potrebbero prefigurarsi a darvi voce, e via dicendo.

Si pensi, appunto, al riconoscimento dei diritti fondamentali, la parte più qualificante – come si sa – di ogni documento costituzionale d’ispirazione liberale. Stabilire quali essi davvero siano, in quanto rispondenti a bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti dall’intera comunità<sup>14</sup>, è frutto di cernita e sistemazione nel corso della quale uno speciale rilievo è da assegnare alla memoria<sup>15</sup>.

---

il quesito relativo agli indici esteriori che consentano di poter dire, a far data da un certo tempo in poi, che si sia ormai perfezionata la formazione di una consuetudine, giuridica o meramente culturale che sia; tanto più, poi, in una società lacerata da forti divisioni, che non di rado sfociano in aspri conflitti, tra i suoi componenti e i gruppi sociali nei quali essi spontaneamente si riuniscono. La qual cosa acquista uno speciale rilievo laddove si tratti di stabilire se un determinato bisogno sia effettivamente avvertito in modo diffuso e pressante, sì da poter assurgere alla dignità di vero e proprio nuovo diritto fondamentale, ovvero che in merito al suo appagamento si riscontrino perduranti e anche radicali contrasti di vedute, delle quali spesso si ha riflesso nella inerzia del legislatore e dei pubblici poteri in genere. Ma, v. quanto al riguardo se ne dice subito appresso.

<sup>14</sup> Questione animatamente discussa, specie appunto in relazione ai nuovi diritti (riferimenti in AA.VV., *Cos’è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017).

<sup>15</sup> D’altronde, la stessa Costituzione è, nella sua essenza, specchio o disvelamento della materia sua propria, secondo il magistrale insegnamento orlandiano che poi – come si è tentato di mostrare in altri luoghi [tra i quali, il mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull’una e sugli altri (profili storico-*

Così è, poi, in via generale, per quanto concerne l'avvicinamento delle discipline normative nel tempo, quali che siano gli strumenti allo scopo adoperati. Il fatto stesso della modifica o rimozione di atti anteriori e della loro sostituzione con altri atti consegue alla conoscenza degli inconvenienti originati da (o legati a) discipline anteriori, accompagnato dall'auspicio che non possano ripresentarsi con le nuove e che, anzi, queste ultime possano portare risultati di ancora maggior beneficio per la collettività rispetto a quelli complessivamente offerti dalla vecchia regolazione.

## 2. Memoria giuridica e memoria scientifica, sotto lo specifico aspetto della incidenza esercitata dalla seconda sulla prima

Di considerevole interesse sono, poi, i casi in cui la memoria giuridica – se così vogliamo ellitticamente chiamare quanto si riferisce ad esperienze giuridicamente rilevanti già maturate, quali che ne siano le forme e gli effetti – si cumula e integra con altre forme di memoria, ad es. con quella scientifica e tecnologica. Un dato, questo, che, specie nel tempo presente profondamente segnato dai ritrovati della scienza (nella loro più larga accezione), acquista crescente significato. L'operatore di diritto, così, nel momento stesso in cui pone mano alla composizione di

---

*teorici*), in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2017, 12 dicembre 2017 – riprende con originali sviluppi una indicazione risalente già alla tradizione romanistica, alla quale peraltro si è in tempi recenti rifatto, con personali svolgimenti, P. GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2016, 816 e, dello stesso, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017. Sul magistero del fondatore della scienza del diritto pubblico in Italia, v. poi, almeno, V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018, e, più di recente, O. PFERSMANN, *Vittorio Emanuele Orlando e le origini del sincretismo metodologico nella giuspubblicistica*, in *Dir. pubbl.*, 1/2021, 259 ss., e nella stessa *Rivista*, M. MASSA, *Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di una prospettiva storicista sul diritto pubblico*, 277 ss., nonché, con specifico riguardo alle dinamiche della forma di governo, S. FILIPPI, *Alle radici della funzione di governo: gli «Studi giuridici sul governo parlamentare» di V.E. Orlando*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 3/2021, 2 dicembre 2021, 128 ss.

un nuovo enunciato normativo ovvero alla interpretazione di uno già venuto alla luce, è obbligato ad attingere ad un patrimonio di conoscenze giuridiche e, allo stesso tempo, ad uno di conoscenze “tecniche” (latamente inteso), al quale ultimo va riconosciuta, specie in relazione a taluni ambiti materiali di esperienza, centralità di posto.

