

Giornale di
Storia
costituzionale

n. 11 / I semestre 2006

STORIA, GIUSTIZIA, COSTITUZIONE
PER I CINQUANT'ANNI DELLA CORTE COSTITUZIONALE



eum > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale
Periodico del "Laboratorio Antoine Barnave"
n. 11 / I semestre 2006

Direzione Giuseppe G. Florida†, Luigi Lacchè, Roberto Martucci,
Luca Scuccimarra

Comitato scientifico Bronislaw Baczko (Ginevra), Giovanni Busino
(Losanna), Francis Delperée (Lovanio), Alfred Dufour (Ginevra),
Lucien Jaume (Parigi), Heinz Mohnhaupt (Francoforte), Michel Per-
tué (Orléans), Michael Stolleis (Francoforte), Joaquín Varela Suan-
zes (Oviedo)

Comitato di redazione Paolo Colombo, Federico Lucarini, Giovanni
Ruocco

Segreteria di redazione Mauro Antonini, Marco Bruni, Ronald Car,
Luca Cobbe, Roberta Ciaralli, Gerri Ferrara, Simona Gregori, Paola
Persano, Gianluca Piergiacomi, Monica Stronati

Direzione e redazione Laboratorio di storia costituzionale "A. Bar-
nave" - Università di Macerata
piazza Strambi, 1 - 62100 Macerata,
tel. +39 0733 258724; 258775; 258365
fax. +39 0733 258777
e-mail: barnave@unime.it
www.storiacostituzionale.it

I libri per recensione, possibilmente in duplice copia, vanno
inviati alla Segreteria di redazione. La redazione si rammarica di
non potersi impegnare a restituire i dattiloscritti inviati.

Direttore responsabile Angelo Ventrone

Registrazione al Tribunale di Macerata
n. 463 dell'11.07.2001

Edizione/Publisher Edizioni Università di Macerata
Vicolo Tornabuoni, 58 - 62100 Macerata
tel. +39 0733 2584414 - fax +39 0733 2584416
e-mail: info.ceum@unime.it

Distribuzione/Distributed by Quodlibet edizioni
via Santa Maria della Porta, 43 - 62100 Macerata
tel. +39 0733 264965 - fax +39 0733 267358
e-mail: ordini@quodlibet.it

ISBN 978-88-6056-040-7
ISSN 1593-0793

Tipografia Litografica Com, Capodarco di Fermo (AP)

La rivista è pubblicata con un finanziamento dell'Università degli
Studi di Macerata, del Dipartimento di diritto pubblico e teoria del
governo dell'Università di Macerata e del Ministero dei Beni cultu-
rali.



In copertina: Bernardino Nocchi (1741-1812), *Fama alata*, Palazzo
della Consulta sede della Corte costituzionale.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2007

Prezzo di un fascicolo

euro 22;
arretrati, euro 26;

Abbonamento annuo (due fascicoli)/ Subscription rates (two issues)
Italia, euro 35; Unione europea, euro 40; U.S.A. e altri Stati, euro
60.

Pagamento:

A mezzo conto corrente postale n. 14574628 intestato a
Tempi provinciali soc. coop. a.r.l.,
via p. Matteo Ricci, 108 - 62100 Macerata;
Con assegno bancario, con la stessa intestazione;
Tramite bonifico bancario: Banca delle Marche cc. 13004
ABI 6055 CAB 13401
con Carta Visa, inviando, tramite fax o e-mail, i propri dati,
numero della Carta e le ultime quattro cifre della data di scadenza.

Payments:

By bank transfer: Banca delle Marche IBAN IT93 F060 5513 4010
0000 0013 004, Swift Code BAMAIT3A;
By Credit Card (Visa): please send by fax or e-mail the Credit Card
number and the last four digits of expiration date.

Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rin-
novati per l'anno successivo.

Sommario

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 11 / I semestre 2006

- Storia, giustizia, costituzione.
Per i cinquant'anni della Corte
costituzionale
- 5 *Introduzione*. Il limite, la garanzia, l'arbitro.
La Corte e il costituzionalismo
LUGI LACCHÈ
- Pagine aperte
- 25 Il costituzionalismo moderno fra mito e
storia
PAOLO GROSSI
- Protagonisti
- 55 Testimonianza
GIULIANO VASSALLI
- 65 La ricerca dell'essenziale. Intervista
MAURO FERRI
- 81 Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla
Corte costituzionale
UGO DE SIERVO
- 93 La Corte costituzionale nell'esperienza di
un avvocato
ALESSANDRO PACE
- 113 La Corte costituzionale vista "di là dal
banco"
MASSIMO LUCIANI
- Fondamenti
- 121 Un diritto «allo stato fluido». Note sto-
rico-giuridiche su *aequitas* e ragionevo-
lezza
FERDINANDO MAZZARELLA
- 145 L'invenzione della *Marbury v. Madison*
BENEDETTA BARBISAN
- 165 Kelsen e la Corte costituzionale austriaca:
un percorso storico-politico (1918-1920)
SARA LAGI
- 177 Les sources légitimes de la juridiction
constitutionnelle. La réplique de Hans
Kelsen à Carl Schmitt
SANDRINE BAUME

Itinerari

- 195 I giudici costituzionali e la comparazione giuridica
ANGIOLETTA SPERTI
- 209 Corte costituzionale e sistema costituzionale in Germania
DIAN SCHEFOLD
- 235 25 años de historia del Tribunal Constitucional español: acordes y desacordes
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA
- 259 La Corte suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea
ALESSANDRO TORRE
- 287 Lo sviluppo costituzionale in Egitto
TAHANI MUHAMMAD AL-GIBELI

Approdi

- 295 L'istituzione della Corte costituzionale e la sua affermazione: una lezione dalla storia
ANDREA SIMONCINI
- 309 Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia
PASQUALE PASQUINO
- 321 I rapporti fra Corte e Parlamento in mancanza di una politica costituzionale
CESARE PINELLI
- 329 In piedi... entra il popolo sovrano!
GIULIO SALERNO

Librido

- 341 Trenta proposte di lettura

Introduzione

Il limite, la garanzia, l'arbitro. La Corte e il costituzionalismo*

LUIGI LACCHÈ

1. *La Corte costituzionale e la dimensione storica*

Che il cinquantenario di una istituzione come la Corte costituzionale potesse essere l'occasione per riflettere sulla sua storia era scontato. L'occasione, si può dire adesso, non è trascorsa invano. Tra il 2005 e il 2006 una lunga teoria di convegni, seminari, pubblicazioni ha riccamente celebrato l'evento, con risultati, in alcuni casi, eccellenti¹. Il mezzo secolo è un traguardo di prim'ordine per una istituzione repubblicana e ne segna in maniera definitiva l'ingresso nella "storia". Si offriva il destro per ritornare in maniera critica sulle radici, sulle fondamenta e sulle trasformazioni di una istituzione essenziale per il funzionamento e lo sviluppo di una democrazia costituzionale. Anche il *Giornale di storia costituzionale* – pur dal suo angolo visuale – ha inteso dedicare un numero monografico alla Corte e ai profili storici della giustizia costituzionale.

