

# LA DOTTRINA DI SERGIO FOIS



Da sinistra: Renzo Lambertini, Preside Facoltà; Federico Sorrentino - Università "La Sapienza" di Roma; Lorenza Carlassari - Università di Padova; Giuseppe Ugo Rescigno - Università "La Sapienza" di Roma; Aldo Tomasi - Rettore Università di Modena e Reggio Emilia; Aljs Vignudelli - Università di Modena e Reggio Emilia

nel senso che la posizione filosofico culturale è qui del tutto coincidente con quella scientifica, la quale in nessun modo viene orientata (o risulta orientabile) a fini meramente *pratici* (e comunque non risulta mai intrisa di "chiusure" od "ostilità" preconcepite). Fois non voleva essere il tipico giurista *engagé* che si cala nel flusso della storia per utilizzare e piegare il diritto alla soluzione dei problemi pratici posti dal "gioco delle cose", giacché, aderendo ad una prospettiva democratica, muoveva ogni ragionamento nell'ambito d'una concezione bobbiana tanto della c.d. democrazia procedimentale, quanto dello Stato di diritto, inteso quale presupposto non solo *storico*, ma altresì *giuridico* del vigente Stato democratico (costituzionale) di diritto.

Più specificamente, Fois non ha mai cessato di professare un acceso individualismo di stampo liberal-democratico, intendendo il diritto costituzionale principalmente quale strumento di limitazione del potere e di tutela delle minoranze. Discorso, questo, al quale si ricollega la strenua difesa d'un approccio "formale" al fenomeno giuridico, in contrapposizione con ogni teoria concettualmente "sostanziale", con ogni dottrina dell'effettività ed in favore della possibilità di *verificare* il procedimento logico che dovrebbe accompagnare la speculazione del giurista. Il che, sotto un profilo metodologico, gl'induceva un perdurante fastidio per certe entusiastiche *nouvelles vagues* dedite per lo più all'*easy listening* scientifico, sempre più lontane dalle "buone regole", con disciplinari incerti e con salti audaci che, ibridando teoria e prassi nonché confondendo (più o meno scientemente) piano descrittivo e piano prescrittivo, s'astenessero regolarmente dal fare ciò che per lui era basilare, ovvero compiere nella scalata argomentativa - quasi *more geometrico* e senz'omissioni - tutti quanti gli scalini della torre, fitti fitti come la trama d'un grande tappeto di Herat. «Bisogna sfogliare il carciofo una foglia alla volta», soleva ripetere ad ogni piè sospinto, a testimonianza d'un evidente disagio verso *bellurie concettuali* e *argomentazioni farfuglianti* - per così dire, *faibles* - , con una spiccata avversione nei riguardi della *boria dei dotti* e un'ostilità palese verso le *factae substantiae*. Va ricordato, da ultimo, un voltairiano spiccato dispetto - quasi da *punto di vista manicheo* - che Sergio provava nei confronti dei presunti (o pretesi) *profeti*, spendendo ogni anelito - per dirla con Odifreddi - per «la costante ripulitura del linguaggio dalla ruggine generata dalla metafisica».

## Sergio Fois, Maestro di Diritto costituzionale

Per varie ragioni ho cercato di ritardare il più possibile l'occasione per un primo ricordo dell'amico e maestro Sergio Fois e la commozione che provo anche adesso nel procedere in questa direzione testimonia, evidentemente, come non abbia ancora elaborato compiutamente il distacco da un sodalizio durato più di sei lustri. Trent'anni di vivace e coinvolta collaborazione, pur non scevri di problemi e turbolenze viste le caratteristiche tipiche dell'uomo cui - tuttavia - mi hanno sempre legato (e tuttora mi legano) vincoli che vanno ben al di là delle questioni umorali. Un insieme di caratteristiche, quelle di Sergio, forse per certi versi riconducibili (e per così dire "intrinseche") alla sua amata terra, la Sardegna, che tanto ricorreva nelle sue parole e che tanto assomigliava al suo essere, come poi ho avuto modo di realizzare (trovandone conferma) nel mio periodo di docenza presso la non dimenticata Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Sassari, nella quale sono rimasto durante (e pure oltre) il mio straordinario. E non a caso, infatti, è proprio la Sardegna a essere evocata con forza in molte delle sue poesie, che costituiscono un altro dei modi in cui dava espressione a quella sua inquietudine sottile così moderna e a una sorta d'introversione empatica nel suo rapporto con la realtà: una delle sue citazioni più ricorrenti - tra le tante - andava all'*Homme révolté* d'Albert Camus.

Quest'irrequietezza esistenziale finiva per trasmettersi in ogni suo atto e in ogni suo rapporto, a partire da quelli più strettamente personali con amici, colleghi, allievi, collaboratori e persino familiari, distillando una proiezione oltremodo "complessa" e fin da subito straordinariamente rigorosa verso tutte le persone a lui vicine. Anzi, forse *tanto più esigente* quanto più le persone gli erano vicine, nei fatti e nel cuore, giacché in fondo non faceva che applicare anche a loro quell'inflessibile mancanza d'indulgenza che riteneva doveroso imporre a se stesso quale autentico (e forse il più alto) simbolo della dignità raggiungibile dall'Uomo. Il quale ultimo, secondo Sergio Fois, si doveva guadagnare *con fatica* il proprio posto nell'Universo, rispondendo *personalmente* e *consapevolmente* così del proprio *essere* come del proprio *fare*, e non v'è dubbio che il percorso scelto da Sergio per (tentar di) raggiungere questo risultato sia sempre stato quello dell'impegno (a tratti frenetico, quasi da *élan vital*) nella *penetrazione della realtà*. Una realtà che, non a caso, riusciva a *capire* (e a *spiegare*) con molta maggiore facilità di quanto non fosse poi incline ad *accettare* (nel senso di *giustificare*).

In particolare, in seno ai rapporti *personali* ha sempre tenuto a fissare e a difendere il limite dettato dal *rispetto*, mantenendo scrupolosamente separate la sfera della *contiguità* e dell'*intimità* da quella della *vita privata* intesa in senso proprio (che lui chiamava

il *cerchio magico*), ritenendo che la prima non dovesse mai esistere a danno dell'altra. Atteggiamento, questo, portato avanti con ostinazione e che gli costò rinunce anche dolorose in svariate circostanze, nelle quali tuttavia preferì sempre il rispetto di sé a situazioni "pasticciate" di compromesso (che per lui sarebbero state intellettualmente inaccettabili). Di qui anche la sua teoria, per certi versi velata pure d'un narcisismo a tratti macabro, del "diritto all'infelicità" (mutuato dal *Grande inquisitore* di Dostoevskij): il frutto forse più maturo e tormentato di quel "pessimismo della ragione" al fondo del mal sottile che ne ha accompagnato - non senza strascichi - l'esistenza intera, sebbene non gli fosse estraneo, nel contempo, pure un certo gusto per la vita nelle sue molteplici dimensioni, dalla musica di Mozart, all'estetica della Venere di Milo e all'amore per il mare sentito (anche e soprattutto) come *valore della memoria*. Non a caso si riconosceva tanto in una foto di lui giovane posato su uno scoglio a scrutare l'orizzonte marino con uno sguardo che pare quasi assorto a sussumere la metafisica d'un istante nel fatale tentativo di rincorrere ovunque quel suo spasmodico (forsi anche dannato) *bisogno di senso*.

Dette inclinazioni traspaiono poi con evidenza pure nel Fois che s'interroga sulle questioni del diritto, tentando d'organizzare in una prospettiva metodologica tesa a far luce sulle complessità che si celano dietro il velo (talora gaglioffo) delle apparenze. Il tutto non senza costi, poiché l'obiettivo di tenere la mente aperta su molte finestre comporta una tensione emozionale soggetta a continue sollecitazioni, specialmente in virtù del conflitto che fatalmente si viene a originare fra lo studioso che procede strenuamente alla difesa d'una certa ortodossia metodologica e un modello dominante che invece guarda altrove (anche se frequentemente non si comprende neppure dove, e perché). Con effetti che non coinvolgono solo il versante dell'impegno scientifico, ma spesso - di nuovo - travolgono fatalmente anche (e soprattutto) la vita personale, sebbene le estreme conseguenze (a cavaliere tra solitudine ed isolamento) di quest'onestà intellettuale non ne abbiano mai compromesso la lucidità tanto della sfera scientifica quanto di quella affettiva ed umana, come dimostra - fra l'altro - la perdurante riconoscenza verso i suoi maestri (di cui tuttavia non trascurava di ricordare il carattere a loro volta piuttosto "complicato"): Carlo Esposito e Costantino Mortati, ma particolarmente Giuseppe Guarino, al quale attribuiva il merito di averne scoperto le qualità portandolo con sé a Roma, come ha ricordato nel 2010 lo stesso Guarino alla presentazione presso *La Sapienza* della raccolta di scritti "La crisi della legalità", richiamando la dedica con cui Sergio gli donò il suo primo libello di versi.

Dunque, siamo di fronte a una figura assai complessa ma al tempo stesso cristallina, essendo la sua opera - a partire dalla scelta dei temi - profondamente autoreferenziale (ma mai ripiegata in se stessa),



Sergio Fois, Maestro di Diritto costituzionale (1931-2009)

## SERGIO FOIS, MAESTRO DI DIRITTO COSTITUZIONALE



Aldo Tomasi, Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Ciò non significa che fosse uno studioso pedante: tutt'altro. Anzi, una delle sue più intriganti qualità sotto il profilo scientifico, almeno a mio avviso, risiedeva nella sua grande capacità di coniugare chiarezza e sintesi, al punto che molto spesso il suo pensiero risultava quasi "sincopato" in *obiter dicta*: l'impressione poteva essere quella d'un andamento meramente assertivo, mentre invece era il frutto d'una ben precisa (ed argomentata) dottrina del diritto, e segnatamente della Costituzione. Esemplare, in questo senso, un suo intervento sul finire degli anni Novanta del secolo appena trascorso durante l'assemblea annuale dei costituzionalisti italiani in cui si dibatteva della crisi dello stato. L'intervento di Sergio Fois - come d'abitudine solo apparentemente circoscritto - verteva specialmente sul concetto di sovranità, e in una riga (*sic!*) riusciva a ricostruire in modo esemplare e coerente il rapporto concettuale, dal punto di vista giuridico, tra la sovranità (limitata) del popolo e quella della Costituzione, sulla base del solo apparentemente banale rilievo che il primo è un soggetto e la seconda un atto. Beninteso: non era né un'intuizione, né una folgorazione, ma il prodotto di quella sua peculiare capacità di scarnificare la sintassi della lingua al servizio d'un pensiero progressivamente raffinato (e per così dire

rarefatto) sino a trattenere solo l'essenziale. Il tutto, cercando sempre di tenersi il più possibile *audessus de la mêlée*.

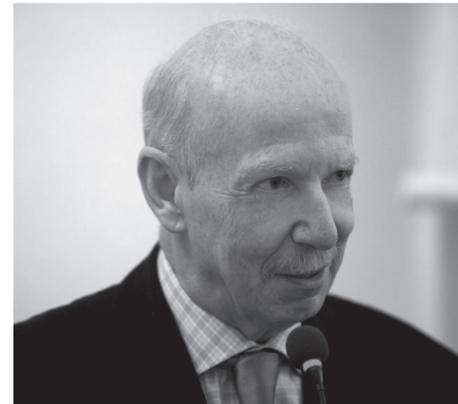
C'era infatti in Fois l'esigenza di (e la pulsione verso) un pensiero razionale di matrice illuministica e kantiana che, unita a una speculare e decisa avversione rispetto ad approcci "hegeliani" alla teoria del diritto, in una sorta di *clash of universalism*, conduceva ad un preciso spazio topologico. E si trattava d'un illuminismo talora condotto sino ai confini del giusnaturalismo della ragione, com'emerge in termini abbastanza netti anche dalla sua posizione sulle *precondizioni* del sistema democratico, identificate - sempre in consonanza con Bobbio (in un *comun sentire*), col quale condivideva un rapporto di reciproca considerazione - in quel *nucleo fondamentale di libertà* (a cominciare da quella di manifestazione del pensiero), molte delle quali sono oggi ricomprese nel c.d. *noccio-lo duro* della Carta costituzionale (inteso quale limite non solo del processo d'integrazione comunitaria, ma dello stesso procedimento di revisione costituzionale). Più nello specifico, tale impostazione viene ad esempio impiegata con riferimento alla problematica dei "nuovi diritti" di libertà, rispetto ai quali Fois non sottaceva il pericolo che potessero implicare valori

antagonisti o più o meno confliggenti (a vario titolo e con varia intensità) con quelli incorporati nei diritti di libertà tradizionali, revocando in dubbio, di fronte alla disinvoltura di chi ne proponeva l'introduzione addirittura per via giurisdizionale, che essi potessero essere concepiti, riconosciuti e garantiti negli stessi termini dei tradizionali diritti di libertà. Quei diritti di libertà che, «di per se stessi, non farebbero» parte delle - e non sono assorbiti nelle - cosiddette "regole del gioco" democratico: ne sarebbero, invece, il "pre-supposto" necessario, rappresenterebbero le "regole preliminari", le "condizioni preliminari" che permettono lo svolgimento del "gioco", sarebbero in definitiva "precondizioni per il funzionamento" del "gioco": *das ist des Pudels Kern!*

Ed in senso analogo possono leggersi le lucide pagine nelle quali Sergio Fois analizza e valuta il fenomeno sindacale senz'alcun pre-giudizio o preconcezione che non fosse la suddetta visione della democrazia e del diritto; *Sindacati e sistema politico* è in tale quadro un libro ancor più significativo, sol che si consideri il periodo in cui fu scritto, quando non era scontato, nemmeno in seno all'Accademia, parlare di certi temi con certi toni, ed era ben più facile e "raccomandabile" volgere comodamente lo sguardo altrove, in attesa che "passasse a nuttata". Sergio Fois, no. Coerente in maniera radicale, oggi quelle pagine - manifesto d'un liberalismo che si frappone anche tra individuo e poteri sociali (fintamente?) "amici" - assumono una colorazione ed un significato attualissimi, inaspettati solo per coloro che non conoscevano il personaggio, disposto sempre a pagare il prezzo per le proprie idee pur di non recederne, nemmeno per un istante. Il che spiega perché apprezzasse tanto - pur non nutrendo di sicuro alcuna propensione al martirio - l'intransigenza e l'indipendenza di pensiero di un Giordano Bruno.