Ora, non è di qui tornare a discorrere del rapporto che s’intrattiene tra diritto e scienza, specie per l’aspetto della intensità del vincolo discendente dalla seconda a carico della prima. Mi preme solo rimarcare, ancora una volta, il peso che, anche su questo piano, rivestono le consuetudini culturali, cui si è appena fatto cenno. Al fine, infatti, di stabilire se, in merito ad una determinata questione, si sia, o no, formato un largo e solido consenso tra gli scienziati, non può farsi riferimento a voci isolate o, diciamo pure, eccentriche, per autorevoli che siano ma occorre dapprima attendere che taluni elementi di conoscenza abbiano aggregato attorno a sé i convergenti apprezzamenti di una cerchia sufficientemente ampia di operatori del settore.

So bene che questa mia affermazione può andare incontro ad obiezioni non facilmente superabili, a partire da quella per cui le maggiori acquisizioni scientifiche, che hanno segnato in modo particolarmente marcato la storia dell’umanità, sono nate da intuizioni di menti eccelse che, al momento in cui hanno formulato le loro teorie, hanno spesso trovato davanti a sé ostacoli a volte insormontabili, tant’è che le stesse hanno potuto farsi largo solo dopo un certo tempo. Il punto è, però, che occorre pur sempre, prima o poi, assistere alla vittoria delle teorie stesse rispetto a contrarie vedute; ed è solo dopo che esse siano riuscite a farsi largo e ad imporsi che viene quindi a formarsi una *consuetudine scientifica* (in senso proprio) che ne dà il riconoscimento.

Se n’è avuta (e se ne ha), ancora da ultimo, conferma in occasione della pandemia sanitaria che ad oggi ci affligge ed inquieta, nel corso della quale si è avuta una dichiarazione pubblica di uno studioso di chiara fama, insignito anni addietro del premio Nobel, Luc Montagnier, schieratosi dalla parte dei c.d. *no-vax* che incitava con giudizi trancianti, che purtroppo di scientifico non avevano proprio nulla, a non sottoporsi al vaccino.

Ebbene, a fronte di una valutazione pressoché unanime degli studiosi che invece hanno accreditato (ed accreditano) l'utilità e la necessità del vaccino stesso, mi pare che non dovrebbe aver-si esitazione alcuna in merito alla soluzione giusta e, dunque, all'adozione delle misure ad essa conseguenti.

Il legislatore, nondimeno, con riferimento alla questione ora in via esemplificativa evocata così come ad ogni altra avente carattere scientifico, non ha ritenuto (e non ritiene) di considerarsi vincolato a dar seguito per filo e per segno alle indicazioni venute dagli esperti e, perciò, con riguardo alla pandemia in corso, a prescrivere la obbligatorietà del vaccino, malgrado ne siano ormai acclarati i benefici effetti e sia stata appunto vivamente caldeggiata da accreditati scienziati. Si riserva, insomma, pur sempre un margine consistente entro il quale dar modo al suo discrezionale apprezzamento di potersi esprimere e far valere<sup>16</sup>. Il quesito di cruciale rilievo che occorre allora porsi è se

---

<sup>16</sup> Se ne ha, peraltro, conferma dallo stesso animato dibattito in corso tra i giuristi circa la via da giusta da intraprendere: per parte mia, ho ripetutamente caldeggiato la soluzione della vaccinazione a tappeto [così, nei miei *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2021, spec. 184, e *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 15 settembre 2021]; v., inoltre, G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2021, 10 dicembre 2021, 329 ss.; ma v. pure il diverso avviso di recente manifestato da C. IANNELLO, *Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il SarsCov-2*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2022, 20 gennaio 2022, 145 ss. È pur vero quanto lo studioso da ultimo richiamato (e, con lui, non pochi altri) rileva a riguardo del difetto ad oggi riscontrabile negli elementi di conoscenza circa eventuali effetti collaterali, anche pesantemente negativi, riconducibili alla vaccinazione, che potrebbero rendersi manifesti anche a distanza di anni, sicché non sarebbe possibile far luogo ad un adeguato “bilanciamento” tra costi e benefici dalla stessa discendenti [ma v. quanto se ne dice al riguardo in una pronuncia del Consiglio di Stato, annotata, tra gli altri, da V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 6/2021, 7 dicembre 2021, 286 ss.]; disponiamo, tuttavia, di un dato non confutabile – a me pare – nella sua oggettiva evidenza, ed è che il vaccino abbatte drasticamente i casi di ricovero in terapia intensiva e, di conseguenza, anche quelli di decesso. Insomma, dobbiamo de-

sia giusto o sbagliato non attenersi alle indicazioni che si alimentano dalla memoria scientifica.