Nel confronto con una pubblicistica che

si preannunciava tecnicamente provvedutissima ed esaustiva, il *Giornale* ha optato per un disegno storico-critico, certamente parziale, ma in grado di affrontare alcuni nodi strategici propri della *storicità* della dimensione *esistenziale* della Corte, sia nel quadro specifico del contesto italiano sia in quello più generale dei *principi* e delle *esperienze*.

Tra le istituzioni consolidate della nostra repubblica la Corte costituzionale – pur così carica di responsabilità e, per dirla con terminologia spiccia, di *poteri* – è probabilmente la meno conosciuta, anche

* Il *Giornale di storia costituzionale* dedica questo numero monografico sulla Corte costituzionale alla memoria di Giuseppe C. Florida, prematuramente scomparso. Memo Florida avrebbe voluto partecipare a questo fascicolo con un saggio che purtroppo non vedrà la luce. È stato un grande amico del *Giornale*, un costituzionalista di valore, di assoluta onestà intellettuale, curioso e appassionato. Per lui la dimensione storica non era un ornamento, al contrario era parte integrante del suo modo di concepire e leggere il fenomeno costituzionale nel tempo e nello spazio. La sua scomparsa ci lascia un grande vuoto e il rammarico di non poter più contare sul suo signorile sostegno.

al pubblico più informato e più attrezzato culturalmente (Zagrebelsky 2005, p. 3).

Invero i profili più problematici della Corte – della sua storia e della sua stessa vita istituzionale – non sono stati certo ignorati sul piano storiografico generale (per es. Massera 1972; Tranfaglia 1973; Mezzanotte 1979; Barile, Cheli, Grassi 1982; D'Orazio 1983; Bonini 1996; Bignami 1997; Rodotà 1999; Cheli 1999; Cerri 2001; Simoncini 2004) o su quello più "interno" della sempre più ampia manualistica connessa allo sviluppo della giustizia costituzionale.

Enzo Cheli, nella *Introduzione* all'importante opera postuma di Livio Paladin *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana* (2004, p. 12), coglie bene tuttavia uno dei nodi più delicati sul piano della ricognizione storica del fenomeno costituzionale, ovvero lo scarto tra la «storia degli storici» e la «storia dei giuristi» (come ricorda Andrea Simoncini)². Questa distinzione segnala senza dubbio un problema di fondo – già discusso da tempo (Bonini 1987; 1995; Paladin 1997) – che proprio nella storia della Corte costituzionale trova un palese banco di prova. Questo profilo "critico" mantiene una sua indubbia rilevanza, sul piano epistemologico e metodologico, e il terreno della storia costituzionale dovrebbe servire come rinnovato laboratorio (per es. Lacché 2001; Pinelli 2001) nel quale la imprescindibile dimensione giuridico-istituzionale possa realmente confrontarsi con i linguaggi scientifici della storiografia più sensibile e attenta alla complessità del fenomeno costituzionale.

Come è noto, fare la storia di una istituzione come la Corte costituzionale è compito certamente difficile. La Corte "parla"

attraverso le sue decisioni e il "segreto" della Camera di consiglio deve per forza di cose creare uno schermo opaco verso l'"esterno". Si potrebbe dire che le condizioni *esistenziali* di funzionamento della Corte – a cominciare dalla vita e dal modo di essere dei giudici – rilevano in misura molto minore delle decisioni assunte. Tuttavia il rischio di una visione integralmente "formalistica" dell'operato della Corte, ancorata in maniera esegetica e parcellizzata alle singole vicende e soprattutto alle singole decisioni (del genere note a sentenza) (Luciani) rischia di riprodurre una sorta di *positivismo giurisprudenziale* che cozza – se assunto a dimensione esclusiva – con la natura e soprattutto con la *realtà* della Corte. Lo stimolante saggio di Gustavo Zagrebelsky su *Principi e voti* mostra in maniera evidente le possibilità offerte da un approccio in grado di tener conto dei diversi registri che contrassegnano la vita di una istituzione tanto complessa.

Il rischio di descrivere in astratto un sistema di giustizia (Cheli 1999, p.10) è sempre in agguato e la modellistica della giustizia costituzionale non può prescindere da un adeguato lavoro di storicizzazione. Per questo gli sforzi di periodizzazione, pur con i limiti del caso, rappresentano uno stimolo utile per mostrare come i *tempi* di una istituzione che maneggia e bilancia principi, valori e interessi coincidano solo in parte con quelli della contingenza politica, dei conflitti sociali e della incandescenza dei fatti economici: non si può certo prescindere da essi (il contesto) ma non bisogna neppure sottovalutare le *specificità* istituzionali della Corte, ovvero quell'insieme di tradizione, prassi, strategie, uomini che ne fanno la storia.

La giurisprudenza costituzionale, se ha

ricevuto la massima e crescente attenzione, come è ovvio che sia, da parte degli studiosi, specie sotto il profilo dogmatico e delle tecniche raffinate di interpretazione, non ha altrettanto sollecitato – almeno in maniera *strutturale* – il punto di vista della metodologia storica. Ciò è dovuto a vari fattori e tra questi la «perdurante vitalità dell'idea della giurisdizione come attività di meccanica applicazione della legge (o di qualunque altra fonte, Costituzione compresa), a lungo assai radicata nei paesi di *civil law*, nei quali per molto tempo ci si è abituati a considerare i mutamenti della giurisprudenza come meri riflessi (registrazioni) delle trasformazioni del diritto positivo, senza connessione con l'evoluzione del quadro sociale, politico, economico» (Luciani). In tal senso, è fondamentale maturare «una piena consapevolezza di ciò che essa (la Corte) fa effettivamente nella specifica contingenza storica nella quale essa opera» (De Siervo).

2. Le domande di fondo

La "storia giudiziaria" nel nostro paese non ha una vera tradizione (Luciani), ampiamente legittimata come in altri contesti (quello americano per primo). Il cinquantenario, a dire il vero, ha prodotto qualche effetto, in termini di testimonianza. Non si tratta di mere ricognizioni "autobiografiche" ma di riflessioni dalla forte valenza istituzionale. Per questa ragione il *Giornale* ha richiesto – anche a titolo di esemplificazione e di banco di prova – ad alcuni protagonisti di rendere testimonianza sul loro lavoro *dentro* o *dinanzi* la Corte. Si voleva, così facendo, richiamare un "gene-

re" letterario che in Italia è poco utilizzato (anche perché gode di relativa legittimazione) per comprendere meglio che cosa è e come funziona una istituzione. In particolare sono stati individuati tre poli tematici principali.