Come ho già detto, la chiave di volta dell'uomo stava appunto in questo suo fare del razionalismo applicato nello studio del diritto anche una cifra di riferimento nella sfera privata, al fine di plasmare la propria persona non secondo le sue naturali inclinazioni, ma cercando - giorno per giorno - di essere il Fois che avrebbe dovuto essere, piuttosto che quello che lui, magari, avrebbe voluto: suo figlio Mario ricorda infatti come gli sarebbe piaciuto aver perseguito la carriera di direttore d'orchestra; il ruolo che si era scelto, del resto, non gli consentiva un simile lusso, e lui non ha mai esitato (più o meno tormentatamente, per la verità) ad adempiere a quello che riteneva essere il suo dovere pubblico. Ricordo che talora mi rievocava il giorno in cui - colpito da un gravissimo lutto familiare - si recò, con ancora indosso i vestiti del funerale, alla Camera dei Deputati per riferire in commissione rispetto ad un'audizione da tempo fissata in materia di riforme universitarie, nei panni di vice-segretario dell'Uspur: credo che l'episodio descriva - anche proprio nella sua apparente "esageratezza" - ciò che voglio dire meglio di tante parole.

Un riflesso di quest'anelito al rigore estremo e alla "compiutezza" (tanto nella vita, quanto nella scienza che l'occupava) fu il rimpianto di non aver licenziato un proprio manuale di diritto costituzionale: «sarei bene come impostarlo e come condurlo», diceva, «ma le vicende della vita hanno remato contro, ed ogni volta che mi ci sono messo dietro qualcosa mi ha deviato in direzione contraria ed è ormai troppo tardi per assumere un così gravoso impegno con me



Renzo Lambertini, Preside Facoltà di Giurisprudenza



Luca Vespignani, Associato di Diritto costituzionale



Mario Fois, secondogenito di Sergio Fois



Sergio Fois e Aljs Vignudelli - Torino 1983

stesso». Queste le sue parole intorno ai sessant'anni. E, davanti ai miei ripetuti inviti di stenderlo insieme, mi rispondeva che se gli astri mi fossero stati propizi avrei forse potuto essere io a tentar di presidiare i confini d'una posizione intellettualmente onesta, all'interno della quale lo scienziato sapesse esporre lealmente, nei rapporti coi discenti, la propria visione senza però occultare l'esistenza di altre, come invece da tempo veniva (e viene) praticato quasi fosse uno sport nazionale.

Da parte mia, pur con tutti i miei limiti, ho sempre cercato di non tradire queste indicazioni oneste ed essenziali. E quando gli ho sottoposto il mio lavoro fin dalle sue prime scarse versioni e poi via via con stesure più complete e meditate, nonostante la sua proverbiale avarizia di parole (per lui «non è poco» era praticamente la suprema lode), emergeva - insieme al vecchio cruccio di non avere potuto attendere in prima persona all'opera, pur ritenendosene (a buon diritto) capace - anche la gioia (quella un poco "fiera" d'una paternità indiretta, ma non meno vera) che il succo del suo insegnamento non finisse disperso al vento, cosa che per me è ancor oggi motivo di sincero orgoglio e d'altrettanta sentita commo-zione.

Letta in questa prospettiva, la "dottrina di Sergio Fois" (per riprendere il titolo dell'incontro, con cui chi è intervenuto ha inteso onorarlo) si manifesta in tutta la sua intima coerenza, per cui l'uomo-Sergio ed il giurista-Fois formano un tutt'uno, coi suoi (numerosi e grandi) pregi ed i suoi (non meno grandi) difetti: uno dei più importanti giuristi italiani del suo tempo, certamente tra i più eccentrici (nel senso letterale di "lontano dal centro"), mercé proprio quella sua inclinazione a marciare "in direzione ostinata e contraria" che costituisce, forse, il suo lascito più prezioso, sia alla comunità scientifica, sia a chi, anche per un breve spazio di tempo, l'ha incontrato e gli ha voluto bene.

Fois era il mio Maestro, ma ha lasciato a tutti noi un pensiero vivo ed attuale; ci parla ogni volta che apriamo le sue pagine, e nella sua opera troviamo, se non sempre le risposte che vorremmo, certamente ispirazione.

Sergio era mio Amico. E mi manca tanto.

LA CONCEZIONE DELLA LEGALITÀ IN SERGIO FOIS



La concezione di legalità in Sergio Fois

SOMMARIO: 1. 'Legalità' nel linguaggio giuridico e nel linguaggio comune - 2. Legalità, legittimità, riserva di legge - 3. Il principio di legalità e la sua origine - 4. I tre significati del principio di legalità della funzione amministrativa - 5. La concezione della legalità e del suo fondamento nel pensiero di Sergio Fois - 6. La crisi del principio: effettività contro legalità. Critica ai giuristi arretrati alla forza del 'fatto' - 7. La legalità nella giurisprudenza costituzionale: la violazione della legalità sostanziale come autonomo vizio degli atti legislativi

1. 'Legalità' nel linguaggio giuridico e nel linguaggio comune

Innanzitutto desidero ringraziare con sincero calore gli organizzatori di questo Convegno, Aljs Vignudelli in primo luogo, per l'invito che mi è stato fatto a venire qui, oggi, per ricordare Sergio Fois e la sua dottrina. Lo stimavo come giurista, mi piaceva come essere umano per ragioni molteplici, la sua cultura, la sua vivacità, il suo modo di esporre con passione idee e pensieri. Ma anche, credo, per un motivo più personale: mi sembrava di intuire, al di là di teorizzazioni a volte differenti, che come studiosi avessimo in comune alcuni intenti di fondo, uno stesso interesse per i medesimi temi e soprattutto il desiderio di raggiungere risultati in linea con lo spirito antiautoritario che ci animava, vivissimo in lui. Tutto ciò che poteva servire a limitare il potere, a creare difese ai diritti dei singoli, ad ampliare le sfere di libertà, rientrava nei suoi interessi di studioso, diveniva oggetto di ricerche che si traducevano in opere giuridiche del massimo rigore. Il rigore scientifico è stato sempre la nota dominante del suo lavoro di giurista.

Il principio di legalità è un tema sul quale entrambi abbiamo riflettuto. Sergio Fois ne trattò dapprima all'interno di un più ampio e poderoso studio sulla riserva di legge - un istituto giuridico diverso dalla legalità cui lo unisce la matrice comune - e successivamente in una intensa e tormentata 'Voce' dell'*Enciclopedia del di-*

*ritto*. In un Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti a Napoli<sup>1</sup>, tornando a riflettere sul principio e la sua portata in relazione al potere regolamentare governativo e al suo uso, ebbe modo di chiarire, mi pare definitivamente, il suo pensiero.

Parlare della legalità non è semplice. Legalità è un termine che ricorre non solo nel linguaggio giuridico ma anche, e con una certa frequenza, nel linguaggio politico e nel linguaggio comune in un significato ovviamente più generale (e generico) rispetto a quello, anzi a quelli, che gli attribuiscono i giuristi; un significato che tuttavia interessa per la vicinanza con 'legalità' intesa come 'legittimità', ma soprattutto per un'assonanza di fondo (nell'esigenza di 'conformità') col significato più specifico e tecnicamente preciso (legalità sostanziale).

Nel linguaggio comune e politico 'legalità' sta a significare sistema, 'ordine legale', ed è di frequente accompagnata da un aggettivo ed è su questo che si vuol mettere l'accento. Si parla così di 'legalità repubblicana', di 'legalità monarchica', di 'legalità democratica', di 'legalità internazionale', per sottolineare i connotati essenziali di un sistema del quale si sottintende la bontà, implicitamente espungendo dalla legalità - qualificata dall'aggettivo - tutto ciò che in qualunque modo vi contrasti. Istanze monarchiche, ad esempio, sono 'fuori' dalla legalità repubblicana, e viceversa: per il giudizio di valore che esprime (e in un certo senso per la carica ideologica che contiene) la legalità del linguaggio comune si avvicina in qualche ad una delle accezioni del linguaggio giuridico, e precisamente a 'legittimità' (*infra*, §2).

Ciò che interessa maggiormente in quanto accomuna tutte le accezioni di legalità - a partire dalle meno tecniche e senza aggettivazioni a quella dei giuristi - è che sempre viene proposta come un parametro positivo cui misurare la conformità di azioni, fatti, sistemi: ogni discorso sulla mafia, ad esempio, la contrappone alla legalità, all'"ordine legale" con il quale tutte le sue manifestazioni (dalle regole alle azioni) sono in contrasto. Ed in questo suo rappresentare una *parametro* per valutare norme, atti, comportamenti sta la forte somiglianza con l'essenza del 'princi-

ficazione dell'autorità dello Stato e/o delle persone e degli organi che ne sono investiti.

I rapporti fra le due appaiono allora più complessi: la legalità può servire a sorreggere (o a fondare) la legittimità<sup>3</sup>, ossia il rapporto, effettivo e legale insieme, fra esercizio del potere e consenso<sup>4</sup>. La differenza tra le due in tal caso si confonde perché la legittimità è riferita non solo al titolo, ma anche all'esercizio del potere, legittimo solo se rispetta determinati valori per la cui tutela l'autorità si considera costituita. Sicché la loro violazione farebbe venir meno la giustificazione dell'obbligazione politica e quindi la 'legittimità' del potere. Oggi la funzione politica di fornire copertura al potere è svolta dalla *volontà popolare* che si è sostituita ai vecchi criteri di legittimazione (a quello dinastico, in particolare). Ed è interessante che in Weber la legalità non si connetta ad un sistema qualsiasi, ma ad un sistema specifico, lo Stato di diritto "caratterizzato da certi requisiti giuridico-formali atti a limitare l'arbitrio del potere e a garantire una sfera di libertà individuale"<sup>5</sup>. Legalità, dunque, funzionale alla limitazione del potere, realizzata mediante la supremazia della legge quale atto degli organi di rappresentanza democratica.

La duplice valenza, garantista e democratica è ciò che hanno in comune il principio di legalità e la 'riserva di legge' che tuttavia assolvono la funzione di limitare il potere in modi differenti. Eppure nel linguaggio giuridico la parola legalità è usata spesso per significare riserva di legge: parlando di "legalità delle pene" o di "legalità dei tributi" s'intende riferirsi alla riserva di legge in materia penale e in materia tributaria, poste rispettivamente dagli art. 25 e 23 della Costituzione, due delle tante disposizioni costituzionali che affidano alla fonte legislativa, ad esclusione di ogni altra, la disciplina di una materia, in primo luogo diritti e libertà (art. 13e ss.). Nessun intervento nella sfera individuale può essere disposto se non dalla legge approvata dal Parlamento nel quale sono rappresentate *le minoranze* e l'opposizione ha voce.

Dobbiamo in particolare a Sergio Fois questo fondamentale chiarimento sulla riserva di legge e sulla sua 'ratio' che, al di là i tanti discorsi fatti sino allora, nella monografia del 1963 ha messo il segno su ciò che veramente caratterizza l'istituto, lo illumina e gli dà senso entro lo 'Stato di diritto': non il Governo con proprio decreto - vale a dire non la sola maggioranza - può limitare i diritti o intervenire in materia di libertà. La voce delle *minoranze* è assente, la decisione è presa senza pubblicità e senza dibattito; se manca la dialettica parlamentare viene meno la garanzia politica oltre che giuridica.

pio di legalità' nel suo significato proprio di *legalità sostanziale* (*infra*, §4.).

I giuristi, come già accennavo, usano spesso il termine legalità come sinonimo di altri, ben diversi, concetti e istituti.

2. Legalità, legittimità, riserva di legge

Nel linguaggio giuridico si parla sovente di 'legalità' come sinonimo di 'legittimità' oppure di 'riserva di legge', figure concettualmente autonome benché collegate da un nesso profondo.