Questo è il nodo da sciogliere, al di là poi del modo con cui si reputi giusto risolvere la questione concernente il singolo caso.

Ebbene, a mio modo di vedere, non dovrebbe esservi dubbio alcuno a riguardo del fatto che, una volta che in relazione ad una certa questione, dopo iniziali e sia pur accese controversie, dovesse registrarsi un largo ed accreditato consenso, il legislatore non possa non tenerne conto. D'altro canto, prendere a testate un muro granitico non dà di certo la speranza di poterlo abbattere e fa correre piuttosto il rischio di dar vita a soluzioni palesemente irragionevoli o, addirittura, irrazionali *tout court*, esattamente come sarebbe quella di chi oggi dovesse riproporre l'antica idea che la terra è un disco piatto e che il sole gira attorno ad essa.

Occorre insomma attendere che si formino delle vere e proprie *consuetudini scientifiche*, una *species* – come si sa – di particolar pregio di quelle consuetudini culturali di cui qui si viene dicendo, prima di poter predicare la sussistenza di un vincolo stringente a carico del legislatore. Nell'attesa che ciò si abbia, quest'ultimo si ritiene nondimeno abilitato a far luogo ugualmente alla regolazione di alcuni bisogni sociali, avvalendosi del potere di apprezzamento discrezionale di cui dispone e dandone quindi la regolazione dopo aver optato tra questa o quella delle soluzioni che siano state prospettate, spesso ancora in modo confuso ed appannato, in seno al corpo sociale in vista dell'apagamento di taluni bisogni diffusamente avvertiti<sup>17</sup>. È solo do-

---

cidere se vogliamo salvare *oggi* non poche vite umane oppure se pensiamo che potremmo perderne qualcuna domani. A me sembra che, francamente, il piatto penda decisamente dalla prima parte.

<sup>17</sup> Particolarmente istruttiva al riguardo la vicenda processuale di cui a Corte cost. n. 84 del 2016, in merito alla eventuale destinazione degli embrioni non utilizzati a finalità di ricerca scientifica [tra i molti commenti, per tutti, v. i contributi che sono in *Biolaw Journal* ([www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)), 2/2016]. Fintantoché la scienza resti divisa – dice la Corte – la Costituzione è da considerare “muta” e però – è questo il *punctum crucis* della questione – può “parlare” il legislatore, in esercizio dell'apprezzamento discrezionale che gli è riconosciuto. Qui, il ragionamento si ferma. È tuttavia da chiedersi se, nel caso opposto che la scienza fosse concorde, la Costituzione possa non recepirne le indicazioni, o – per dir meglio – se gli interpreti della Carta possano darne una

po che si sarà fatta dunque chiarezza attorno alla consistenza dei bisogni stessi che la spinta per la loro regolazione diverrà pressante e, con essa, nitidamente definito il verso della regolazione stessa.

### 3. *Il cruciale rilievo dell'etica, nelle pratiche di diritto così come negli sviluppi della scienza (e, segnatamente, nell'utilizzo dei suoi ritrovati)*

Il quadro, poi, si complica sensibilmente per il fatto che a confrontarsi in campo non sono solo scienza e diritto, le relazioni che tra di essi si intrattengono prendendo forma su un terreno che è nondimeno illuminato dall'etica che, con riguardo alle esperienze d'interesse giuridico, acquista rilievo per il modo con cui risulta essa pure positivamente accolta, in primo luogo nella Carta costituzionale e quindi negli atti che vi danno la prima ed immediata specificazione-attuazione, presentandosi dunque quale *etica pubblica repubblicana* emblematicamente testimoniata dai principi fondamentali nel loro fare tutt'uno, "sistema" appunto<sup>18</sup>.

L'etica dà un fermo orientamento tanto alle pratiche di nor-

---

lettura giudicata dagli esperti palesemente erronea sul piano scientifico, per la parte in cui fa appunto riferimento ad esperienze scientificamente sensibili, quali ad es. sono quelle riguardanti la procreazione medicalmente assistita o talune vicende di fine-vita.