Il primo ha riguardato il rapporto tra la Corte e la società "aperta", per riprendere un'idea espressa alla fine degli anni '70 da Peter Häberle con riguardo al Tribunale costituzionale federale tedesco: il Tribunale supremo come strumento di garanzia e organo di attualizzazione della Costituzione intesa quale "contratto sociale" (alla luce della teoria costituzionale pluralista). Quali sono state le percezioni dei rapporti esistenti tra la Corte come istituzione e la società nel suo insieme? Si può parlare di un "sottodimensionamento" della Corte rispetto al ruolo che ha svolto e svolge nella società? È bene che sia così, ovvero che il massimo organo di garanzia resti più "discosto" dagli umori e dall'incandescenza del sociale (lasciando la parola in buona sostanza ai giuristi), oppure si dovrebbe meglio rappresentare la sua funzione in termini di attuazione/valorizzazione della Costituzione? Come si dovrebbe rappresentare lo snodo fondamentale che ha contrassegnato l'attività della Corte, ovvero il rapporto tra tradizione e trasformazione/progresso della società? La Corte infine può svolgere ancora oggi una "funzione educativa" sull'insieme della società?

La seconda questione ha considerato il problema relativo al rapporto tra la Corte e gli altri organi costituzionali. In particolare si voleva indagare la dimensione rinnovata della separazione dei poteri e in particolare il ruolo della Corte come organo di garanzia di fronte ai poteri "politici". Basti pensare al problema del ricorso crescente

al conflitto di attribuzione che fa della Corte l'organo di chiusura del sistema riconoscendogli un ruolo arbitrale indispensabile ma come tale esposto alla dimensione conflittuale propria della normale (e talvolta anomala) dialettica tra i poteri. Più in generale questo aspetto "colloca" la Corte – forse più di altri – lungo la linea storica principale del costituzionalismo come cultura (liberale) del limite sottoposta a indubbie tensioni nei sistemi democratici che invece privilegiano, in linea teorica, il dato della legittimazione del potere alla luce del principio democratico.

La terza questione ha preso in esame quel profilo fondamentale che segna il rapporto tra la Corte e la sua giurisprudenza e la cultura giuridica nel suo complesso. Quanto ha inciso (soprattutto negli ultimi decenni) l'azione della Corte sul superamento o sulla revisione delle teorie giuridiche dominanti? Si può parlare di una "cultura giuridica" elaborata dalla Corte nel corso del tempo, pur nella ovvia varietà degli accenti e delle opinioni personali dei giudici? Ovvero, è possibile riconoscere un orientamento culturale che – se posso dire – è "strutturale", indipendente dalla volontà dei singoli e che deriva piuttosto dalla conformazione della Corte (e forse si potrebbe dire delle Corti in termini di "convergenza"), dalla sua peculiare "posizione" costituzionale? Se invece così non è, quanto ha inciso la cultura dei giuristi – intesa come insieme stipulativo di modalità tecniche, contenuti scientifici e valori etico-morali presenti in un determinato momento storico – sulla "cultura della Corte"?

Si tratta di questioni centrali e apertissime, alle quali è difficile poter dare risposte univoche.

3. *La storia complessa della garanzia giurisdizionale della Costituzione*

Lo storico non può e non deve appagarsi di idee ricevute, di schemi preconfezionati e tratteggiati, di modelli che tendono a uniformare realtà diverse. Il *Giornale di storia costituzionale* ha battuto strade apparentemente ben spianate, senza asperità e ostacoli. Ma uno sguardo critico rivela la necessità di guardare alla storia della garanzia giurisdizionale della Costituzione con occhi anche diversi, a cominciare dal rischio incombente di mitizzazione di alcune esperienze (Grossi). Un esempio di straordinario rilievo (e un insegnamento non superficiale) ci proviene dalla notissima sentenza del 1803 *Marbury v. Madison* posta alle origini del sindacato di costituzionalità.

La più universalmente celebre pronuncia della Corte suprema americana è in realtà più citata che letta e non basta l'estrapolazione di qualche passaggio per affermare in maniera definitiva e univoca un principio. A veder meglio le cose, quella sentenza è molto più un *problema storiografico* che un dato acquisito. Il giudice John Marshall, così come i due personaggi che hanno dato il nome alla pronuncia, sono passati alla storia (e il giudice lo meritava pienamente), ma il percorso è stato lungo e affatto lineare. Benedetta Barbisan ricorda il paradosso: la decisione fondatrice del *judicial review of legislation* viene citata dalla Corte per la prima volta solo nel 1887 con qualche riferimento al principio del sindacato e la "manualistica" del tempo è altrettanto riservata. Bisogna allora guardare alle radici più profonde dell'albero per capire qualcosa di più, che quello che non c'era nella Costituzione, che taluni ritenevano essere implicito nella cultura dell'età costituente, aveva

bisogno di una vera e propria *costruzione*, meglio ancora di una *invenzione*. Nel 1895 – nell’infuocata polemica in tema di *direct taxes* – la sentenza *Pollock v. Farmers’ Loan & Trust Co.* sanciva – per finalità “conservatrici” – una rivoluzione culturale. «Nel momento in cui il diritto, un tempo neutro ed indifferente, si fa prodotto del conflitto sociale, la *Marbury* diventa il crisma con cui ungere misticamente i casi più discussi, la sua forza retorica il condono alla natura controversa delle decisioni più contestate.» (Barbisan). Viene da chiedersi perché proprio la *Marbury* e non altre sentenze. La sua poliedricità funzionale, la sua capacità di offrire una pluralità di *significati* ne avrebbe fatto il paradigma stesso di un *judicial review* che nel 1803 aveva soprattutto una valenza “privatistica” (cfr. anche Zoller 2003; Ahumada Ruiz 2006; Ackermann 2006).

Un capitolo fondamentale dello sviluppo e della concettualizzazione della giustizia costituzionale è quello che identifichiamo con il dibattito mitteleuropeo del primo dopoguerra. È da quella fase che si può dire abbia inizio il secolo della giustizia costituzionale (Zagrebelsky 2006, p.33). Anche qui la riflessione critica offre spunti importanti. C’è la tendenza a situare le origini della *Verfassungsgerichtsbarkeit* all’interno di una sorta di laboratorio asettico identificato soprattutto con la dottrina kelseniana della *Reine Rechtslehre*. Eppure, come si può ben vedere dal saggio di Sara Lagi, Hans Kelsen, su invito dello stesso Karl Renner, elabora, tra il 1918 e il 1920, progetti e soluzioni che non possono prescindere da concretissime questioni antiche e di rinnovato valore politico-costituzionale: il rapporto tra il Centro e i *Länder*, la costruzione di una nuova sovranità dello Stato incarnata dall’Assemblea Naziona-

le dopo il crollo dell’Impero, il superamento delle ipoteche antiparlamentari (del maestro Jellinek, per esempio), la tutela della Costituzione (e quindi della decisione politica ad essa sottesa) in una prospettiva di unitarietà. «La riflessione kelseniana sulla Corte costituzionale, sviluppatasi tra il 1918 e il 1920, che ci appare oggi né organica, né sistematica, né approfondita, sembrava correlata al timore di Kelsen che i *Länder* attuassero un movimento separatista. In ciò è probabilmente racchiuso il senso della Corte costituzionale kelseniana del 1920: essa e la stessa «procedura d’ufficio» furono allora concepiti come strumenti per proteggere l’intrinseca unità dello Stato che, per Kelsen, era stata sancita dalla rivendicazione della sovranità da parte dell’Assemblea nazionale e riaffermata dalla costituzione approvata il 1° ottobre 1920, che era stata elaborata e infine approvata da un organo unitario, l’Assemblea costituente» (Lagi).