Nonostante l'impiego talora promiscuo dei termini, la differenza fra legittimità e legalità sembra abbastanza netta: entrambe attributi del potere, l'una riguarderebbe il 'titolo' del potere medesimo, l'altra il suo esercizio<sup>2</sup>. La legittimità dovrebbe dare risposta al problema della giusti-

3. Il principio di legalità e la sua origine

Nel principio di legalità il ruolo della legge è diverso, ma non meno essenziale di quello che assume nella 'riserva'. Il principio, che nel continente europeo si afferma a seguito delle ideologie connesse alla rivoluzione dell'89, ha origini lontane. Ricollegabile in qualche modo alla 'isonomia' dei greci, è sicuramente presente nelle democrazie italiane dove i magistrati dell'età comunale erano tenuti a conformare la loro azione alle *norme*, generali e astratte, *previamente poste* a garanzia di certezza, eguaglianza, onde impedire l'esercizio arbitrario del potere<sup>6</sup>. E già da allora la valenza garantista espressa nella necessità della *previa norma* (che precedendo l'agire lo vincola e condiziona) si accompagnava alla valenza democratica, all'esigenza che la



LA CONCEZIONE DELLA LEGALITÀ IN SERGIO FOIS

norma provenisse da un atto che traeva “la sua forza vincolante dalla volontà dei cittadini”<sup>7</sup>. Altrimenti, se tutto si riconduce alla volontà del principe – che pone esso stesso la norma cui dovrà conformarsi l’azione del suo apparato – ogni tentativo di parlare di legalità come *conformità* dell’azione alle disposizioni esistenti si scontra con il potere di deroga del principe e l’inesistenza di norme per i gradi più alti dell’apparato. L’esempio addotto dalla dottrina a rappresentare tale situazione è il Regno di Sicilia con Federico II<sup>8</sup>. Il principio di legalità rivive e si afferma nell’Europa continentale a seguito delle ideologie connesse alla rivoluzione e trova elaborazione completa (anche se non sempre univoca) nella teoria dello Stato di diritto di cui è nucleo qualificante ed essenziale. Sebbene il termine *Rechtsstaat* abbia avuto fortuna per i giuristi dell’Impero germanico, il modello è quello *francese* nel quale confluiscono *due* fondamentali istanze. La prima – che l’amministrazione come i tribunali sia sottoposta alla legge – corrisponde ad un’esigenza avvertita già nella monarchia assoluta dove invece gli intendenti del re erano “*en dehors de la loi*”, o, addirittura, “*au dessus de la loi*”. La seconda, l’idea della sovranità popolare, conduce per altra via al medesimo risultato: il popolo esercita la sovranità ponendo le regole generali cui tutti, giudici, funzionari e lo stesso Capo dello Stato dovranno conformarsi<sup>9</sup>. L’equazione legge-volontà generale fornisce la base per ricondurre la legalità ad uno dei cardini dell’ideologia della Rivoluzione: il principio democratico. E così ritornano, precisandosi meglio, le due valenze della legalità medievale. Sergio Fois ben sottolinea, nell’oggi, che la ‘soggezione’ dei giudici è soltanto “ad atti derivanti dalla volontà di quell’organo rappresentativo attraverso il quale di regola si esprime il principio della ‘sovranità popolare’”<sup>10</sup>.

La legalità appare dunque già da secoli sufficientemente delineata nei suoi tratti essenziali. Nonostante ciò e pur essendo – per comune definizione – uno dei cardini degli ordinamenti attuali, il principio di legalità non sempre è inteso o applicato allo stesso modo: né la varietà di significati è correlata solo alla specificità dei diversi settori cui lo si riferisce.

Come principio generale del moderno Stato di diritto la legalità riguarda l’intera attività degli organi pubblici in modi in parte diversi per ciascuna funzione e con problematiche differenziate a seconda dei settori in cui opera. Rispetto alla *giurisdizione*, la soggezione del giudice alla legge è indiscussa da sempre (art. 101 Cost.). Il ‘diritto libero’ è creazione autoritaria (Germania nazista. Unione sovietica). Rispetto alla funzione *legislativa*, il discorso si prospetta ovviamente solo quando la Costituzione è rigida e garantita; e allora il principio si estende alla legislazione che ha da svolgersi in conformità alle norme costituzionali poste a parametro di legittimità delle leggi: è la *legalità costituzionale*, presidiata dalla Corte, l’ultimo aspetto del principio.

Tuttavia, tradizionalmente, la problematica specifica del principio di legalità attiene ai rapporti fra potere legislativo e *governo-amministrazione*, ed ha come terzo termine necessario il potere giurisdizionale in funzione di controllo del rispetto degli atti del primo da parte del secondo. Le ragioni, storiche e non, le ha ben messe in luce Sergio Fois<sup>11</sup>.

4. I tre significati del principio di legalità della funzione amministrativa

La varietà di significati non è dovuta soltanto all’uso del termine ‘legalità’ per designare concetti contigui (riserva di legge, legittimità); il suo stesso *contenuto* viene variamente concepito. Al principio di legalità, pur strettamente inteso, non sempre si attribuisce una medesima portata e una medesima intensità.

Anche limitato alla funzione amministrativa, il principio viene inteso essenzialmente in tre modi: a) come semplice ‘*non contrarietà*’ alla legge degli atti dell’amministrazione, libera di agire dove la legge manchi; b) come necessità di una *base legale* per esercitare il potere; c) come *conformità* alla legge degli atti del governo-amministrazione, siano essi normativi (regolamenti) o concreti (provvedimenti)<sup>12</sup>. Così intesa, la legalità non è soltanto un limite per l’amministrazione – che non può agire senza una legge che le abbia attribuito specificamente il relativo potere, né può esercitare il potere attribuito mediante atti in contrasto con la legge – ma rappresenta anche un vincolo per lo stesso legislatore che non può limitarsi ad attribuire un potere senza disciplinarlo. Se il principio di legalità esprime l’esigenza di *raffrontabilità* dell’atto amministrativo alla legge<sup>13</sup>, e dunque la sua *sindacabilità* da parte del giudice, di fronte a una legge che si limiti al nudo conferimento di potere, senza indicazione alcuna in ordine al suo esercizio, di quale ‘conformità’ si potrebbe par-



lare? Come potrebbe la legge svolgere la funzione di parametro ai fini della ‘raffrontabilità’?

I tre modi di intendere la legalità si connettono all’evoluzione storica degli ordinamenti costituzionali nei quali il principio è stato diversamente applicato in relazione alle caratteristiche assunte dagli ordinamenti stessi, non sempre favorevoli al suo pieno dispiegarsi. Solo rendendosi conto delle circostanze politiche e giuridiche che storicamente ne hanno determinato od ostacolato l’affermazione è possibile intendere appieno i due primi e limitati concetti di legalità (nei quali ancor oggi secondo parte della dottrina essa si risolverebbe). Ed è quindi possibile ricostruire poi il contenuto che il principio assume nell’ordinamento dell’Italia repubblicana, in presenza di una Costituzione *rigida* il cui rispetto da parte della legislazione è garantito dalla Corte costituzionale.

La mia idea è stata sempre che l’esigenza di fondo che la legalità intende soddisfare la connoti, le faccia assumere necessariamente un preciso contenuto in ragione della funzione che ha da svolgere. E tuttavia, per ragioni legate alla dimensione politica oltre che giuridica del potere, per lungo tempo non abbia potuto realizzarsi se non in maniera incompleta, non riuscendo a superare la forza delle vecchie concezioni sulla conformazione del potere, le forme di esercizio, il regime degli atti attraverso i quali si esercita. E soprattutto l’idea della ‘libertà’ del governo-amministrazione, potere ‘originario’, preesistente, autonomo e indipendente da qualsiasi attribuzione legislativa, in quanto legato al monarca. Idea che sopravvive nella monarchia parlamentare, benché ormai modellata sullo Stato di diritto: l’affermazione di Zanobini “l’amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente”, è contrastata da Ranalletti per il quale l’esecutivo – potere ‘centrale’ nella vita dello Stato “in cui si concreta anzitutto ed essenzialmente la sovranità” – può agire liberamente quando la norma manchi<sup>14</sup>.

Chiarificatrice è la distinzione di Eisenmann<sup>15</sup> tra la legalità come *non contrarietà* e legalità come *conformità* alla legge. La prima indica solo che gli atti amministrativi per essere legali non devono essere contrari o incompatibili con le norme di legge; nella seconda la legge è il modello che l’atto deve realizzare: diversissime sono le conseguenze sulla libertà d’agire dell’amministrazione nel silenzio della legge. Dalla concezione della legalità come ‘non contrarietà’ alla legge, essendo l’amministrazione tenuta solo al rispetto della legislazione esistente con la quale non può essere in contrasto (una concezione nella quale la legalità finisce per coincidere con la ‘preferenza’ della legge), ne discende la possibilità per l’amministrazione medesima di compiere tutti gli atti non espressamente vietati, compresi quelli *non* previsti dalla

regolamentazione legislativa: “1a ou il n’existepas de loi, il ne peut pas y avoir d’illégalité”. Incredibilmente, quest’idea non è ancora del tutto scomparsa presso gli amministrativisti.

5. La concezione della legalità e del suo fondamento nel pensiero di Sergio Fois

Qual è la posizione di Sergio Fois di fronte alle diverse accezioni di legalità?

Fermeamente contrario all’idea della libertà dell’amministrazione, è un sicuro sostenitore del principio di legalità come necessità di una *base legale* per l’esercizio dei poteri del governo-amministrazione<sup>16</sup>, quindi dell’accezione comunemente designata come ‘legalità formale’. In realtà c’è molto di più. Il suo pensiero si chiarisce progressivamente nei lavori successivi, e già nella voce dell’Enciclopedia del diritto risulta abbastanza diverso, come dimostrano le sue conclusioni in ordine all’altra controversa questione: quale sia il *fondamento* del principio di legalità. Questione rilevante soprattutto dal punto di vista del valore del fondamento stesso, ben diverso ovviamente, a seconda che lo si rinvenga in norme di livello semplicemente legislativo – quindi senza effetto vincolante per il legislatore – o, invece, nella stessa Costituzione. Dopo l’esame critico delle diverse dottrine<sup>17</sup>, Fois esprime l’opinione che il principio di legalità abbia fon-

damento *costituzionale* e non semplicemente legislativo, e che tale fondamento possa essere costituito dall’art.101, comma 2 della Costituzione: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”.

La legalità, egli dice, “rappresenta il criterio in base al quale il giudice deve, nei singoli casi, impostare la risposta al quesito relativo a quale ‘comando’, ‘precetto’ o ‘regola’ egli debba considerare applicabile, o comunque utilizzare nella soluzione delle suddette controversie”. E dunque il giudice deve utilizzare comandi, precetti o regole solo se voluti o ammessi dalla legge e “solo nei *limiti ed alle condizioni* stabilite al riguardo dalla legge” stessa. Il giudice, nell’esercizio della sua funzione tipica, deve basarsi “solo su ciò che sia voluto o consentito dalla legge”, la legalità come *conformità formale* (secondo la denominazione che egli usa) “se esattamente intesa, sembra implicare che gli atti (giuridici) possano imporsi al giudice (e quindi per tramite delle sue decisioni, a tutti i soggetti dell’ordinamento) solo in base ed in conseguenza della volontà della legge” e quindi esigere che ogni precetto giuridico si fondi su una legge<sup>18</sup>.

Fois precisa subito che *non* basta un’attribuzione *generica*: ci deve essere una *specificata* attribuzione di potere che “indichi almeno il fine al quale il potere stesso dovrà rivolgersi, e la delimitazione della materia (dell’oggetto) sulla quale il potere dovrà esplicarsi”<sup>19</sup>. In particolare con l’indicazione necessaria del “*fine*” – che costituisce una fondamentale limitazione della



LA CONCEZIONE DELLA LEGALITÀ IN SERGIO FOIS

discrezionalità dell'esecutivo-amministrazione e rende l'atto controllabile qualora al quel fine non corrisponda – il pensiero di Fois si allontana dalla 'legalità formale' come semplice necessità di una base legale arricchendola di contenuto, anche se egli afferma di non concepirla come legalità sostanziale<sup>20</sup>. Mi pare che alla fine sia solo questione di nomi: a quella che io chiamo legalità sostanziale egli sembra avvicinarsi sempre più come risulta, in particolare, nell'intervento al Convegno di Napoli. Dove, fra l'altro, la sua ferma critica alla ammissibilità di regolamento 'indipendenti' e di regolamenti delegati' (che già considerava in radicale contrasto col principio di legalità<sup>21</sup>, si rafforza di fronte alle figure anomale previste dalla legge n. 400 del 1988. Da allora, in particolare, mi è parso davvero che i nostri pensieri finissero per coincidere.

6. Effettività contro legalità: la crisi. Critica ai giuristi arresi alla 'forza del fatto'

Per Fois il discorso non si arresta qui. La conclusione finale è la crisi della legalità messa in causa dall'effettività: "il principio di effettività, considerato nelle sue implicazioni e conseguenze, in ultima analisi entra in radicale contrasto col principio di legalità, cosicché l'incondizionata accettazione dell'uno pone profondamente in crisi la possibilità di affermazione dell'altro che non sia necessariamente verbale o velleitaria." Sottolineando "la quantità e la natura delle contraddizioni che di fatto si oppongono al principio di legalità" così come da lui ricostruito in base all'art.101 Cost.(l'esistenza e il numero di regolamenti indipendenti e di regolamenti delegati innanzitutto), egli denuncia la crisi della legalità "nella sua dimensione concreta"<sup>22</sup>.