<sup>18</sup> Già in altri luoghi ho avuto modo di soffermarmi sulle mutue implicazioni che s'intrattengono tra i principi di base dell'ordinamento, al punto che essi – a mio modo di vedere – si presentano non soltanto positivamente ma anche (e prima ancora) concettualmente inautonomi, bisognosi cioè di integrarsi a vicenda, ciascuno divenendo così parte costitutiva degli altri. Così, per fare ora solo il primo esempio che viene in mente, l'unità ed indivisibilità della Repubblica, di cui è parola nell'art. 5 della Carta, acquista senso (e lo proietta fuori di sé) non solo per ciò che attiene al modo con cui ciascuna porzione del territorio nazionale sta rispetto alle altre e tutte assieme fanno appunto il territorio della Repubblica italiana, ma anche per il fatto che i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà, di cui all'art. 2, sono in pari misura riconosciuti gli uni e gravano gli altri su tutti i cittadini (e, più largamente, perlomeno in relazione ad alcuni di essi, su tutte le persone che, sia pur a titolo precario, si trovano nella Repubblica).

mazione ed alle pratiche giuridiche in genere quanto ai percorsi della scienza. Quand'anche dovesse ritenersi, infatti, che la scienza, specie in alcune sue espressioni, sia – come dire? – eticamente insensibile e *quodammodo* “neutra”, in realtà già nei suoi processi lungo i quali si avvia e prende forma e, comunque, soprattutto negli usi concreti che poi si facciano dei suoi ritrovati non può restare indifferente alle indicazioni venute dall'etica stessa.

Si pensi, ad es., a talune sperimentazioni sull'uomo frontalmente incompatibili con la sua dignità. Volgendo, poi, l'attenzione altresì sulle scienze c.d. non “esatte”, eticamente ripugnanti, prima ancora che lesive del diritto alla verità<sup>19</sup>, sono da considerare le affermazioni – si abbiano, o no, in scritti pseudo-scientifici – dei fautori del c.d. negazionismo in relazione a ta-

---

<sup>19</sup> ... sul quale faccio qui richiamo solo degli studi di S. RODOTÀ, *Il diritto alla verità*, in AA.VV., *Riparare Risarcire Ricordare*, a cura di G. Resta e V. Zeno-Zencovich, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, cit., spec. 24 ss., e R.G. CONTI, *Il diritto alla verità, fra amnistia, prescrizione e giurisprudenza nazionale della Corte edu e della Corte interamericana dei diritti umani*, in AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, a cura di R. Romboli e A. Ruggeri, Giappichelli-Tirant Lo Blanch, Torino-Valencia 2019, 237 ss.

Accenno qui di sfuggita (e con riserva di approfondimenti in altri luoghi) ad un punto che mi sta particolarmente a cuore di mettere in chiaro; ed è che, dal mio punto di vista, non ha rilievo alcuno la circostanza per cui del diritto alla verità non si abbia l'esplicito riconoscimento in Costituzione o in altre Carte dei diritti parimenti vigenti in ambito interno, ove si convenga a riguardo del fatto che quanti lo misconoscono, per ciò stesso, ledono la Costituzione stessa, se è vero – com'è vero – che una società ed un ordinamento pluralisti non possono fare a meno della ininterrotta e libera ricerca della verità in merito a fatti e notizie e, dunque, di aver appagato il diritto a conseguirla, pur nei limiti segnati dalle condizioni oggettive di contesto, in ispecie per la presenza di ostacoli a volte insormontabili frapposti da chi ha l'interesse a che essa non venga alla luce ovvero riportabili a pur legittime esigenze, quali sono quelle riconducibili al c.d. segreto di Stato (che, nondimeno, accenno qui di passaggio, richiederebbe di essere fatto oggetto di un complessivo, critico ripensamento, tanto nei suoi profili teorici quanto nella disciplina positiva e quanto, infine, nelle sue concrete applicazioni). Ed è, al riguardo, da osservare che gli strumenti utilizzabili per fare chiarezza, come pure le sedi istituzionali in cui ciò può aver luogo (siano esse di natura giurisdizionale ovvero politica, quali le commissioni d'inchiesta), non sempre si dimostrano praticamente conducenti allo scopo.

luni comportamenti aberranti messi in atto dai nazisti durante la seconda grande guerra<sup>20</sup>. Affermazioni che offendono, a un tempo, la memoria di quanti patirono in conseguenza dei crimini commessi durante il conflitto bellico e la memoria dell'intera collettività che ha il dovere di non dimenticare e di far conoscere ciò che è avvenuto durante quella stagione particolarmente sofferta<sup>21</sup>.