L’immagine della Corte come organo di difesa della democrazia politico-parlamentare ben presente nelle due edizioni di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* fanno di Kelsen, senza dubbio, il naturale contraddittore di chi – è il caso di Carl Schmitt – rintraccia in un altro percorso storico e intellettuale le radici e i fondamenti della *custodia della costituzione*. Negli anni Venti e Trenta, attorno alle costituzioni cecoslovacca, austriaca, tedesca e poi spagnola (Cruz Villalón 1987), si delinea lo scenario concettuale e il lessico fondamentale della giustizia costituzionale contemporanea. Il “grande assente” (Meccarelli 2002) diventa un “presente” disputato e fragile. La maggiore coerenza del modello austriaco rispetto a quello “decentralizzato” weimariano – malgrado poi i progetti di Heinrich Triepel

(1924) (Schefold) e di Gerhard Anschütz (1926) (Beguin 1982; Le Divellec 2003) - non riesce a risolvere i problemi di fondo. Come è noto, il confronto - ma sarebbe meglio dire il dialogo tra sordi - tra Carl Schmitt e Hans Kelsen nel 1931 (innescato dalle riflessioni del dopoguerra) delinea posizioni e strategie antitetiche.

Schmitt vede in *Der Hüter der Verfassung* - lungo un cammino che lo porta ad una reinterpretazione del *pouvoir neutre* di Benjamin Constant e del *pouvoir monarchique* della tradizione orleanista (Guizot) (Lacché 2003) - l'unico garante *democratico* dell'unità della Costituzione, eletto dal popolo e fattore di riequilibrio tra gli organi. Nel tentativo di salvare un concetto di ordine politico antico (attraverso una sua modernizzazione *democratico-plebiscitaria*), Schmitt è ben consapevole dei rischi che una Corte giudiziaria affidataria del controllo di costituzionalità farebbe correre ai principî cardine del *Rechtstaat* e della *Staatsgerichtsbarkeit* (su questa cfr. Luther 1990). Pronunciarsi su una decisione politica è per lui un atto eminentemente politico che è proprio del legislatore.

Per Kelsen - che ha già respinto nel 1928 le principali obiezioni mosse contro la *garantie juridictionnelle de la Constitution* - non c'è differenza di natura tra le decisioni legislative e quelle che discendono dalla giustizia. « „chaque conflit juridique est pourtant un conflit d'intérêts, respectivement de pouvoir, chaque conflit juridique est donc une controverse politique, et chaque conflit qu'il soit d'intérêts, de pouvoir ou politique, peut être résolu comme une controverse juridique” [Kelsen, 2006 (1931), p. 76]. Ainsi, les contentieux constitutionnels relèvent, pour Kelsen, de la politique juridique.» (Baume).

Anche la complessa esperienza britannica della *Supreme Court* (e delle alti corti di giustizia e dei *Committees*) - solitamente esclusa da ogni tipo di legame con il modello continentale di giustizia costituzionale - può diventare, in una lettura più ampia e non formalistica, un interessante ambito di riflessione perché «... consente di destrutturare la categoria concettuale complessa che si configura nella nozione ampia di "giustizia costituzionale" e di metterne in rilievo alcuni moventi di fondo che, appunto, prescindono aprioristicamente dalla sussistenza di una carta costituzionale scritta. Questi moventi non sono meno autentici quali elementi fondanti la necessità di una giustizia costituzionale, e questa necessità - come ipotizzava Bagehot senza tuttavia spingere il suo pensiero fino ad affermare la necessità di istituire una corte costituzionale *ante litteram* - è ben presente nella storia costituzionale del Regno Unito dall'età vittoriana in poi» (Torre).

4. La volta dell'edificio

Non desta certo meraviglia che le Costituzioni del secondo dopoguerra cerchino di riannodare i fili con le Costituzioni democratiche della prima generazione. I problemi però non mancano e tre questioni in particolare contrassegnano il dibattito costituente: la *lunga durata* degli schemi concettuali del costituzionalismo ottocentesco (dal forte impianto monarchico); la questione della sovranità nello Stato liberale di diritto; la natura caleidoscopica della giustizia costituzionale, una categoria generale che in realtà contiene fenomeni

diversi. Questi grandi temi – assieme a molti altri, evidentemente – vengono affrontati e risolti in maniera diversa nelle principali esperienze europee, basti pensare all'Italia, alla Germania e alla Francia. Tradizioni, problemi, atteggiamenti culturali differenti contribuiscono a far nascere “rami” dell’”albero” giustizia costituzionale che, pur accomunati da una stessa linfa, hanno tempi asimmetrici e seguono traiettorie peculiari (Schefold). Nel dibattito costituente italiano Giorgio La Pira – siamo a fine novembre 1947 – afferma: «se vogliamo che il nostro edificio sia completo, è necessario mettere questa volta» (cit. da Bonini 1996, p. 51). Senza la Corte la casa comune resterebbe senza tetto, un edificio senza volta. Questa metafora architettonica che sarà ripresa da Carlo Lavagna nel 1951 conferma, per un verso, la consapevolezza di una *necessità* ma, per un altro, testimonia la difficoltà di realizzare un dispositivo di chiusura del sistema costituzionale.

Lo *spazio* della giustizia costituzionale, la *posizione*, la *natura* e le *funzioni* delle Corti non erano né univoci né ampiamente legittimati. La previsione della Corte – restando al caso italiano – aveva un indubbio valore rivoluzionario. Nel contesto di costituzioni democratiche rampollate da una manifestazione tanto *forte* del potere costituente e segnate, a livello ideologico, da una decisiva marcatura del primato della *politica*, la giustizia costituzionale doveva conquistarsi una sua fisionomia. Le obiezioni e le perplessità sollevate nel corso del dibattito costituente avverso l'ipotesi di una Corte costituzionale erano accomunate, pur partendo da posizioni ideologiche anche molto distanti, dal timore che la nuova istituzione (per natura, composi-

zione ecc.) fosse inadeguata. Di gran lunga più forte avrebbe dovuto essere la dimensione *politica* della Corte per coloro che intendevano assegnarle un pieno fondamento democratico (lungo il circuito sovranità popolare-partiti-parlamento-legge sovrana); più *tecnica* invece – quindi più *giudiziaria* – per chi ne temeva al contrario la “politicizzazione”.