Ma la conclusione pessimistica e negativa non si arresta alla crisi del principio. Le implicazioni della negazione nei fatti del principio stesso "può addirittura condurre alla stessa impossibilità di concepire il cosiddetto 'ordinamento giuridico' statale in termini di 'ordinamento', o almeno all'impossibilità di descriverne la struttura e il funzionamento in termini di organica e coerente unità"<sup>23</sup>. Il problema della legalità e i profili in cui si rivela la sua crisi, pongono di fronte all'alternativa – che Fois considera "allo stato degli atti insolubile" – da un lato di rinunciare ad applicare il principio nel nostro ordinamento, dall'altro di constatare la "radicale inconsistenza" che esso rivela di fronte a quel criterio di effettività che ormai sembra caratterizzare "profondamente e diffusamente" la scienza giuridica.

Alla fine allora scopriamo che ciò che Sergio Fois in definitiva vuol denunciare è l'arrendersi della scienza giuridica ai fatti. Il valore attribuito al 'criterio di effettività' – che sembra rappresentare "l'unico vero 'valore giuridico'", rappresenta uno tra gli aspetti "di quel processo di 'neutralizzazione' della scienza (e della 'ragione') che caratterizza gli attuali orientamenti della cultura, ivi compresa la cultura giuridica". Infatti, citando Horkheimer – la neutralizzazione della ragione "la trasforma in sempre maggior misura in apparato buono solo a registrare dati" – Fois conclude con le parole di quello stesso autore che "ai nostri giorni, il frenetico desiderio degli uomini di adattarsi a qualcosa che ha la



forza di essere, ... ha condotto a una situazione di razionalità irrazionale", all'autodissoluzione della ragione con conseguenze fatali soprattutto nel campo degli ordinamenti sociali<sup>24</sup>.

7. La legalità nella giurisprudenza costituzionale: la violazione della legalità sostanziale come autonomo vizio degli atti legislativi.

Nei sistemi (parlamentari) a Costituzione flessibile si è avuto lo svuotamento di ogni valore 'sostanziale' del principio, ridotto a mera 'legalità formale' com'è facilmente comprensibile. Dove il Parlamento non ha sopra di sé una Costituzione rigida che è tenuto rispettare, certamente non impone vincoli a sé stesso, neppure se derivano da fondamentali principi. E dunque, non può trovare applicazione la 'legalità sostanziale' che limita non solo l'esecutivo amministrazione ma la legge stessa, tenuta a fornire una prima disciplina del potere attribuito, indicando almeno la finalità che, attraverso il suo esercizio, deve realizzare. Non può, insomma attuarsi, in regime di costituzione flessibile, una legalità che imponga alla legge di conferire all'amministrazione soltanto un potere 'discrezionale' e mai un potere "libero nel fine" e quindi 'politico'<sup>25</sup>.

Il discorso cambia radicalmente in presenza di una Costituzione rigida dove la legge non è più sovrana, ma è soggetta a principi di livello superiore il rispetto dei quali è garantito dal giudice delle leggi. Il mutamento fatica ad essere percepito e assorbito, come la nostra storia repubblicana dimostra, ma poi si fa strada. Contro

le preoccupazioni e il pessimismo di Sergio Fois, anche per il principio di legalità è scesa in campo la Corte costituzionale, il suo intervento è reso possibile dall'attribuzione di un *fondamento costituzionale* al principio di legalità, che anche Fois sosteneva (*supra*, § 5).

La violazione della legalità sostanziale come autonomo vizio degli atti legislativi è affermata in modo esplicito nella sent. n.150 del 1982 dove la Corte costituzionale si è pronunziata sul principio, seppure con ritardo rispetto ad altre Corti. La *legalità sostanziale* come vincolo al legislatore, che determina l'incostituzionalità di leggi che attribuiscono poteri senza disciplinarli nella sostanza, ha trovato applicazione assai presto in Germania. La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* è ricca di sentenze assolutamente univoche<sup>26</sup>.

In Italia, bisogna aspettare la sent. 150/1982 per l'affermazione della sindacabilità di una legge che conferisca poteri non sufficientemente delimitati. La Corte costituzionale ha specificato che il principio di legalità richiede non solo che l'atto amministrativo "trovi un legittimo ed apposito supporto nella legislazione", ma anche la previa delimitazione del suo "possibile contenuto sostanziale". Concludendo che occorre, pertanto, una disposizione legislativa specifica "la quale, in apposita considerazione della materia, ...vincoli e diriga le scelte del Governo", chiarendo anche l'autonomia del principio di legalità (sostanziale) rispetto alla riserva di legge che viene pure in causa nella medesima sentenza per altri profili<sup>27</sup>.

LORENZA CARLASSARE

Note

<sup>1</sup> Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, su *Legge e regolamento: trasformazione delle fonti nella dinamica del sistema politico*, Napoli 27-28 ottobre, 1989.

<sup>2</sup> N. BOBBIO, *Legalità*, in *Dizionario della Politica* (diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino), Torino, 1976.

<sup>3</sup> Il problema, un tempo fondamentale, della legittimità, sembra oggi problema desueto essendosi sostituita a questa nozione quella di legalità, la quale "apertamente o copertamente, finisce per assolvere proprio a quella funzione alla quale assolveva in passato il criterio di legittimità": A. PASSERIN D'ENTREVES, *Legalità e legittimità*, in *Studi in onore di Crosa*, II, Milano 1960, 1307-1308, e già C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), ora in *Le categorie del politico*, Bologna 1972. Va ricordato che M. WEBER, *Economia e società*, (trad. it.) Milano 1961, 210, 212 nella sua classica tripartizione dei tipi puri di potere legittimo – accanto a quelli di carattere tradizionale e carismatico – colloca al primo posto il potere di carattere "razionale", poggiante "sulla credenza nella legalità di ordinamenti statuiti e nel diritto al comando di coloro che sono chiamati ad esercitare il potere... in base ad essi".

<sup>4</sup> A. NEGRI, *Legittimità*, in *Enc. Feltrinelli-Fischer, Scienze Politiche*, Milano, 1970, 209-210.

<sup>5</sup> Su ciò S. CASTIGLIONE, *Legalità, legittimità, legittimazione*, in *Sociologia dir*, 1977, 23-26.

<sup>6</sup> U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Padova, 1955, 23-24

<sup>7</sup> U. NICOLINI, *Il principio*, cit., 23, 31

<sup>8</sup> P. COLLIVA, *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, Milano 1964, 86, 96 ss., 121, 292.

<sup>9</sup> O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, I<sup>o</sup>, Paris, 1903, 66-69.

<sup>10</sup> S. FOIS, *Legalità (principio di)* in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano 1973, 685.

<sup>11</sup> S. FOIS, *Legalità*, cit., 660 ss.

<sup>12</sup> S. FOIS, *Legalità*, cit., 663 ss. insiste particolarmente sulla impossibilità di distinguere, ai fini della legalità, regolamenti e provvedimenti amministrativi.

<sup>13</sup> Come dice V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.* 1962, 133 ss.

<sup>14</sup> Su ciò F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.* XXIV, Milano 1974, 124 ss.

<sup>15</sup> Nel senso che l'amministrazione "ne doit tenir que des conduites compatibles avec le système des règles législatives, c'est à dire qui ne méconnaissent ne contradisent, ne heurtent, ou n'enfreignent aucune disposition de la loi": C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'Etat. Etudes et documents*, Paris 1957, 26 ss.

<sup>16</sup> S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963, in particolare 176-177 (e nota 227), 285 ss. (e nota 125).

<sup>17</sup> S. FOIS, *Legalità*, cit., 666 ss.

<sup>18</sup> *Ult. cit.*, 686.

<sup>19</sup> S. FOIS, *ult. cit.* 689.

<sup>20</sup> S. FOIS, *ult. cit.* 697.

<sup>21</sup> *Ult. cit.*, 692 ss.

<sup>22</sup> S. FOIS, *Legalità*, cit. 698 ss.

<sup>23</sup> *Ult. cit.*, 702 ss.

<sup>24</sup> E qui Fois, cit., 703 riprende anche Wenzel.

<sup>25</sup> Secondo la comune distinzione della dottrina.

<sup>26</sup> Per la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, già allora assai ricca e significativa (anche per la presenza di una norma costituzionale, l'art.80, comma1 che impone alla legge attributiva al governo del potere di emanare *Rechtsverordnungen* di determinare il contenuto, lo scopo e la misura della autorizzazioni concesse), rinvio a L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 140 ss.

<sup>27</sup> Per non appesantire il discorso rinvio alle osservazioni svolte in *Atti governativi d'indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le Regioni* 1982, 1190 ss.



LA CONCEZIONE DELLA RISERVA DI LEGGE IN SERGIO FOIS

Rileggendo la Riserva di legge di Sergio Fois

1. – La riserva di legge è indubbiamente un tema strategico per gli studiosi del diritto costituzionale: esso coinvolge innanzitutto la storia delle istituzioni, quella delle forme di governo, la teoria delle fonti ed i diritti di libertà.

Il libro di S. Fois, pubblicato nel lontano 1963 in forma provvisoria, ma largamente circolato tra i costituzionalisti, ha avuto il merito di portare alla loro attenzione, non già, come scriveva l'A., un "fossile giuridico", ma sicuramente un tema, all'epoca circoscritto alla sempre problematica, ma tutto sommato secondaria distinzione tra riserva assoluta e riserva relativa, che già la giurisprudenza della Corte (concernente soprattutto le riserve di cui agli artt. 23, 25 e 41 della Costituzione) aveva in qualche modo fatto emergere. Esso ebbe dunque il merito di richiamare l'attenzione degli studiosi su tutta la complessa problematica che involge la riserva di legge, mostrandone la centralità nello studio delle costituzioni contemporanee.

Il saggio di Fois muove, com'è noto, dalla ricostruzione storica, a partire dall'esperienza della monarchia costituzionale tedesca, delle forme di governo del continente europeo allo scopo d'indagare quale fosse in origine e come si sia in seguito trasformato l'istituto della riserva di legge. Questa è intesa fondamentalmente come una clausola di riserva di competenza a favore del legislativo che nelle diverse esperienze storiche, da un lato, interferisce sino a confondersi con il principio di legalità e, dall'altro, proprio in quanto norma sulla competenza, è volta a garantire la stabilità dei rapporti tra legislativo ed esecutivo.

In particolare nella monarchia costituzionale tedesca, basata su un rigido dualismo tra il Sovrano ed il Parlamento con evidente prevalenza del primo, non essendo ancora operante il principio della sovranità popolare, la riserva di legge si atteggia come una clausola generale che assegna al Parlamento la disciplina degli interventi sulla libertà e sulla proprietà dei singoli. Essa costituisce dunque un limite estrinseco del potere dell'esecutivo, per il quale la legge non è il fondamento ma il limite della sua attività. Tenuto conto che nell'ambito di questa forma di governo residuano al monarca numerosi poteri normativi primari (inerenti, ad esempio, ai rapporti di soggezione speciale e alle ordinanze di urgenza, insieme con le autorizzazioni precostituzionali o derivanti da norme consuetudinarie), la conclusione di Fois è che la riserva di legge garantisce, nella monarchia costituzionale, l'esecutivo contro le ingerenze del potere legislativo.

Così configurata, la riserva di legge finisce col sovrapporsi al principio di legalità formale e a presentarsi come semplice conseguenza della supremazia della legge sugli atti amministrativi, ma essa non rappresenta per Fois, contrariamente alle



opinioni correnti, garanzia dei diritti individuali, a causa dell'assenza in siffatte forme di governo di limiti sostanziali (intrinseci) alla legge.

2. – Nelle democrazie parlamentari la riserva di legge, sempre intesa come riserva generale per tutto ciò che attiene alle limitazioni della libertà e della proprietà, coincide del tutto con il principio di legalità. Si afferma in questa esperienza la necessità dell'*Ermächtigung* legislativa e sebbene si riconoscano i diritti individuali e la loro azionabilità, la mancanza di limiti al potere legislativo impedisce che la presenza della legge possa funzionare da garanzia di tali diritti.

Poiché in dette forme di governo la preminenza della legge è assoluta e incondizionata, la riserva di legge non vale più come limite per il legislativo, ma ne rafforza il potere nei confronti dell'esecutivo.

Questa conseguenza non discende, secondo Fois, dal carattere flessibile delle costituzioni riconducibili alle democrazie parlamentari classiche che, in quanto tali non pongono limiti cogenti al legislatore, con la conseguenza che la riserva di legge non impedisce il trasferimento all'esecutivo dei poteri riservati al Parlamento, ma deriva semplicemente dalla concezione della riserva di legge come espressione della supremazia del Parlamento.

3. – La prospettiva muta radicalmente con l'avvento delle costituzioni rigide e garantite dal secondo dopoguerra, che superano il mito dell'onnipotenza del legislatore, sottoponendone l'attività a limiti estrinseci (Francia, V Repubblica, con la creazione di una riserva di regolamento) ed intrinseci (Germania federale e Italia).