Riprendendo ora, solo per un momento, la questione del vaccino, cui si è sopra fatto cenno, un singolare fenomeno di negazionismo si è registrato al riguardo, seppur – com'è chiaro – ben diverso da quello avente ad oggetto la verità storica dei crimini commessi durante la seconda grande guerra; un fenomeno che, nondimeno, si è dimostrato foriero di guasti incommensurabili per l'intera collettività. Mi riferisco, infatti, allo schieramento dei c.d. *no-vax*, in relazione al quale si fatica, invero, a capire come possano appartenervi soprattutto alcuni operatori sanitari che, in tal modo, dimostrino di chiudere gli occhi davanti alla evidenza della pandemia, di cui alcuni – per paradossale che sia – negano la stessa esistenza, e, specifica-

---

<sup>20</sup> Le amnesie, individuali o collettive che siano (per quanto le seconde, diversamente dalle prime, non dovrebbero tollerarsi), possono aversi, non però le menzogne, specie se spudorate, che – come ha, ancora di recente, rilevato un'attenta studiosa – “la storiografia non può permettersi nel suo percorso” [A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del giorno della memoria*, cit., 68; v. pure le acute notazioni che in tema svolge D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna” di Auschwitz*, FrancoAngeli, Milano 2012, nonché AA.VV., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, a cura di F.R. Recchia Luciani e L. Patruino, Il melangolo, Genova 2013; G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2014, 12 dicembre 2014, e, in prospettiva comparata, O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Dir. um. dir. int.*, 5/2011, 85 ss., nonché, più di recente e con specifico riferimento alla Polonia, A. ORLANDO, *La repressione del negazionismo in Europa: considerazioni a partire dal caso polacco*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2020, 205 ss.].

<sup>21</sup> Si può concedere il perdono a coloro che si sono resi responsabili anche di fatti efferati; e – per arduo che sia parlo in essere e manifestarlo – è auspicabile che ciò avvenga, ma non si può tradire la memoria o, come che sia, dare una distorta rappresentazione di ciò che è realmente accaduto, se non altro perché valga come monito per il futuro.

mente, delle cifre riguardanti il numero di coloro che hanno avuto (ed hanno) bisogno di sussidio ospedaliero, specie in terapia intensiva, a seconda che si siano, o no, sottoposti al vaccino e che abbiano, o no, completato il ciclo per esso previsto. Si ha, insomma, l'impressione che, in certi momenti della storia dell'uomo e davanti a certi fatti eclatanti, scattino meccanismi perversi ed incontrollabili che portino milioni di individui in tutto il mondo a farsi portatori di idee (e ad adottare comportamenti ad esse conseguenti) che rendano testimonianza, a un tempo, di smarrimento della ragione e – per ciò che è qui di specifico interesse – della memoria.

#### 4. *Memoria ed esercizio della giurisdizione (e dell'amministrazione)*

In disparte, ora, fatti clamorosi e inquietanti, qual è quello cui si è da ultimo accennato, nel quotidiano svolgimento delle pratiche giuridiche si hanno innumerevoli conferme del ruolo in esse giocato dalla memoria e, dunque, dello speciale significato che va ad essa assegnato.

Si danno, poi, talune vicende nel corso del cui svolgimento il rilievo stesso cresce ulteriormente, caricandosi di valenze di cui sono invece prive altre, analoghe vicende.

Si pensi, ad es., alle pratiche di giustizia, laddove la memoria dei precedenti è di centrale importanza, specie poi in sistemi giuridici, quali quelli di *common law*, nei quali essi sono produttivi di effetti di cui non si ha invece riscontro nei sistemi di *civil law*, quale il nostro. E, tuttavia, in taluni ambiti di esperienza il precedente può ugualmente dimostrarsi idoneo ad esprimere vincoli nei riguardi delle pratiche interpretative ed applicative di anteriori pronunzie giudiziali. Così è, ad es., con riferimento alle decisioni della Corte EDU che – a stare ad una pur discussa (e discutibile) giurisprudenza costituzionale<sup>22</sup> – sarebbero vincolanti unicamente se espressive di indirizzi “consolidati” ovvero se aventi natura di decisioni-pilota (ai primi *quodammodo* assimilabili).

---

<sup>22</sup> Il riferimento – come si sa – è alla notissima sent. n. 49 del 2015.

Senza stare ora a mettere a nudo i punti deboli di siffatto orientamento – ciò che non è d'interesse per la riflessione che si va ora facendo –, è chiaro che la partita si gioca e ogni volta rinnova attorno alla nozione di "consolidamento" che, nondimeno, evoca la ripetizione temporale di certe affermazioni giurisprudenziali, bisognosa ogni volta di verifiche che richiedono comunque il supporto della memoria e che, anzi, a quest'ultima assegnano un ruolo di prima grandezza in ordine alla qualificazione da dare degli indirizzi suddetti (che, poi, come si è fatto altrove notare, per il fatto stesso di esserci non possono che essere... *consolidati*, dimostrandosi pertanto *quodammodo* ridondante il ricorso all'aggettivo).