In realtà questi timori erano spesso dettati dalla difficoltà oggettiva di *pensare* un organo del tutto nuovo che avrebbe dovuto al tempo stesso salvaguardare la tradizione “classica” del costituzionalismo liberale – il limite e la garanzia – e rendere attuabile l'*indirizzo* costituzionale ispirato dal livello superiore, rigido, dei principi e dei valori. La Corte costituzionale nasceva all'incrocio di due costituzionalismi, quello liberale e quello democratico, ne assumeva i dilemmi, le tensioni, le grandi sfide. La Corte si incuneava, quale snodo essenziale, nella storica tensione tra democrazia politica e Stato costituzionale, tra *voluntas* e *ratio* (Costa 2006, per una sintesi limpida). Aveva ragione La Pira quando diceva che senza la Corte costituzionale l'edificio sarebbe rimasto “senza tetto”. La giustizia costituzionale è diventata non a caso uno degli emblemi delle democrazie contemporanee (e lo è a livello “estetico” anche quando si tratta di costruire democrazie solo sulla carta) proprio perché rafforzando a livello *costituzionale* la cultura del limite (contro ogni forma di assolutismo politico) e della garanzia (dei diritti, soprattutto dei soggetti più deboli e delle minoranze) ha consolidato lo sviluppo stesso dei principi costituzionali.

La via italiana alla *giustizia nella costituzione* è tra le più interessanti per la sua sostanziale originalità. Ibridazione empi-

rica di modalità e di strumenti, *mixtum compositum* (da subito con la legge n.1 del 1948) di accentramento e di incidentalità del giudizio (cfr. Pasquino), non inquadrabile dentro gli schemi del principio "astratto" di separazione dei poteri (Pasquino), «snodo elastico tra le due sfere, tra la giurisdizione e la politica...» (Cheli 1999, p. 31), flessibile nei suoi presupposti di indeterminatezza del testo costituzionale, la Corte italiana è nata ed ha poi cominciato ad operare pragmaticamente in un quadro di riferimento incerto e contraddittorio. La non applicazione dell'art. 28 della legge n.87 del 1953 – che escludeva ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento – è un chiaro esempio di quanto detto (Pinelli).

Il cinquantenario ha offerto l'occasione per riflettere sull'avvio della Corte come complesso problema storico-giuridico. La tesi dell'«ostruzionismo di maggioranza» – assunta tradizionalmente, sulla scia di Calamandrei e di numerosi altri protagonisti – quale cifra della prima legislatura repubblicana ha molto influito anche sull'inquadramento storico della Corte. Fermo restando il dato politico dell'inattuazione costituzionale, l'anno 1953 è stato percepito più come l'anno della cd. "legge truffa" che delle leggi costituzionali in materia di giustizia costituzionale. È lo stesso Parlamento però ad approvare, a grandissima maggioranza, le leggi attuative. Già Livio Paladin aveva colto i limiti di una interpretazione puramente "ostruzionistica" (2004, p. 98) e ricerche ulteriori sembrano confermare quei dubbi (Bisogni 2004, pp. 71ss.; Simoncini). «Va, perciò, quantomeno corretto un diffuso giudizio sulla istituzione della Corte: questa nuova isti-

tuzione repubblicana nasce, certamente, in un contesto politico dominato da un fortissimo contrasto tra maggioranza ed opposizione, probabilmente, nasce tra sospetti e ostilità politiche, *ma, in primo luogo e soprattutto, nasce circondata da una diffusa incomprendimento del suo ruolo e da una radicale incertezza sulla sua natura*» (Simoncini). Il confronto politico – senza dubbio rilevante – non offre una spiegazione omnicomprensiva.

5. Quando mancò la luce elettrica

Il racconto della prima udienza della Corte (23 aprile 1956) che il Presidente emerito Giuliano Vassalli ci regala evoca quella storica giornata con rara efficacia. La tensione per l'importanza della prima udienza, la posta in gioco (il valore della Costituzione come parametro e quindi l'ammissibilità del sindacato costituzionale degli atti normativi antecedenti), il prestigio dei protagonisti ne fanno una sorta di *pièce* drammaturgica.

Sembra quasi di vedere quel manipolo di "coraggiosi" (destinati alcuni a diventare poi giudici costituzionali) – il capofila Piero Calamandrei, poi Achille Battaglia, Federico Comandini, Costantino Mortati, Vezio Crisafulli, Massimo Severo Giannini, l'avvocato Francesco Mazzei e appunto Giuliano Vassalli – impegnati, finalmente, nella difesa della Costituzione e dei suoi valori. Iniziava nel migliore dei modi, con una sentenza davvero rivoluzionaria (come i più avveduti subito compresero), il cammino della Corte. La morte improvvisa di Giuseppe Capograssi gettò sull'udienza un senso profondo di sgomento; i lavori, in

segno di lutto, ripresero così nel pomeriggio. «Verso le 18.30, mentre parlavo io, mancò la luce elettrica e, pure essendo aprile avanzato, l'aula d'udienza precipitò nel buio più profondo. In quel buio e nel generale silenzio, ignorando tutti se e quando la luce sarebbe tornata, dissi, rivolto al presidente, che sarei stato egualmente in grado di continuare il mio discorso. De Nicola stette sopra pensiero uno o due minuti, dopo di che, rivolto a me, disse: "Continui". Io continuai per almeno un quarto d'ora, forse anche venti minuti, nel buio più fitto senza il minimo inceppo né esitazione: trattavo un aspetto penalistico e la preparazione era stata molto approfondita. La luce tornò, fortunatamente, prima che io avessi finito» (Vassalli). La sentenza del 14 giugno 1956 suscitò numerosi commenti e un dibattito significativo nel quale intervennero alcuni dei protagonisti, si pensi a Calamandrei, a Mortati, a Crisafulli (per una accurata ricostruzione cfr. Bartole 2004, pp.121-131; Casini 2006, che pubblica le memorie superstiti relative alla prima sentenza della Corte).

Non si è riflettuto forse abbastanza sul fatto che questa sentenza e altre che seguiranno rivelano una capacità di cogliere da subito, da parte dei protagonisti, le potenzialità e il *valore della Costituzione*. Mentre il vertice della magistratura ordinaria resta ancorata in una sua *maior pars* alla cultura del positivismo legale; mentre l'avvocatura dello Stato è parimenti restia, per lungo tempo, a vedere nella Costituzione un testo integralmente normativo, mentre una parte cospicua della cultura giuridica scorge nella *programmaticità* del testo costituzionale un limite alla sua applicazione, la Corte, istituzione nuova, senza precedenti e senza tradizione, mostra di aver *compreso* il suo

ruolo dandosi una precisa identità costituzionale. Enrico De Nicola, primo prestigioso presidente di un collegio altrettanto prestigioso (Bonini 1996, p. 126), aveva ricordato non a caso, nel suo discorso inaugurale pronunciato dinanzi al Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi, come la Corte avesse dovuto affrontare nei primi mesi (ma il discorso ha una valenza più ampia) «... un compito assai arduo: quello della totale organizzazione interna e della speciale disciplina processuale, con una serie di questioni da risolvere, di ostacoli da rimuovere, soprattutto di precedenti da creare, per la mancanza di quel complesso di utili suggerimenti che il lontano passato – attraverso la tradizione – tramanda al futuro» (De Nicola 1956, p. 13).