In conseguenza di questi ultimi limiti si afferma il divieto per il legislatore – di fronte alla riserva di legge – di trasferire in bianco i propri poteri al Governo.

Fois nega che nel nostro ordinamento operi un principio di legalità sostanziale, respinge la tesi di Crisafulli che ne ravvisa il contenuto nella necessità di uno stacco tra il disporre e il provvedere e nega conseguentemente che il principio di legalità sostanziale possa assorbire la riserva di legge.

Nemmeno nelle esperienze contemporanee Fois vede nell'istituto della riserva di legge una garanzia dei diritti individuali, in quanto ritiene che il fatto che essi siano sottoposti a disciplina legislativa non interessi la loro protezione.

Individua alla fine la *ratio* della riserva nel trattamento giuridico della legge e cioè nella dialettica parlamentare tra maggioranza e opposizione e quindi nel controllo di costituzionalità cui le leggi sono sottoposte.

Allora il significato della riserva di legge si caratterizza per la possibilità che le opposizioni partecipino alla elaborazione degli atti legislativi e perché nei confronti di tali atti è attivabile il sindacato di legittimità costituzionale, affidato nel nostro ordinamento alla Corte costituzionale. Sicché la *ratio* della riserva consiste in queste forme di governo nella difesa della Costituzione.

Corollario di questa tesi è quello che anche le leggi regionali, rispondendo a tale logica, soddisfano la riserva di legge, mentre estranei ad essa sono altre forme di riserva di competenza, come quelle relative ai regolamenti parlamentari, all'autonomia collettiva e ai regolamenti locali, che invece rispondono ad esigenze diverse.

Infine, quanto alla distinzione tra riserve assolute e riserve relative, la soluzione che ne dà l'A. è del tutto coerente con l'idea della riserva come norma sulla competenza: la riserva è tutta, in via di principio, assoluta, salvo che esse alla luce della Costituzione e degli interessi costituzionali in gioco, non si presentino come relative; salvo, cioè, che la Costituzione non esiga che il legislatore dia una disciplina completa della materia riservata, ma consenta ovvero richieda l'intervento di altre fonti. Emerge così, senza peraltro essere letteralmente esplicitata, la distinzione, di cui s'impossesserà la dottrina successiva, tra l'aspetto negativo della riserva, che si ritrova anche nelle precedenti esperienze costituzionali, e quello positivo, caratteristico delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, che impone al legislatore la disciplina degli oggetti riservati, inibendogli al contempo di devolverla all'esecutivo.

4. – Sono trascorsi ormai quasi cinquant'anni dalla pubblicazione del saggio di Fois ed è quindi necessario interrogarsi oggi su ciò che è valido ancora e ciò che invece è caduco nella sua ricostruzione della riserva di legge.

E' sicuramente valido il metodo storico-comparativo per lo studio di un istituto che affonda le sue radici nella storia del costituzionalismo europeo e della rappresentanza politica; sicché la ricerca del significato attuale della riserva di legge non poteva prescindere dallo studio delle esigenze che sin dall'origine essa doveva soddisfare e dai modi in cui essa è stata configurata.

Altrettanto validi sono ancora i risultati dell'indagine svolta sulla base di tale metodo, che pone in luce come la riserva di legge sia un elemento qualificante delle forme di governo. Il dualismo che caratterizza, in particolare, le monarchie costituzionali è lucidamente espresso nella riserva di legge.



LA CONCEZIONE DELLA RISERVA DI LEGGE IN SERGIO FOIS

Piuttosto, proprio con riferimento a tali esperienze, a me pare che la riserva non sia, come ritiene Fois, un istituto di garanzia per il Sovrano contro il rischio di prevaricazioni parlamentari nei confronti della "prerogativa regia", ma all'opposto rappresenti – considerata la monarchia costituzionale una sorta di ponte tra lo Stato assoluto e il regime parlamentare – una tappa costituzionalmente fissata nel percorso che vede i Parlamenti divenire titolari della pienezza del potere legislativo. Essa quindi garantisce contro la tendenza, sempre presente nelle monarchie costituzionali del secolo XIX e dell'inizio del XX, ad un recupero dei poteri originariamente spettanti al Sovrano assoluto.

Ritengo ancora che possa considerarsi superata l'idea, che percorre tutta l'indagine, del principio di legalità come legalità formale e mi pare che non sia stato colto e approfondito lo spunto anticipatore di Crisafulli (nella sua nota alla sent. n. 13/1961 della Corte) verso una configurazione, anche in base all'art. 97 Cost., del giusto procedimento.

Oggi, anche grazie agli sviluppi indotti dalla legge n. 241/1990 e ad una significativa giurisprudenza costituzionale, è difficile disconoscere che nella Costituzione italiana il principio di legalità dell'azione amministrativa abbia valore sostanziale e che l'idea crisafulliana dello stacco tra il disporre e il provvedere, tra la legge che fissa i criteri dell'azione amministrativa autorizzando l'esecutivo a disporre dei diritti individuali e il provvedimento che, sulla base ed in conformità di quei criteri, determina la compressione dei diritti, sia pienamente realizzata.

Probabilmente l'aver trascurato questo aspetto del principio di legalità è alla base della svalutazione, presente nel libro, della riserva di legge come momento di garanzia dei diritti. Invero la circostanza che sia la legge a tracciare gli ambiti dell'attività amministrativa garantisce non solo la legalità (sostanziale) della stessa, ma anche la certezza del diritto e l'eguaglianza nella sua applicazione, se si riflette che la discrezionalità attribuita all'amministrazione è essa stessa sindacabile dal giudice amministrativo, non solo in rapporto alle specifiche previsioni della legge, ma anche sotto il profilo dell'eccesso di potere in tutte le sue forme e figure sintomatiche ed anche dei principi generali del diritto.

5. – Ma il frutto più maturo ed ancora apprezzabile dell'indagine di Fois è la configurazione della riserva in termini di competenza, cui si congiunge la riflessione che la sua *ratio* si ricollega

al regime stesso della legge, sia nella dialettica maggioranza/opposizioni, sia quanto a controllo di costituzionalità dell'atto legislativo.

Questa conclusione apre la strada ad alcuni interrogativi su temi sui quali Sergio Fois ritornerà più avanti, quello dell'idoneità degli atti del Governo con forza di legge a soddisfare la riserva e quello del ruolo dei regolamenti comunitari.

Entrambi questi interrogativi riceveranno dalla Corte risposta affermativa e metteranno in discussione la linearità della costruzione di Fois (che, non senza un certo imbarazzo, qualche anno più tardi prenderà atto della possibilità che nella materia riservata intervengano decreti-legge e decreti legislativi), ma, a ben vedere, la sua costruzione ne esce rafforzata.

Infatti, se è pur vero che l'intervento degli atti con forza di legge nelle materie riservate attenua il valore democratico-parlamentare della riserva, è anche vero che il momento parlamentare di confronto maggioranza/opposizioni viene comunque spostato, nei decreti-legge, alla fase della conversione e, nei decreti legislativi, alla fase della delegazione e dei pareri parlamentari che accompagnano la formazione dei decreti delegati; fermo comunque il controllo della Corte costituzionale.

Quanto ai regolamenti comunitari, la stessa sent. n. 183/1973 della Corte, che ne affermò l'idoneità ad intervenire nelle materie riservate (nella specie, nella disciplina delle prestazioni patrimoniali imposte di cui all'art. 23 Cost.), conferma la validità dell'impianto dell'analisi di Fois sulla riserva di legge come norma sulla competenza. Infatti, una volta costruito – come fece la Corte nel 1973 – il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario in termini di separazione di competenze normative in forza dell'art. 11 della Costituzione, ne discende in modo rettilineo la conclusione che, nelle materie trasferite alle Istituzioni europee, la riserva di legge si trasforma in una riserva di atto normativo comunitario, a meno che non vengano in rilievo i principi supremi della Costituzione e i diritti inalienabili della persona umana.

Ricordo che Fois, con il quale ebbi a discutere di tali temi, non apprezzava affatto giurisprudenza della Corte in materia, ma essa era proprio il risultato delle sue profonde intuizioni consegnate al saggio del 1963.

FEDERICO SORRENTINO



LA CONCEZIONE DELLA LIBERTÀ IN SERGIO FOIS

Sergio Fois e la libera manifestazione del pensiero

1. Dividerò la relazione in due parti: nella prima cerco di esporre i punti di partenza, la trama e le conclusioni più significative contenute nella monografia di Sergio Fois del 1957, intitolata *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*; nella seconda parte cercherò di riassumere le tesi più significative in materia di libertà di manifestazione del pensiero che Fois ha enunciato in numerosi saggi e articoli dal 1957 fino all'ultimo del 2000 (se non vado errato).

Il caso ha voluto che Sergio Fois pubblicasse la sua monografia nello stesso anno in cui Carlo Esposito leggeva il 22 febbraio 1957 nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza di Roma la sua famosa prolusione intitolata *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, pubblicata nel 1958. Questo spiega perché Fois, pur citando doverosamente alcuni scritti di Esposito, non citi mai, perché non poteva, il saggio di Esposito, e perché Esposito, pur conoscendo come si ricava dalle note alcuni primi lavori di Fois, non citi mai, perché non poteva, la monografia di Fois. Si tratta di un felice esperimento naturale (per dir così) che permette ai giuristi di verificare questioni di metodo fondamentali: a) anzitutto l'importanza dei punti di partenza in qualsiasi discorso giuridico: porre come premessa una piuttosto che un'altra tesi pregiudica inesorabilmente i risultati; è come fermarsi ad un bivio o un trivio o un quadrivio e così via, ed imboccare una strada anziché un'altra; è ovvio che si arriverà in luoghi diversi; b) nello stesso tempo è sorprendente notare come nonostante i punti di partenza diversi è possibile che su specifiche questioni si giunga a conclusioni eguali o molto vicine; c) il fatto che una posizione apparentemente perdente nel confronto con un'altra riemerge sotto altra veste e con altre parole anni dopo: nel nostro caso è evidente che la posizione di Fois è rimasta praticamente unica, non ripresa da altri, mentre quella di Esposito è ancora oggi quella dominante tra i costituzionalisti (avrei molti dubbi per quanto riguarda i giudici); a me pare però che in pratica alcuni spunti di Fois del 1957 siano in qualche modo riemersi nel tempo, sia pure con parole e concettualizzazioni diverse. La dimostrazione di questi tre punti di metodo emergerà nel corso della trattazione a tempo debito.

2. Vediamo ora quali sono i punti di partenza e gli sviluppi della tematica in Esposito ed in Fois. Sia perché il saggio è dedicato al pensiero di Fois, sia perché il pensiero di Esposito appare in questo caso molto più lineare e semplice, dedicherò poche osservazioni schematiche ad Esposito, ed una lunga trattazione a Fois.

Il punto di partenza di Esposito, senza qui esporre le molte e complesse considerazioni che l'autore porta a dimostrazione, si riassume nella dicotomia diritto individuale - diritto funzionale: il diritto di manifestazione del pensiero è un diritto individuale, attribuito all'individuo come tale, indipendentemente da quale uso ne intenda fare e da quale risultato essa produca nei fatti, oppure è un diritto funzionale, e cioè attribuito all'individuo se e in quanto si rivela necessario o comunque utile alla società? Esposito ritiene che ai suoi tempi fosse prevalente la seconda posizione (sostenuta secondo lui anzitutto dal costituzionalista che maggiormente stimava, e cioè Mortati); critica implacabilmente tale posizione, e pone come principio contenuto nell'art. 21 della Costituzione e come premessa fondamentale della sua trattazione la tesi secondo cui la libertà di manifestazione del pensiero è un diritto individuale, e non funzionale. Prima di passare a trarne tutte le conseguenze rispetto alle molte domande che il principio trascina con sé, Esposito correttamente si pone la questione di cosa sia il pensiero la cui tutela è l'oggetto dell'art. 21. Anzitutto ritiene che la parola comprenda qualsiasi manifestazione riconducibile all'espressione di ciò che l'uomo pensa e sente con la mente: quindi anche l'espressione mediante gesti, il disegno, la pittura, la manipolazione di cose (ad es. la scultura), il teatro, il cinema, la poesia, la letteratura, il mero parlare; in secondo luogo, facendo leva sull'aggettivo "proprio", cioè che l'art. 21 tutela è il pensiero sinceramente creduto ed effettivamente creato da chi lo manifesta, e quindi non il pensiero soggettivamente falso (sarà la legge a stabilire se e quando è punibile il soggettivamente falso e quali sono i rimedi contro l'oggettivamente falso, salva la libertà di manifestare anche un pensiero oggettivamente falso ritenuto vero, e quindi la non punibilità della persona che si trova in questa situazione); ugualmente l'art. 21 non tutela chi manifesta come proprio un pensiero altrui che appartiene ad altri (lo spacciare per proprio un pensiero di altri, che è altra cosa dal condividere il pensiero di altri e fonderlo col proprio pensiero). Naturalmente, come accade per ogni libertà, la manifestazione del proprio pensiero comprende anche il diritto di non manifestare il proprio pensiero. Altra cosa sono i mezzi di manifestazione del pensiero: Esposito dedica alcune osservazioni sul punto, ma concentra la propria attenzione sul contenuto del pensiero, su ciò che viene manifestato, quale che sia



il mezzo usato. Questa distinzione entro l'art. 21 tra contenuto del pensiero e mezzi per manifestarlo è oggi pacifica e si ritrova anche in Fois (come vedremo; vedremo anche che sul principio costituzionale in tema di mezzi di manifestazione esiste un netto contrasto tra Esposito e Fois, che emergerà negli anni successivi alla pubblicazione della monografia di Fois). Perimetrato in tal modo il pensiero la cui manifestazione viene tutelata, constatato che l'art. 21 pone come unico limite il buon costume, discusso il significato della espressione buon costume (su cui non è il caso di soffermarsi in questa sede), Esposito dal fatto che, a differenza di altre libertà, la Costituzione non prevede una riserva di legge in materia, deduce il principio per cui i limiti ulteriori applicabili alla manifestazione del pensiero sono soltanto quelli che trovano un fondamento in altre specifiche disposizioni della Costituzione. Segue poi l'analisi delle specifiche disposizioni costituzionali che giustificano limiti alla libertà di manifestazione del pensiero e l'analisi di quali sono i limiti che esse giustificano.