In generale, è un dato di comune esperienza quello per cui la memoria ha centralità di posto sia in seno alla motivazione degli atti giudiziari (e di altri ancora per la cui formazione è parimenti richiesta<sup>23</sup>), che facciano riferimenti a precedenti decisioni, orientamenti dottrinali, atti normativi, ecc., e sia nell'uso che della motivazione stessa quindi si faccia *ab extra*, da parte di studiosi ed operatori<sup>24</sup>.

Non minore è, poi, il rilievo che essa assume nelle pratiche quotidiane di amministrazione, al fine della loro composizione e trasmissione nel tempo. L'ottimale salvaguardia della certezza del diritto e, a un tempo, della certezza dei diritti, in una non secondaria misura, dipende anche – come si sa – dalla somministrazione di una giustizia *giusta*, nonché dal lineare funzionamento dell'amministrazione in osservanza del principio di legalità; e a questi fini la memoria si offre quale sussidio prezioso ed indefettibile.

---

<sup>23</sup> Così, in particolare, per alcuni atti amministrativi e, in ordinamenti diversi dal nostro, quale quello dell'Unione europea, anche per atti normativi.

<sup>24</sup> Sulla speciale rilevanza di cui sono dotate le pronunzie del giudice costituzionale, v., per tutti, AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

### 5. *Memoria e dinamiche sociali (in ispecie, il ruolo di prima grandezza giocato dalla scuola e dalla cultura in genere)*

Al di là, poi, delle pratiche di apparato, la memoria ha cruciale rilievo in ogni relazione che prende forma specificamente in seno al corpo sociale. D'altronde, come si sa, l'apparato sta al corpo sociale come la punta dell'*iceberg* alla montagna sommersa, l'una facendo tutt'uno con l'altra, di cui dà esteriore manifestazione. Ed è evidente che le dinamiche che all'un livello prendono corpo hanno poi il loro immediato, seppur non sempre nitidamente visibile, riflesso sull'altro.

Tra gli innumerevoli esempi che potrebbero essere al riguardo richiamati quali indicativi in modo particolarmente vistoso ed attendibile del ruolo giocato dalla memoria nel corso delle pratiche sociali in genere, richiamo qui solo la vessata (e, a conti fatti, irrisolta) questione delle *fake news* che avviano ed alimentano processi mnemonici perversi, idonei a spiegare effetti a tutto campo, tanto più poi nel presente contesto segnato da un avanzato sviluppo tecnologico che ha in *Internet* forse la sua emblematica rappresentazione<sup>25</sup>. Basti solo pensare al fatto che le vecchie ed ingombranti enciclopedie alle quali un tempo si attingeva per ogni forma di informazione sono ormai – come si sa – rimpiazzate dalle ricerche *on line*, giudicate maggiormente utili specie per l'attualità delle informazioni che trasmettono, sovente in tempo reale, senza però che molte volte ci si avveda dei rischi ai quali si va incontro, per il fatto che la memoria può trovarsi intasata da elementi di conoscenza non adeguatamente

---

<sup>25</sup> Nella ormai incontestabile letteratura formatasi al riguardo, v., almeno, G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-S. QUINTARELLI, *Parole e potere, libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano 2017; M. BASSINI-G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *Riv. dir. media* ([www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu)), 1/2017, 30 settembre 2017, 11 ss., e, pure *ivi*, F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, 48 ss.; C. MAGNANI, *Libertà d'informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum di Quad. cost.* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 4 aprile 2019; I. SPADARO, *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1/2019, 21 giugno 2019.

filtrati per effetto di un vigile e scrupoloso riscontro della attendibilità dei dati trasmessi e, in genere, di ogni notizia veicolata dal *web*. D'altronde, si è già veduto accennando al negazionismo quali guasti, a volte particolarmente vistosi, siano da riportare ai falsi storici che fatalmente, sabotando la memoria, distorcono il pensiero dalla sua lineare formazione e l'azione dal suo giusto verso.

Non ho alcun dubbio, ad ogni buon conto, che le complessive torsioni e carenze di cui si abbia riscontro al piano dell'apparato, specie per ciò che concerne le attività di direzione politica (e, però, anche, seppur in minor misura, di quelle di garanzia), abbiano le radici da cui incessantemente si alimentano nel fondo del corpo sociale, dal quale d'altronde – non si dimentichi – è estratto il personale chiamato a prendere posto nelle sedi di apparato in genere. La pubblica opinione che impietosamente (e, peraltro, sovente non a torto) critica atti e comportamenti in genere sia degli organi di governo che di quelli di garanzia dovrebbe, come nel famoso brano evangelico, guardare alla trave che è nel proprio occhio, prima ancora di mettere a nudo la pagliuzza altrui (se, nel caso nostro, di vera e propria pagliuzza si tratta e non piuttosto di un'altra trave...).