È stato acutamente osservato che la Corte, non potendo proporsi, in quel momento, né come custode dei valori fondamentali né come arbitro tra gli interessi in conflitto (Cheli 1999, p. 33), ha scelto il ruolo "obbligato" (Bartole 2004, p. 118) di "motore delle riforme". Svolgendo una funzione di supplenza del potere politico e del legislativo, l'alta giurisdizione ha rivolto lo sguardo anzitutto verso il passato (Onida 1977, pp. 506 ss.) consolidando la sua posizione "riformatrice". Andrea Simoncini ricorda giustamente il celebre passo nel quale il Presidente Gaetano Azzariti, nel corso della conferenza stampa del dicembre 1957, affronta il problema della posizione della Corte nel sistema costituzionale: "Poichè si tratta di un organo nuovissimo, il suo collocamento nel quadro dell'ordinamento può dare luogo a perplessità. Non è certo, agevole rendersi subito conto delle novità. Bisognerà, però, tenere presente che la famosa tripartizione quale è a base della teoria della divisione dei poteri

dovuta a Montesquieu non è più sufficiente a caratterizzare nella loro integrità gli ordinamenti presenti dello Stato: perché vi sono degli organi che sono fuori di tutti e tre i poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario. Quali sono questi organi? Uno è il Capo dello Stato, l'altro la Corte Costituzionale"³. Aspetto cruciale questo della *posizione* della Corte (rispetto al quale lo stesso Azzariti si dimostrò molto sensibile, 1958, pp. 446-463), perché rivela sia lo sforzo per cogliere gli elementi di novità sia la cautela necessaria per non mettere in allarme i tre tradizionali poteri dello Stato.

La storia della Corte, specialmente nei suoi primi anni, è caratterizzata da un abile pragmatismo: se i Presidenti e i giudici, nei loro discorsi e nei loro scritti, cercano da un lato di "rassicurare" gli altri poteri istituzionali (in ordine a gran parte delle attribuzioni), dall'altro non esitano, pur nel segno di una costante ricerca del punto di equilibrio, ad elaborare tecniche, strumenti, strategie di collaborazione che di fatto hanno come obiettivo la legittimazione crescente della Corte e l'ampliamento dei suoi margini di azione. Su questo aspetto la Corte ha avuto sin dall'inizio le idee chiare (Bartole 2004, p. 131).

6. *Difendere la democrazia da sé stessa*

Lo Stato costituzionale rappresenta lo sforzo più alto e (umanamente) riuscito di conciliare la democrazia con il costituzionalismo. La Corte costituzionale ne è uno degli snodi fondamentali: «... tutti sono ormai consapevoli che quest'ultimo [il sistema costituzionale] non sarebbe quello che è – e sarebbe invece un sistema diverso – se in

esso non fosse presente la Corte; se in esso non fosse venuto meno quel principio del prepotere assoluto della legge, che gli uomini della Costituente, nel disegno di difendere la democrazia da sé stessa, vollero limitare allorché fissarono il principio garantistico della soggezione delle leggi alla Costituzione e della loro sindacabilità in sede di giustizia costituzionale» (Sandulli 1968, p. 56).

La presenza e la *posizione* della Corte hanno una chiara valenza "costituzionalistica". Nella sua storia si iscrive la consapevolezza (contrastata dai critici e dagli scettici) che essa rappresenti un dispositivo volto a limitare il *governo rappresentativo* (come dice Pasquino, l'«ideologia rappresentativa» e i suoi miti). «In sostanza, la presenza di un organo di controllo modifica le basi stesse del governo rappresentativo (o se si preferisce della democrazia): non è più la legge espressa dal Parlamento eletto che è sovrana, ma una pluralità di organi dei quali è "sovrano", in senso stretto, solo il meno capace di esprimere comandi (il corpo elettorale – non bisogna dimenticarsi che anche nella forma pura del governo rappresentativo sono costituzionalmente vietati i mandati imperativi...».

Lo Stato costituzionale è *misto* secondo un significato differente rispetto al passato. «Qui il carattere misto risiede nella diversità del fondamento di legittimità degli organi che esercitano non solo funzioni legislative ma anche funzioni d'indirizzo costituzionale. Il principio elettivo si coniuga con quello della competenza a "dire" ed a proteggere i diritti» (Pasquino). Un terreno interessante di verifica del ruolo della Corte rispetto al concetto di democrazia politico-rappresentativa si può

scorgere negli orientamenti giurisprudenziali relativi allo strumento referendario. La democrazia rappresentativa viene "rafforzata" dagli strumenti di democrazia diretta (Salerno).

La giustizia costituzionale è una «funzione repubblicana» (Zagrebelsky 2005, p. 121), l'"albero di Ulisse" al quale la democrazia ha deciso di incatenarsi (cfr. Pasquino) sapendo che le sirene sono sempre in agguato: lo strapotere, la logica maggioritaria/quantitativa, la denuncia di ogni vitale compromesso. «Possiamo perciò dire che la giustizia costituzionale non fa parte della democrazia ma serve alla democrazia» (Zagrebelsky 2005, p. 122).

Ma la Corte non ha svolto solo questa primaria funzione. «... prezioso organo respiratorio che consente il perenne adeguamento di comandi e forme alla sostanza di quei valori, con una visione rinnovata della legge che lascia finalmente alle spalle la vieta nozione di un contenitore vuoto da rispettare ad ogni costo» (Grossi; Id. 2005, pp. 62-63), l'attività della Consulta segnala almeno due profili di grande significato. La Corte opera avendo come punto di riferimento una concezione – che discende naturalmente dalla Costituzione e dall'*interpretatio iuris* – complessa, dinamica, pluralista del diritto colto allo "stato fluido", attingendo a quel diritto per principi e valori (oltreché per interessi e fatti) che caratterizza le società contemporanee.