3. Esaminiamo ora la monografia di Fois.

È opportuno segnalare all'inizio alcuni punti di partenza che sono comuni ad Esposito ed a Fois. Fois sottolinea fin dall'inizio e costantemente che egli intende occuparsi dei principi costituzionali, e non intende svolgere una trattazione sistematica intorno alla manifestazione del pensiero. Se si riflette che Pace e Manetti, nel loro commento all'art. 21, hanno dovuto impiegare più di ottocento pagine, si conferma materialmente che sia Fois che Esposito, per quante domande e risposte a specifici problemi abbiano dato, hanno però concentrato la propria attenzione sui principi costituzionali, e non sulle molte leggi, sulle innumerevoli sentenze, sui molti casi particolari in materia. Inoltre anche Fois distingue chiaramente la parte dell'art. 21 dedicata al contenuto del pensiero dalla parte dedicata ai mezzi di manifestazione del pensiero: si concentra sul contenuto, come Esposito, e dedica alcune rapide osservazioni sui mezzi solo alla fine in un breve capitolo (mentre, come dirò, proprio sui mezzi si concentrerà l'attenzione costante di Fois negli anni successivi fino alla fine).

La costruzione di Fois è estremamente complessa, o almeno così risulta a me visto che per esporla sia pure per capi (tralasciando ovviamente le dimostrazioni) ho avuto bisogno di enucleare undici passaggi.

Fois muove anzitutto da una distinzione in due gruppi dei diritti di libertà: nel primo gruppo (che comprende ad es. gli articoli 13, 14, 15, 16 ed altri) "la tutela della personalità del singolo è ... vista nella sua rilevanza individuale, o meglio «privata» e sotto un profilo principalmente «negativo» ed «inattivo»"; con il secondo gruppo (che comprende ad es. gli articoli 19, 21, 18, 17, 33, ed altri) "la personalità del singolo è tutelata nella sua manifestazione esterna, nel suo aspetto «positivo» ed «attivo», in quanto cioè tende ad istituire un dialogo tra i soggetti della comunità politica" (pp. 14-15); "Caratteristica delle libertà comprese nella seconda «serie» sembra quindi essere un'accentuata rilevanza sociale e, *lato sensu*, «politica»" (p. 15). Non si tratta affatto, mi pare, di una diversa formulazione della dicotomia di Esposito diritto individuale - diritto funzionale. Negli anni successivi Fois avrà occasione di pronunciarsi sul punto: affermerà sempre di essere contrario



LA CONCEZIONE DELLA LIBERTÀ IN SERGIO FOIS



alla concezione della libertà di manifestazione del pensiero come diritto funzionale<sup>1</sup>, e non dirà mai di aver cambiato opinione nei confronti della sua monografia. A me pare conclusione esatta: nella monografia la divisione in due gruppi di tutti i diritti di libertà, proprio perché non qualifica un diritto di libertà ma l'insieme di tutti i diritti di libertà, non sopporta che tutti i diritti del primo gruppo siano dichiarati individuali e tutti quelli del secondo funzionali, nel senso seguito da Esposito; in secondo luogo la distinzione tra i due gruppi serve a Fois non per assoggettare la libertà di manifestazione del pensiero ad un numero indefinito di limiti in nome del suo carattere funzionale, ma esattamente al contrario per individuare, come vedremo, materie privilegiate che garantiscono al massimo possibile la libertà di manifestazione del pensiero.

Arriviamo così al secondo passaggio. Secondo Fois per comprendere il significato e la portata del primo comma dell'art. 21 bisogna collegarlo con altri diritti di libertà che tutelano egualmente la libertà spirituale del singolo: "Poiché il principio della libera manifestazione del pensiero è sancito in via principale nel 1° comma dell'art. 21, qualora si voglia procedere ad un'esatta determinazione del significato e del valore di tale principio, bisogna tenere presente quali rapporti lo legano ai principi informativi delle altre norme poste a tutela della personalità spirituale del singolo" (p. 22).

Arriviamo così al terzo passaggio, che mi pare quello cruciale: prima ancora di collegare l'art. 21 con altre libertà è necessario chiarire cosa si intende con "diritto di manifestare liberamente il pensiero" (e fin qui tutti debbono convenire) ma subito dopo aggiunge: "Determinazione in via positiva [nota bene: in via positiva] del contenuto significa ricostruire il diritto di manifestare liberamente il pensiero come libero esercizio di attività *positivamente identificabile*; stabilire, in base ai principi che *affermano* la libertà,

quali comportamenti (manifestazioni del pensiero) il singolo può legittimamente porre in essere. Saranno legittime - e saranno garantite come libero esercizio della libertà - quelle manifestazioni del pensiero che rientrano nell'attività definita e riconosciuta libera nella norma costituzionale" (p. 31). Qui si colloca il nodo cruciale: le affermazioni prima citate comportano che esistono manifestazioni del pensiero libere (in questo senso garantite dalla Costituzione), ma anche manifestazioni del pensiero non garantite dalla Costituzione; queste manifestazioni non garantite, una volta stabilito che quelle tutelate vanno definite in positivo (e quindi elencate in numero finito), diventano per definizione tutte le altre non ricomprese in questo elenco. Fois è perfettamente consapevole che, contro l'uso prevalente, sta definendo in positivo e non in negativo un diritto di libertà (o meglio una parte di una libertà, che qualificherà privilegiata), e dedica alcune pagine alla giustificazione di questa cruciale sua posizione di metodo. Qui si colloca la differenza fondamentale con Esposito e con tutti coloro che continuano a definire in negativo i diritti di libertà (a mio avviso anche Pace, nonostante la sua affermazione drasticamente contraria alla qualificazione dei diritti di libertà come diritti negativi; a mio avviso il contrasto con Pace si basa su un equivoco linguistico, riferendosi la sua tesi ad una questione diversa da quella trattata da chi sostiene essere negativi i diritti di libertà: ma di questo ovviamente non posso trattare qui). Chi sostiene che i diritti di libertà vanno definiti in negativo vuole semplicemente ricordare che la libertà, e cioè la possibilità di fare o non fare, è materialmente, oggettivamente, indefinita, e dunque si tratta nell'ordinamento giuridico di scegliere tra una garanzia formulata in positivo (sono garantiti soltanto i comportamenti elencati, e tutti gli altri infiniti comportamenti riconducibili ad una libertà sono vietabili dal potere) oppure una garanzia formulata in negativo (sono vietati soltanto i comportamenti elencati, e tutti gli infiniti altri restano per ciò solo liberi). Esposito, e con lui tutti gli altri che lo hanno preceduto e seguito in punto di metodo, elencano nel modo più completo possibile i limiti che in positivo sono necessari o possibili secondo Costituzione, e per ciò solo (in negativo) tutte le

altre manifestazioni di pensiero sono garantite come libere dalla Costituzione. Fois invece vuole definire in positivo quali sono le libere manifestazioni del pensiero, e perciò ne garantisce alcune, e lascia le altre alla discrezione del legislatore. Cade qui a proposito una osservazione che a prima vista sfugge: Fois non intitola il suo libro "Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero" ma "Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero", e cioè denuncia fin dal titolo quello che poi spiega, che vi sono libere manifestazioni del pensiero garantite direttamente dalla Costituzione e manifestazioni del pensiero non garantite direttamente in Costituzione (garantite quindi dalla legge, nella misura prevista dalle leggi). Per togliere ogni dubbio su questa mia sottolineatura cito ancora: "Perciò in ogni caso l'obiettivo da proporsi è quello della determinazione positiva del significato e del contenuto della libertà di pensiero in base alla individuazione dei principi costituzionali che la caratterizzano" (p. 35); "Tutto ciò significa che la linea di discriminazione tra esercizio della libertà di pensiero ed abuso di tale libertà non può essere precisata che in base ad un criterio di valutazione ricavata direttamente ed esclusivamente dai principi costituzionali [fin qui esiste concordanza con Esposito]. Ma proprio su tale piano si incontrano le maggiori difficoltà. La dichiarazione costituzionale che riconosce la libertà di manifestazione del pensiero, isolatamente presa, offre elementi del tutto insufficienti" [qui invece comincia una netta differenza con Esposito] (p. 37).

Come superare la insufficienza dell'art. 21 denunciata da Fois? Qui si colloca il quarto passaggio: non può essere la legge ordinaria a colmare questa lacuna; detto diversamente i limiti della libertà di manifestazione del pensiero non possono essere stabiliti con legge ordinaria, ma solo sulla base della Costituzione (cita in modo adesivo una tesi di Esposito che questo autore aveva già sostenuto prima del saggio del 1957-58; qui si vede all'opera quel meccanismo prima enunciato per cui la diversità dei punti di partenza non impedisce parziali convergenze, come avviene in questo caso).

Quinto passaggio: vi sono nella Costituzione aspetti della manifestazione del pensiero che ricevono un trattamento privilegiato: stanno negli articoli

19 (libertà religiosa) e nell'art. 33 (libertà dell'arte e della scienza); in questi casi, a testimonianza del regime privilegiato, non si applica né il limite del buon costume né quello dell'ordine pubblico (ed altri analoghi dice Fois).

Sesto passaggio: Fois, con una lunga e acuta argomentazione, sostiene che anche la manifestazione del pensiero in materia politica costituisce aspetto privilegiato, parificando in tal modo le manifestazioni di pensiero in materia politica a quelle in materia religiosa e a quelle in materia di arte e di scienza... anche la libertà di pensiero in materia politica deve essere considerata, sia pure in via implicita, un aspetto *privilegiato* della libertà di pensiero" (p. 63).

Settimo passaggio: a giustificazione di questa collocazione privilegiata per la libertà di pensiero in materia politica Fois riprende una tematica allora fortemente presente ed oggi scomparsa, quella legata alla distinzione tra società omogenee e società disomogenee, con il connesso problema di una particolare tutela delle minoranze (tema caro a Fois che ritorna anche qui, oltre che innervare tutta la monografia sulla riserva di legge).

Vi sono dunque tre materie privilegiate: quella religiosa, quella dell'arte e della scienza, quella politica. Qui si sviluppa l'ottavo passaggio. Nelle materie privilegiate vi sono soltanto due condizioni che giustificano un limite alla manifestazione privilegiata. "Limitare la libera manifestazione in materia privilegiata sarebbe ammissibile solo alla condizione che: 1° sia in questione la violazione di un bene od interesse specifico avente fondamento nella Costituzione, 2° la violazione di tale bene od interesse coincida con la violazione di un limite *logico* della manifestazione del pensiero. Qualora uno dei due elementi non sussista, ogni limitazione della libertà di pensiero in materia privilegiata sarebbe da ritenersi incompatibile con i principi costituzionali" (pp. 107-108).

Naturalmente a questo punto Fois deve spiegare che cosa vuol dire limite logico (è il nono passaggio in questa ricostruzione del pensiero di Fois). Mi pare che qui l'aggettivo "logico" sta per "concettuale": si tratta, come farà anche Esposito, ma con soluzione radicalmente diversa, di definire l'espressione "manifestazione del pensiero". Detto



<sup>1</sup> Cito per tutte la seguente affermazione: "...la libertà di manifestazione del pensiero, nella nostra Costituzione, non può mai, e sotto nessun profilo, essere considerata come un *diritto funzionale*" (in *Questioni sul fondamento costituzionale del diritto alla «identità» personale in AAVV, L'informazione e i diritti della persona*, a cura di Alpa, Bessone, Boneschi, Chiazza, Napoli 1983, ripubblicato nella raccolta citata nel testo *La libertà di informazione*, p. 257).