In questo quadro, qui molto sommariamente raffigurato in alcune delle sue linee maggiormente marcate, un ruolo di centrale rilievo, nel bene come nel male, è giocato dalla scuola e dalla cultura in genere. Spesso si fa notare, ad es. da quanti operano nel mondo dell'informazione, che taluni esponenti politici hanno memoria corta, dando prova di non rammentare fatti di rilievo storico anche di considerevole rilievo. Una eventualità, questa, certamente di non infrequente riscontro; va, però, altresì rilevato che il vizio non è di memoria (o solo di questa) bensì di conoscenza, di mancanza di un adeguato bagaglio culturale appunto. E sarebbe ora francamente penoso ed ingeneroso ed anche non direttamente pertinente allo studio che si va facendo fare anche un rapido raffronto tra il livello culturale del ceto politico odierno e quello del ceto di qualche decennio addietro, disvelato già dal linguaggio col quale certi pensieri sono espressi e dallo "stile" che ne accompagna e connota le manifestazioni.

Occorre, dunque, sempre tenere distinti i casi di difetto di memoria da quelli in cui la stessa *ab initio* non sia venuta a for-

mazione, per quanto – com'è chiaro – non sia affatto agevole il riconoscimento degli uni e degli altri.

## 6. *Memoria collettiva, valori fondamentali, dovere di fedeltà alla Repubblica*

Tirando le fila delle notazioni svolte, a me pare che in conclusione si abbia conferma di una conclusione già in altra sede raggiunta<sup>26</sup> con riguardo, per un verso, alla straordinaria duttilità strutturale esibita dalla memoria che dimostra una formidabile vocazione a manifestarsi in modi continuamente cangianti, praticamente incontenibili per numero e varietà di espressioni, e, per un altro verso, alla sua attitudine a porsi quale fine in sé ed anche quale mezzo al servizio di altri fini.

Proprio in questa sua vocazione è dato cogliere l'essenza della memoria *dal punto di vista della Costituzione*: nel suo porsi, cioè, quale “deposito” di conoscenze al quale singoli e gruppi sono costantemente sollecitati ad attingere in vista dell'ottimale appagamento dei beni costituzionalmente protetti e, per ciò stesso, dei valori che stanno a base della nascita della Repubblica, la giustificano e sorreggono, orientando l'azione dei pubblici poteri e della collettività tutta al fine della trasmissione integra dell'ordinamento nel tempo.

Al di là della infinità di dati che trovano alloggio nella memoria di ciascun individuo, una parte consistente dei quali, riferendosi ad esperienze personali, familiari, ecc., è gelosamente custodita e si vorrebbe pertanto preservata da invasioni esterne<sup>27</sup>, si dà infatti una *memoria collettiva* che consta delle più

---

<sup>26</sup> ... nel mio *Appunti per uno studio su memoria e Costituzione*, cit., spec. 356 ss.

<sup>27</sup> Viene al riguardo in rilievo il diritto alla non memoria altrui o – com'è usualmente chiamato – all'oblio, la cui capacità di farsi valere si presenta, nondimeno, in forme o gradi diversi, dovendosi tenere conto di fattori dalla varia natura, quale quello della notorietà della persona che ne rivendica la tutela, il tipo di comportamento che si vorrebbe fosse dimenticato, ecc. [indicazioni di vario segno in M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, ESI, Napoli 2009; AA.VV., *Il caso del diritto*

salienti vicende che hanno interessato (e interessano) l'intera comunità, con specifico riguardo a ciò che, riportandosi in modo immediato e diretto all'*idem sentire de re publica*, compone ed incessantemente rinnova l'identità costituzionale della comunità stessa, quale nella sua essenza si coglie ed apprezza in prospettiva assiologicamente orientata. È cosa in sé diversa dalla memoria c.d. “istituzionalizzata”, quale risulta accreditata dai pubblici poteri<sup>28</sup>, laddove la collettiva si forma in seno al corpo sociale, traducendosi quindi in *consuetudini culturali* di riconoscimento di ciò che, nel modo più genuino ed autentico, accomuna i componenti la collettività, dei fatti più salienti che abbiano interessato quest'ultima nella sua interezza e, per ciò stesso, riguardato l'identità costituzionale dell'ordinamento cui essi appartengono. È pur vero, tuttavia, che i pubblici poteri dispongono di strumenti particolarmente efficaci per condizionare variamente la formazione della memoria collettiva, potendosi pertanto l'una forma di memoria sovrapporsi all'altra<sup>29</sup>. Resta, nondimeno, provato che solo nelle società rette da regimi d'ispirazione liberal-democratica la memoria collettiva ha modo di formarsi senza patire le reticenze, le menzogne, le complessive torsioni alle quali è invece soggetta negli ordinamenti illiberali, nei quali i governanti di turno somministrano la loro “verità” circa i fatti del passato e del presente, inquinando e distogliendo