Così facendo coglie la dimensione più profonda ed effettiva del diritto, la sua più riposta storicità. «Oggi non basta – ha osservato Cesare Rupertò nel 2002 – che le leggi siano approvate da una maggioranza; occorre che risultino ragionevoli e che l'esercizio della legislazione, pur discrezionale, si svolga nei limiti di principi indi-

sponibili da parte del legislatore» (Rupertò). E «La ragionevolezza del diritto sta nel punto di equilibrio fra testo e contesto, fra legalità e vitalità, fra lettera della legge e coscienza sociale, fra certezza del diritto e concretezza dell'ordinamento. Il conseguimento di questo punto di equilibrio non può che passare da fonti spontanee e diffuse, a cominciare dall'interpretazione giurisprudenziale, la cui azione rende possibile la formazione di un diritto aderente al massimo grado al divenire sociale, al dispiegarsi della vita economica, al pluralistico e mutevole patrimonio etico di una collettività» (Mazzarella). Il ruolo della Corte – discosta dal principio della democrazia – è stato ben interpretato dai suoi giudici che in cinquant'anni hanno mostrato, partendo da una concezione tutta legalistica del diritto, una sicura capacità ordinatoria, recuperando al giurista un protagonismo a lungo smarrito (Grossi).

7. *Nell'officina della Corte*

Chi sono i giudici costituzionali, che cosa fanno quando lavorano, da soli o collegialmente, quando ascoltano in udienza i difensori delle parti, quando discutono in camera di consiglio? A queste domande non è difficile rispondere, anche se le risposte non sono univoche. Certamente la Corte è un luogo nel quale personalità di forte caratura intellettuale si trovano, per nove anni, a dover lavorare insieme. Per molti l'esperienza della Corte è stata l'occasione – e non sembri un paradosso – per *comprendere* in profondità l'essenza del giudizio di costituzionalità, talvolta mitizzato, talaltra sottovalutato. Alla fine di tutto, c'è di mezzo una

cosa relativamente semplice ma fondamentale: il bilanciamento tra la libertà e l'autorità. La provenienza dei giudici è un dato molto importante che incide in termini di cultura e di sensibilità. Ogni "categoria" si porta dietro "pregi" e "difetti" legati alla professione di origine (De Siervo; Ferri).

Il presidente emerito Mauro Ferri insiste molto sulla politica come *magistra vitae*. Non si tratta solo di riconoscere il dato autobiografico, ma di sottolineare anche una necessità che va oltre, ovvero che il giudice possieda e sviluppi una sensibilità "politica", indispensabile alla sua funzione. Parimenti la "specializzazione" eccessiva dei giudici appare a Ferri un limite vistoso, perché questi devono avere una visione complessiva dell'ordinamento costituzionale. Controverso è anche il peso da attribuire alla figura del presidente della Consulta. Per alcuni non conta più di tanto (Zagrebelsky 2005, p. 82), per altri è una funzione di rilievo, specialmente nei momenti di incertezza o di crisi (Ferri). Anche la collegialità è un tema centrale. Tutti i giudici concordano sul fatto che il periodo dei nove anni sia lungo (ma Mauro Ferri con ironia osserva che alla fine «ci si affeziona») e molto faticoso. Nove anni di convivenza è un dato da non sottovalutare.

Nel collegio si mettono in discussione convinzioni, valori, idee preesistenti; spesso ci si divide per poi riconfermarsi: è la stretta di mano ricordata da Zagrebelsky (2005, p. 10). Tuttavia se per quest'ultimo la collegialità è un valore in sé, inclusivo, che deve funzionare da regola per evitare il più possibile il «voto decidente» considerato come una sconfitta (Zagrebelsky 2006), per altri la collegialità non deve essere necessariamente sinonimo di unanimità (De Siervo). Si discute, anche ani-

matamente, ma alla fine si decide, se occorre con il voto del presidente (Ferri). La tradizione, il valore del precedente sono importanti (Zagrebelsky 2006, pp. 83-84), ma non mancano neppure *revirement* significativi (Vassalli).

La vita della Corte, come istituzione complessa, non si limita però ai soli giudici. Sarebbe interessante approfondire il ruolo peculiare (non riscontrabile in nessun altro organo giurisdizionale) degli assistenti dei giudici. Il loro contributo è senza dubbio indispensabile ai fini dell'organizzazione e dell'economia del lavoro dei giudici. Le osservazioni al riguardo di Giuliano Vassalli e di Mauro Ferri (ma cfr. anche Ruperto 2005, *Prefazione*) offrono utili spunti di riflessione.

Certamente è mancata sinora una storia dell'avvocatura dinanzi alla Corte. Per tale motivo abbiamo chiesto di rendere una testimonianza anche a chi della Corte è stato protagonista «al di là del banco» (Pace; Luciani). Non solo perché l'avvocatura è un modo per testimoniare passione e impegno civile e politico, ma perché l'avvocato chiede alla Corte che gli si risponda (Luciani). «Per la verità, almeno l'esame degli scritti difensivi delle parti sarebbe sempre molto utile, per non dire doveroso, per comprendere la vera sostanza degli interessi e della posta in gioco nei vari giudizi costituzionali. È proprio leggendo quelle difese, poi, che è possibile capire se e dove la Corte sia stata reticente o audace; se e quanto abbia risposto a tutti gli interrogativi postisi nel corso del giudizio; se e in che misura abbia replicato agli argomenti delle parti. Qualche volta, va detto, gli annotatori mostrano di aver considerato la produzione delle parti, e qualche volta alcuni scritti difensivi sono pubblicati nel-

le riviste specializzate (è quanto è accaduto, in alcune occasioni, in *Giurisprudenza costituzionale*). Anche se vi è qualche segno di una più chiara consapevolezza dell'importanza della questione (v., da ultimo, L. Casini, *La prima sentenza della Corte costituzionale: le memorie processuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 13 sgg., ove si commentano – allegandole – le memorie redatte, appunto, in occasione della prima controversia decisa dalla Corte), tuttavia, l'attenzione per la posizione e per gli argomenti delle parti resta alquanto occasionale e costituisce meno la regola che l'eccezione.» (Luciani).

8. *Un mondo comunicante?*

Non è utile fare una storia della Corte costituzionale italiana avulsa dalla dimensione sovranazionale. Peter Häberle, riferendosi al ruolo propulsivo delle Corti costituzionali e in particolare della Corte europea di giustizia in materia di diritti fondamentali, ha osservato come esse abbiano fatto in alcuni casi «comparazione giuridica in forma di giudizio». A tal riguardo ha parlato di una «società aperta degli interpreti della costituzione» (Häberle 1999, pp. 202-203; sul dibattito cfr. Lacchè 2003).

Angioletta Sperti ricostruisce i principali contributi della comparazione giuridica nell'ambito della giurisprudenza delle Corti costituzionali. «Gli elementi di novità si manifestano, dunque, su un duplice piano: da un lato, su un piano sostanziale, non può negarsi come, in particolare nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, sia individuabile un *common core* di principi e valori costituzionali condiviso dalle princi-

pali nazioni; dall'altro, con riferimento agli strumenti ed alle tecniche di interpretazione, la comparazione si presenta sempre più come un «quinto metodo» di interpretazione del diritto» (Sperti; cfr. anche Id. 2005). Le convergenze che è dato constatare devono attirare l'attenzione se appena si considera che in origine vi erano differenze notevoli tra i sistemi di garanzia giurisdizionale della Costituzione, dal punto di vista tecnico e da quello fondamentale del modo di essere dello Stato costituzionale (Zagrebelsky 2006). L'esame del ricorso a precedenti stranieri in alcuni contesti (Stati Uniti, Canada, Regno Unito, Sudafrica) mostra differenti livelli di "apertura" e di volontà "dialogica" delle Corti.