LA CONCEZIONE DELLA LIBERTÀ IN SERGIO FOIS

diversamente: qual è l'oggetto al quale si riferisce l'art. 21? Fois così risponde: la manifestazione del pensiero è un rapporto con altri; "Il rapporto deve essere «di pensiero», e cioè la manifestazione deve tendere - in via diretta - a sollecitare un'attività di pensiero negli altri individui a cui si rivolge" (p. 113). Ne viene esclusa una manifestazione di pensiero che serva di motivo e di spinta ad un'azione, purché il rapporto tra pensiero manifestato ed azione sia *esplicito, diretto ed immediato* (p. 113). Viene anche esclusa dalla tutela dell'art. 21 una manifestazione che tende a suscitare un "puro sentimento, uno stato puramente emozionale" (p. 114). Ecco ora la conclusione: "Nei casi di *materia privilegiata* basta che la manifestazione del pensiero sia tale in senso stretto perché essa debba essere considerata assolutamente legittima. E sicuramente deve essere considerata di pensiero in senso stretto quando non consista in un incitamento diretta ed immediato all'azione" (p. 114).

Siamo al decimo passaggio. Anche in materia privilegiata, se la manifestazione non è di pensiero in senso stretto (come definito nel nono passaggio), vi sono due limiti (p. 115): sono punibili o comunque vietabili le manifestazioni che si risolvono in eccitamento contrario al buon costume (come vuole lo stesso art. 21) e quelle che si risolvono in eccitamento che offende l'onorabilità altrui (violando la pari dignità tutelata dall'art. 3 della Costituzione).

Arriviamo così all'undicesimo ed ultimo passaggio: una volta stabiliti i principi costituzionali per quanto riguarda le materie privilegiate, resta da chiarire che cosa la Costituzione impone o permette a proposito della manifestazione di pensiero nelle materie non privilegiate (e cioè tutte le altre meno quelle privilegiate) (pp. 119-120). "Per la libertà di pensiero *generica* non sussistono quelle ragioni di carattere sostanziale" che l'autore ha sviluppato in tutte le pagine precedenti, ragioni "che escludono ogni discrezionalità in sede legislativa ed amministrativa per quanto riguarda la posizione e l'applicazione dei limiti - ed ammettono solo limiti puramente *logici* - nei confronti della libera espressione del pensiero in materie *privilegiate*."

"In mancanza di tali ragioni pare quindi che - per ciò che riguarda la libertà di pensiero *generica* - si debba ammettere una certa quale discrezionalità del legislatore ordinario nello stabilire e precisarne i limiti, anche limiti di natura tale che possano essere applicati discrezionalmente dall'interprete in sede giurisdizionale od amministrativa. Il legislatore ordinario può perciò prevedere, in aggiunta al limite del buon costume esplicitamente previsto dalla norma costituzionale, limiti quali quello dell'ordine pubblico od altri analoghi".

La conclusione di questo punto (p. 120) merita di essere riportata. "La rilevanza della distinzione tra manifestazione del pensiero in materia privilegiata e libertà di pensiero generica (e la conseguente diversa soluzione del problema dei limiti) è particolarmente evidente e rivela la sua utilità, ad esempio, per quanto riguarda il problema della libertà di cronaca" (che sarà oggetto di specifica trattazione in un capitolo specifico e successivo da parte di Fois).

Seguono da questo punto alcuni capitoli che esaminano alcuni limiti alla luce dei principi costituzionali fin qui enunciati (limite del buon costume; il limite dell'«ordine pubblico»; il limite della «onorabilità altrui»; la libertà di cronaca; i limiti della libertà di cronaca; alcuni limiti eccezionali): parte che possiamo tralasciare appunto perché si tratta di applicazione dei principi e non più di ricostruzione dei principi in quanto tali.

4. Prima di trattare degli scritti successivi alla monografia sulla libera manifestazione del pensiero, due osservazioni a mò di conclusione su questo punto. Anche a voler rimanere entro la costruzione di Fois senza rigettarla, l'ultimo passaggio appare debole, perché Fois non sa dire se e quali limiti comunque il legislatore incontra anche quando disciplina la manifestazione del pensiero in materie non privilegiate, e in tal modo, di fatto, per quanto riguarda le materie non privilegiate, reintroduce quello che all'inizio aveva escluso, e cioè la mera riserva di legge rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, con la conseguenza che con la costruzione di Fois la Costituzione, come avveniva con lo Statuto albertino, demanda alla legge la tutela della libertà di manifestazione del pensiero in materie non privilegiate, con una riserva per di più che anche a considerarla assoluta non è però rinforzata (come avviene invece ad es. con l'art. 13). Penso che questa sia la ragione principale per cui la costruzione di Fois non ha avuto successo, e non è stata ripresa né dai costituzionalisti né dai giudici.

Nello stesso tempo la costruzione di Fois, per quanto in ipotesi difettosa (almeno sul punto ora ricordato, e quindi in realtà difettosa per quanto riguarda il perno della sua trattazione e cioè la distinzione tra materie privilegiate e materie non privilegiate), segnala un problema e una difficoltà, non rilevata a mio parere dalla costruzione di Esposito e di quanti lo hanno ripreso, problema e difficoltà che però la pratica si è incaricata di far emergere. Questo problema e questa difficoltà è emersa con violenza a proposito della libertà di cronaca, alla quale non per caso e con preveggenza ha dedicato molta attenzione Fois, sia nella monografia che



successivamente. Non è vero che in pratica (e quindi anche in diritto) vi sia una sola uniforme applicazione dell'art. 21 della Costituzione a tutte le manifestazioni del pensiero. È necessario distinguere, non solo sul piano descrittivo ma anzitutto sul piano normativo, tra cronaca e altre manifestazioni del pensiero: i limiti al diritto di cronaca sono diversi dai limiti applicabili a proposito di altre manifestazioni. Messi su questa strada diventa plausibile chiedersi se vi siano altre forme di manifestazione del pensiero che esigono limiti più ampi o meno ampi di quelli che in generale si applicano alle manifestazioni del pensiero (ad es. in tema di satira), e diventa essenziale individuare quali sono i principi costituzionali che giustificano queste diversificazioni. Mi pare in conclusione che la distinzione tra materie privilegiate e materie non privilegiate come costruita da Fois non abbia retto alla prova della esperienza, ma che la sua esigenza di distinguere forme di manifestazione del pensiero giuridicamente diverse per quanto riguarda i limiti ad esse apponibili si sia dimostrata corretta.

5. Per gli scritti successivi di Fois mi sono avvalso di due raccolte, ambedue rispondenti a scelte dell'autore, come si evince in un caso dalla presentazione di Vignudelli e nell'altro dalle informazioni contenute nel risvolto di copertina. La prima raccolta in ordine di tempo riguarda proprio la libertà di manifestazione del pensiero, è stata pubblicata nel 1991 a cura di Aljs Vignudelli, e si intitola *La libertà di «informazione» - Scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione*; la seconda si intitola *La crisi della legalità*, con commossa e commovente presentazione di Giuseppe Guarino, ed è stata edita postuma nel 2010.

Nella prima raccolta, che porta la indicazione di I e nella prefazione preannuncia un secondo volume che non è stato pubblicato, su 17 scritti nove riguardano il tema dei mezzi di manifestazione del pensiero, e di questi nove sette riguardano la televisione, a testimonianza di quanto avevo già anticipato e cioè del prevalere anche in Fois (come mi pare in tutti i giuristi interessati al tema) della questione dei mezzi piuttosto che del contenuto, e tra i mezzi del prevalere della televisione rispetto a qualunque altro mezzo (forse oggi sta prevalendo l'attenzione per internet). Nella seconda raccolta, che possiamo considerare una sorta di testamento scientifico di Fois, prevale nettamente il tema della legalità, e il tema della libertà di pensiero diventa secondario: su 17 scritti soltanto due ritornano sul tema: il primo è la ristampa di uno già pubblicato nell'altra raccolta (intitolato *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 della Costituzione*); il secondo si intitola *Informazione e diritto costituzionale*, e venne pubblicato nel 2000, tra gli ultimi scritti di Fois (che dal 2002 sembra non aver scritto più nulla di diritto, mentre ha scritto libri di poesia, come informa Guarino).

Tratterò prima dei due scritti sulla libertà di manifestazione del pensiero compresi nella seconda raccolta e poi degli scritti sulla televisione compresi nella prima raccolta. La ragione di questa inversione sta nel fatto che i due scritti della seconda raccolta riguardano il contenuto di pensiero tutelato dalla Costituzione, e quindi consentono di aggiungere qualcosa al Fois della monografia, e in qualche modo di concludere il punto, permettendo così di concentrare l'attenzione sulla televisione, ed in generale sui mezzi di manifestazione, come tema unitario che caratterizza la prima raccolta (tralasciando di necessità altri scritti ed altri temi pur interessanti e meritevoli di attenzione).

6. Il saggio *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 della Costituzione*, pubblicato nel 1985 nella rivista *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, è come dice il titolo una serrata critica delle famose sentenze della Corte di Cassazione sia civile che penale (con qualche differenza tra loro) mediante le quali la Cassazione enunciava analiticamente (come un legislatore) i limiti del diritto di cronaca. Fois fa notare anzitutto che a rigore non è un decalogo, perché sette delle regole non sono che specificazione analitica di un solo principio; la Cassazione in realtà enuncia tre principi: il diritto di cronaca è legittimo se ricorrono "tre condizioni: 1) utilità sociale dell'informazione; 2) verità ... dei fatti esposti, da intendere in senso sostanzialmente oggettivo; 3) forma civile della esposizione dei fatti e della loro valutazione". Fois critica implacabilmente tutti e tre questi principi enunciati dalla Cassazione. Però mentre per il secondo e il terzo non c'è alternativa, per il primo (l'utilità sociale) Fois elabora un principio diverso che comunque giustifica un allargamento del diritto di cronaca, e cioè il principio della rilevanza sociale (cosa diversa come spiega analiticamente Fois dalla utilità sociale), che costituisce ragione della applicazione dell'esimente prevista dall'art. 51 del c.p.. Qui c'è anche un fuggevole accenno alla materia privilegiata di cui aveva parlato a suo tempo (senza ricordare espressamente la monografia del 1957). Ne traggio due conseguenze: Fois non rinnega propriamente la costruzione delle materie privilegiate, e trova che nel diritto di cronaca, e nella specifica disciplina che comunque lo caratterizza, si trova qualcosa di comparabile alle antiche materie privilegiate; nonostante tutto esiste un diritto di

## LA CONCEZIONE DELLA LIBERTÀ IN SERGIO FOIS

cronaca che riceve un trattamento giuridico diverso da altre manifestazioni di pensiero, quando sussiste la rilevanza sociale. Importante poi mi pare quanto dice a p. 549 (sto citando dalla seconda raccolta): "limiti che non possono essere che negativi"; se si ricorda quanto ho ricostruito a proposito della monografia del 1957, qui c'è la testimonianza espressa di un mutamento di opinione di Fois: la libertà di manifestazione del pensiero, come tutte le altre libertà, va ricostruita in negativo e non in positivo (contro quanto invece aveva sostenuto nella monografia del 1957 a proposito della manifestazione del pensiero in materie privilegiate).

Lo scritto del 2000 *Informazione e diritti costituzionali* è una specie di riassunto delle sue fondamentali posizioni in tema di libertà e di libertà di pensiero in particolare. Colpisce anzitutto la rimeditazione di cosa vuol dire pensiero e l'allargamento della tutela che ne deriva rispetto al 1957. Pensiero dice questa volta Fois (p. 694) è "tutto ciò che origina e/o consegue nella sfera psichica di un dato soggetto, e per volontà del soggetto stesso" (definizione che mi pare particolarmente felice e bella anche linguisticamente). Un lunga parte, riprendendo apertamente il pensiero del filosofo Popper, viene dedicata alla dimostrazione della inconsistenza della distinzione tra fatto e opinione, ed alla critica della pretesa impossibile che venga manifestata la verità oggettiva e quindi diventi punibile chi manifesta qualcosa di oggettivamente falso (diverso è il caso ovviamente di chi sia consapevole di manifestare il falso). La conseguenza giuridica che Fois ne trae, ma era tesi presente da sempre, è che rientra nella tutela costituzionale anche l'apologia e la propaganda, e che ogni informazione è per definizione tendenziosa (con conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 656 del c.p. per questa parte). Infine, come suggello del pensiero di Fois sul tema della libertà di pensiero e della libertà in generale, mi pare molto bella e significativa l'affermazione di p. 705: "... mi sembra possa dirsi che la vera essenza della libertà stia nel dubbio."

7. La raccolta di scritti di Fois a cura di Aljs Vignudelli, pubblicata da Maggioli nel 1991, si intitola *La libertà di «informazione»* e porta il sottotitolo *Scritti sulla libertà di pensiero e la sua diffusione*. Mi soffermo su titolo e sottotitolo perché da essi si ricava immediatamente che la tematica che collega i 17 scritti raccolti riguarda la informazione come componente interna e fondamentale della libertà di pensiero e riguarda i mezzi di diffusione della informazione, e cioè in pratica anzitutto e soprattutto la radiotelevisione a cui non per caso sono dedicati la maggioranza degli scritti raccolti. Ho ristretto, come preannunciato, la trattazione alla radiotelevisione, e tra gli scritti in materia ne ho selezionati cinque, che vanno dal 1960 all'ultimo (pubblicato in ambedue le raccolte) che è del 1989, e che scandiscono i momenti cruciali vissuti da Fois e da tutti noi a ridosso delle sentenze della Corte costituzionale.