---

*all'oblio*, a cura di F. Pizzetti, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., *Memoria versus oblio*, a cura di M. Bianca, Giappichelli, Torino 2019, e, più di recente, V. CAVANI, *Diritto all'oblio. Dal diritto “ad essere dimenticati” al diritto alla deindicizzazione*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), Quad. n. 3, *Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà*, a cura di A. Lo Calzo-L. Pace-Giul. Serges-C. Siccardi-P. Villaschi, novembre 2021, 91 ss.].

<sup>28</sup> Per i modi con cui essa s'impone, v., part., A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, cit., spec. 63 ss. e 97 ss.

<sup>29</sup> Si è fatto di recente notare da una sensibile dottrina [A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del giorno della memoria*, cit., 66] che i pubblici poteri sarebbero come degli “imprenditori di memoria”: formula indubbiamente efficace ma che potrebbe far pensare ad un'attività svolta per ricavarne un profitto economico, mentre qui essa è – e dev'esser – svolta a titolo gratuito, a beneficio della collettività che ha bisogno di avvalersi della memoria al fine di ricostruire e preservare la propria identità culturale, assiologicamente connotata.

la memoria collettiva dai plurimi percorsi lungo i quali può avviarsi per effetto del “gioco” che incessantemente si rinnova tra le forze politiche e sociali che spontaneamente si formano e liberamente si contendono il campo, prendendo posizione sulle maggiori questioni che si agitano in seno al corpo sociale. I regimi autoritari, insomma, esercitano un autentico *pressing* sulla società perché in seno ad essa si formi e radichi un’unica “verità” somministrata dall’alto ed a forza; nei regimi di tradizioni liberali, di contro, vengono a formazione e circolano sempre plurime “verità” che, seppur faziose, hanno comunque modo di confrontarsi tra di loro e giocarsi la partita a tutto campo, di modo che è dalla loro sintesi che, a conti fatti, viene quindi ad imporsi una memoria collettiva che gode di maggior credito di altre fatalmente condannate ad una posizione marginale e recessiva.

La memoria collettiva è fatta, dunque, in primo luogo, di ogni dato coinvolgente i valori fondamentali dell’ordinamento e, per ciò stesso, quest’ultimo nella sua interezza: è memoria, in primo luogo, del passato, nel suo diacronico svolgimento e nelle sue più salienti espressioni, specie di quelle nei riguardi delle quali si è consumata la discontinuità che ha portato all’avvento del nuovo ordine costituzionale, ed è, quindi, memoria della evoluzione che ne è seguita, di come cioè la comunità si è riconosciuta nei valori fondativi della Repubblica e di quanto ha fatto (e fa) per assicurarne l’integra trasmissione alle generazioni future. È quest’ultima, infatti, la funzione primaria, essenziale, che l’intera comunità è chiamata ad assolvere, il primo dei doveri gravante sui suoi componenti, il cui mancato adempimento renderebbe priva di senso l’appartenenza alla comunità stessa. Ma perché ciò abbia luogo, occorre appunto attingere dalla memoria le indicazioni necessarie per evitare gli errori e i guasti del passato e, alla luce degli insegnamenti che da essi si hanno, costruire il futuro.

L’autentica *Grundnorm* su cui si regge la Repubblica è, insomma, proprio nel dovere di fedeltà alla stessa che ha la sua prima e più qualificante espressione nella custodia dei valori fondamentali, nella loro crescente promozione e – fin dove possibile – nell’ottimale affermazione nell’esperienza. Ciò che può aversi alla sola condizione che la formazione della memoria si

alimenti incessantemente da un'etica pubblica elementare, profondamente radicata nel corpo sociale e pressoché universalmente condivisa, in grado di trovare in se stessa le risorse per rigenerarsi, ispirare pensieri ed azioni e pervadere le dinamiche sociali ed istituzionali, dei governati così come dei governanti.