Prima però di entrare nel merito di questi cinque saggi, e del filo conduttore che li rende parti di un disco unitario e continuo, mi pare opportuno ricordare che Fois, sempre, anche quando esamina una questione molto circoscritta, collega tale questione al sistema e si pone costantemente il problema di legare in modo esplicito e coerente la soluzione dello specifico problema a tutto il resto del sistema. Abbiamo già visto all'opera questo metodo nella monografia sulla libera manifestazione del pensiero che non per caso comincia con una classificazione di tutte le libertà costituzionali in due gruppi e la collocazione dell'art. 21 in uno dei due gruppi. Non sarà possibile esaminare analiticamente questo aspetto: qui basti ricordare che Fois ogni volta che esamina il tema della radiotelevisione si preoccupa delle premesse e conseguenze di ogni sua presa di posizione anche in riferimento ad altri principi costituzionali (ad es. in riferimento non solo come ovvio agli articoli 41 e 43, ma anche per es. al diritto di sciopero e alla libertà di organizzazione sindacale).

Il primo saggio esaminato, che è anche il primo della raccolta, si intitola *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, pubblicato nel 1960 nella rivista *Giurisprudenza costituzionale*. È un lunghissimo commento (57 pagine della raccolta!) alla famosa prima sentenza della Corte costituzionale in materia, ed è una denuncia accurata della sua imprecisione ed equivocità. Questo sarà un motivo conduttore di tutti gli altri scritti, senza bisogno di ripetere la osservazione. Il punto di partenza essenziale di Fois sta nella sua tesi, apertamente contro Esposito, e già enunciata nella sua voce *Censura* nell'*Enciclopedia del diritto*, secondo cui l'art. 21 tutela anche la libertà dei mezzi di diffusione del pensiero, cosicché il legislatore ordinario deve attenersi a quanto esplicitamente o implicitamente la Costituzione stabilisce in materia. "... la garanzia della libertà di utilizzazione consiste nel fatto che essa possa essere limitata nei soli casi e modi previsti dalla Costituzione" (p. 17). Questa tesi percorre e governa tutti gli scritti della raccolta, dall'inizio alla fine. Viene riferita all'art. 21, e non anche all'art. 15, con una netta distinzione tra i due articoli anche per quanto riguarda i mezzi (e quindi la questione del monopolio pubblico). Fois si pone poi il problema



dei mezzi che indirettamente permettono o possono limitare la libertà di diffusione, quali ad es. le imprese giornalistiche e le tipografie, e conclude (p. 27) che in base alla sua dimostrazione "sembra si possa dire che la garanzia di utilizzazione dei mezzi di diffusione del pensiero si estende (anche se più oltre si cercherà di precisare in che senso e fino a che punto) alle attività che rappresentano strumenti organizzativi e tecnici adatti alla piena realizzazione di tale libertà". Si noti quanto già sottolineato: qui Fois sta parlando in generale di tutti i mezzi, prima di arrivare allo specifico mezzo della radiodiffusione, come del pari risponde al medesimo canone il confronto con le confessioni religiose e le scuole, la cui libertà comprende analogamente anche i mezzi che permettono l'esercizio di tali libertà (pp. 28 e 29). Passa poi ad esaminare il rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero ed attività economica e conclude affermando che (p. 34) "Il valore dei principi costituzionali relativi alle varie situazioni soggettive va gerarchizzato, e quello dei principi costituzionali relativi alla libera manifestazione e diffusione del pensiero si situa indubbiamente su un piano superiore a quello dei principi riguardanti l'attività economica: cosicché l'applicazione dei secondi alle attività in questione incontra un limite specifico e rigido nella garanzia derivante dai primi". In altre parole non si possono invocare gli articoli 41 e 43 per limitare l'utilizzazione dei mezzi, se questa utilizzazione riguarda la diffusione del pensiero, e quindi la limitazione della attività economica prevista in astratto dalla Costituzione deve arrestarsi quando limita incostituzionalmente i mezzi di diffusione del pensiero. Segue poi una accurata e acuta analisi della nozione di servizio pubblico e la conclusione che le imprese private di radiodiffusione non potrebbero essere considerate servizio pubblico. Su questa base la prima conclusione (p. 50) è che il monopolio delle radiodiffusioni circolari come riserva originaria (con conseguente esclusione totale della iniziativa privata) è incostituzionale (anticipa in tal modo le sentenze 225 e 226 del 1974); sono invece ammissibili trasferimenti di imprese se ricorrono i requisiti previsti dall'art. 43 Cost. (che quindi non determinano una riserva totale allo Stato), è ammissibile una legge antitrust per limitare posizioni private dominanti, ma è anche possibile separare la proprietà e gestione di impianti tecnici di radiodiffusione rispetto alla attività di programmazione e diffusione di programmi radiotelevisivi, con il connesso diritto di utilizzo di tali impianti da parte delle imprese di predisposizione e diffusione di programmi televisivi (ipotizzando un modello che allora fu proposto ed agitato ma non ha avuto alcun seguito nella legislazione e tra le forze politiche).

Questa ultima possibilità viene di nuovo discussa al termine dell'articolo *La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della Giurisprudenza costituzionale*, pubblicato nel 1977 in *Giurisprudenza costituzionale*. Lo scritto commenta soprattutto la

sentenza n. 202 del 1976 e viene dopo naturalmente le fondamentali sentenze n. 225 e 226 del 1974, che hanno dato inizio al lungo e contorto cammino che ha portato alla fine del monopolio pubblico. L'interesse principale dello scritto sta da un lato nella critica alla tesi che dominava allora e prevale ancora oggi secondo cui la radiotelevisione è un servizio pubblico per sua natura, e dall'altro nella affermazione che, se il monopolio della radiotelevisione nazionale via etere (e solo di questa alla luce delle sentenze della Corte) si giustifica esclusivamente con la limitatezza dei canali disponibili, allora questa specifica attività deve essere esercitata come servizio pubblico, con tutte le conseguenze che ne discendono. "Se l'attività di radiodiffusione circolare su scala azionale implica una situazione di monopolio o oligopolio, poiché di conseguenza tale attività non potrebbe comunque essere riferibile a «tutti» (ex art. 21) come diritto individuale, l'attività stessa può essere «riservata» dalla legge perché (e purché) sia esercitata (o fatta esercitare, mediante apposita concessione) come servizio pubblico: perché (e purché) dunque, sia esercitata (o fatta esercitare) sotto il potere di «direzione e controllo» pubblico". Non sembra questa a Fois la soluzione migliore. Fermo restando che dove non c'è limitatezza (ad es. per la televisione via cavo) non è ammissibile il monopolio legale, anche nel caso della limitatezza Fois suggerisce la soluzione già avanzata nel 1960 (sic!) e già ricordata, secondo cui si dovrebbe separare la predisposizione e gestione tecnica degli impianti di radiodiffusione dalla predisposizione e gestione libera dei programmi televisivi.

Volutamente di teoria generale è il saggio del 1979, pubblicato ne *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, e intitolato *Presupposti e modelli per una disciplina dell'attività radiotelevisiva*. Nel titolo figura anche la informazione che si tratta di una parte prima, ma non mi risulta che sia stata pubblicata la parte seconda alla quale pure l'autore si impegna. Si tratta di una accurata disamina della categoria di servizio pubblico, condotta ispirandosi alle teorizzazioni di Massimo Severo Giannini. Il senso principale del saggio, una volta chiarito che cosa vuol dire servizio pubblico, mi pare che stia nella constatazione che il servizio pubblico non può essere esercizio di libertà, ma di potere sotto direzione e controllo pubblico.

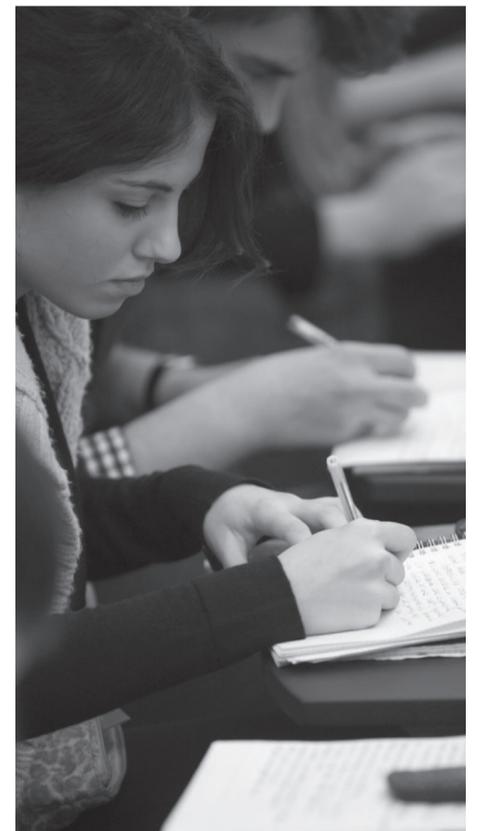
Il quarto saggio si intitola *Rai-Tv, «Governo» del monopolio pubblico o «governo» di un servizio pubblico?* in AAVV. *Il servizio pubblico televisivo*, Napoli 1983, nel quale, come anticipa il titolo, vi sono due tesi fondamentali: a) il monopolio pubblico non ha fondamento costituzionale (p. 272); b) può esserci [quindi non è obbligatorio che ci sia] un servizio televisivo pubblico (p. 283).

Il quinto saggio che esamino qui, e che conclude questa parte della mia relazione, è del 1989, si intitola *Profili costituzionali e disciplina radiotelevisiva*, è la rielaborazione di una relazione

ad un convegno, venne pubblicata nella rivista *Giurisprudenza costituzionale*.

È la ripresa sistematica e completa di tutti i temi e le questioni affrontate negli anni, ma anche una radicalizzazione delle tesi di Fois a favore della libertà dei mezzi di diffusione del pensiero anche in materia di radiotelevisione nazionale via etere, contro il monopolio statale. Qui per necessità mi limito a riportare alcune delle conclusioni. Anzitutto il giudizio sulla Corte costituzionale (p. 419): "Da quanto ho detto, e che potrebbe essere ulteriormente approfondito, documentato e motivato, emerge che la giurisprudenza della Corte riguardo alla giustificazione della riserva statale, è quanto meno incerta, oscillante, se non addirittura contraddittoria". Poi le conclusioni in positivo su quali sono secondo Fois i principi costituzionali in materia, dopo aver lungamente criticato sia le diverse posizioni della Corte sia quelle allora prevalenti in dottrina. "La prima conclusione è che, in relazione al «bene etere», può affermarsi la configurabilità di un vero e proprio diritto soggettivo. Ciò che conta, infatti, non è una disponibilità «illimitata» di tale bene ma, come anche la Corte ha ammesso, una disponibilità «sufficiente»" (p. 430). In tal modo viene meno (come già sostenuto nel saggio del 1983 prima citato) anche l'unico caso di monopolio statale ammesso dopo il 1974. Questa conclusione diventa ancora più fondata se si riconosce, come fa Fois, e come già allora stava diventando evidente, che la limitatezza dei canali (unico motivo che fino ad allora secondo Fois ed alcune, ma non tutte le sentenze della Corte, giustificava il monopolio della radiodiffusione nazionale via etere) stava per essere superata mediante lo sviluppo tecnologico da mezzi e modalità di diffusione che toglievano questa limitatezza. "La seconda affermazione conclusiva è che i diritti (di informazione e di iniziativa economica) in materia radiotelevisiva sono sicuramente individuali «diritti di libertà»; quello di informazione, inoltre, è sicuramente «individuale» nel senso tecnico costituzionale del termine" (p. 432). Ne consegue che "la natura del diritto in questione quale «diritto di libertà» è intrinsecamente e radicalmente incompatibile con quella di «servizio pubblico» che venga attribuita alla corrispondente attività: anche questo ho più volte sottolineato e dimostrato" (p. 432). Mi pare sarebbe un errore leggere queste affermazioni come una giustificazione di oligopoli privati o posizioni private dominanti in materia radiotelevisiva. Fois ha sempre ribadito che è legittima una legge antitrust in materia: quello che anche in questo ultimo scritto egli sostiene è che il diritto all'utilizzazione dei mezzi costituzionalmente garantito non può essere subordinato alla esistenza di una legge antitrust (e quindi non venire tutelato come diritto individuale se il legislatore pigro non ha emanato una legge antitrust). Il legislatore con la sua inerzia non può impedire o limitare l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito (come infatti si è giustamente concluso in tema di diritto di sciopero e di libertà di organizzazione sindacale, due diritti costituzionali immediatamente operativi, anche in assenza di leggi in materia). Quale poi sarebbe stato o è stato il giudizio di Fois sull'attuale duopolio (che in pratica oggi è un monopolio di un solo privato) non posso dire: penso però che, formulato da un deciso difensore della libertà di tutti come Fois, sarebbe dovuto essere o è stato un giudizio drasticamente negativo.

GIUSEPPE UGO RESCIGNO



Modena 17 novembre 2011  
Facoltà di Giurisprudenza, Aula Magna  
via San Ceminiano 3 - ore 11



Con il patrocinio dell'  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI MODENA E REGGIO EMILIA  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
E LETTERATURA E SCIENZE UMANE



SEMINARI  
MUTINENSIS

# La dottrina di Sergio Foïs



Lorenza Carlassare  
Federico Sorrentino  
Giuseppe Ugo Rescigno