Se negli Stati Uniti il ricorso alla comparazione ha una prevalente funzione confermativa del patrimonio costituzionale nazionale (contrastata del resto dal Congresso che teme un attivismo giudiziario su scala mondiale), in Canada segnala l'esigenza di "apprendere" da precedenti stranieri, in Sudafrica la doverosità della comparazione (specie nell'ambito dei principi fondamentali in tema di tutela di diritti) trova riconoscimento in una disposizione costituzionale. Di questa tendenza abbiamo un esempio nel tentativo della Corte egiziana – come ci ricorda Tahani Muhammad Al-Gibeli, prima giudice donna in una Corte del mondo arabo – di far rispettare al legislatore egiziano le regole internazionali e le misure stabilite in accordi o trattati internazionali firmati dall'Egitto. «La Corte nutre un'altissima considerazione per le regole internazionali, il cui confronto con le leggi nazionali è decisivo per migliori risultati nella tutela dei diritti e delle libertà, in ogni ambito: nell'ambito delle libertà di espressione, delle libertà di stampa, del diritto alla

mobilitazione e al lavoro sindacale, ecc.» (Al-Gibeli).

In Italia «la giurisprudenza costituzionale rivela uno scarso riferimento alle pronunce costituzionali straniere. Se si escludono i frequenti ma generici richiami ai principi posti a fondamento di uno «stato democratico», dello «stato di diritto» o accolti nelle «moderne democrazie parlamentari», gli esempi di riferimento alle pronunce costituzionali straniere o ai principi espressi in altre costituzioni nella nostra giurisprudenza costituzionale si rivelano alquanto sporadici e sono spesso giustificabili in base alla specifica sensibilità o alla formazione dei nostri giudici costituzionali. I casi di citazione di precedenti di altre corti supreme sono inoltre in genere solo incidentali ed utili per rafforzare le conclusioni espresse nella motivazione, la quale resta tuttavia fondata su soli principi e disposizioni interne al nostro ordinamento. Inoltre nella nostra giurisprudenza, anche al di fuori di quella costituzionale, è in generale assente ogni riflessione circa l'utilità del diritto comparato ai fini interpretativi ed i problemi posti dal ricorso a tale strumento» (Sperti).

La *respublica jurisconsultorum* dei giudici costituzionali è una prospettiva essenzialmente culturale. Talune analogie con il "mondo comunicante" evocato dal cardinal Giovan Battista De Luca e fondato sulla *communis interpretatio* dei Tribunali supremi di antico regime (Gorla 1981) appaiono suggestive – come ricorda Cesare Ruperto (pp.11-13) – ma la prospettiva di una nuova dimensione della giustizia costituzionale rimane in buona parte da costruire.

9. *L'invidia degli Dei*

Fare un bilancio generale sui primi cinquant'anni della Corte è arduo e forse temerario. Mi limito solo ad alcune indicazioni che emergono dai saggi pubblicati in questo numero. La storia della Corte è una storia di sostanziale successo, con taluni fallimenti. Non sempre la Corte ha saputo far sua una visione "oppositiva" (Pace), "polemica" (Luciani 2006) del costituzionalismo come limite del potere. La materia radiotelevisiva (e del pluralismo), per fare un esempio, appare un nodo strategico non del tutto risolto e un paradigma delle difficoltà nel rapporto politica-costituzione-giustizia. La Corte però rimane la fondamentale tutrice del primato effettivo della norma costituzionale (De Siervo).

Il sistema politico nel suo complesso mostra insofferenza verso i limiti della legalità costituzionale, con elusioni e forzature (De Siervo). Il rapporto tra la Corte e i poteri rappresentativi è regolato da una insopprimibile dialettica, ancorata necessariamente a logiche di *self-restraint* e di *fair play*. «Quando Corte e Parlamento non si parlano, i processi decisionali perdono ogni trasparenza, e sono messe seriamente a repentaglio la certezza e la prevedibilità dei rapporti giuridici» (Pinelli). Le polemiche del resto «... non sono mai mancate sull'attività della Corte costituzionale. Anzi potrebbe dirsi – osservava nel 1981 il presidente Leonetto Amadei in occasione del venticinquesimo anniversario – che la Corte è stata disegnata già sull'onda delle polemiche...» (Amadei 1981, p. 64).

D'altra parte la Corte non è né può essere il "conclave divino" di platoniana memoria. I giudici sono essere umani, ben

consapevoli del “potere” della Corte. «E che tutto sommato, devo dire, salvo in qualche caso specifico, la Corte ha usato sempre con misura e con grande equilibrio e discrezione. Ricordo quel convegno che si tenne a Bellagio nel 1990 con la Corte francese. Io dissi una battuta su questo potere: stiamo attenti a non creare l’invidia degli Dei. Nel nostro caso la divinità che potrebbe invidiare il nostro potere, è il Parlamento. Nella riforma c’è, mi pare, un tentativo di cambiare la composizione, però io spero, mi auguro – sono stato tra i promotori del Comitato per il referendum – che questa riforma non passi. Alcune proposte distruggono il fondamento della Costituzione» (Ferri).

«... ogni volta che la Corte - scrive Ugo De Siervo - non riesce a contenere, se non ad eliminare, prassi ed atti di dubbia compatibilità costituzionale non solo rischia la sostanziale irrilevanza nel sistema istituzionale complessivo, ma si assume una grave responsabilità proprio in riferimento alla complessiva società italiana, già tanto profondamente dubbiosa dell’effettiva vigenza del principio di legalità specie in riferimento ai soggetti ed agli organi più forti. Ma tutto ciò può essere operato dalla Corte solo tramite l’esercizio delle sue specifiche competenze, ampie, incisive, ma certo non illimitate: è una pericolosa tentazione da respingere quella di forzarne i confini, poiché in tal modo la Corte si esporrebbe a pericolosi confronti politici, da cui uscirebbe sicuramente sconfitta. Ma in genere la Corte è non poco prudente nel respingere le pur ricorrenti tentazioni che si sviluppano al suo interno, seppure con varie misure e modalità (è pericolosa la apparente sensazione di onnipotenza in un organo, logicamente privo di controlli

esterni, ove non esista un forte senso di autocontrollo). Semmai è nella sapiente utilizzazione delle tecniche processuali e decisorie che un organo giurisdizionale altamente specializzato che la Corte può esercitare le proprie competenze in modo parzialmente espansivo: strada in realtà largamente utilizzata, seppure sempre nel sostanziale rispetto dell’ambito delle competenze determinate dalla costituzione e dalla legge n.87/1953».

Enzo Cheli ha sottolineato l’importanza di alcuni “condizioni di partenza” per un funzionamento adeguato della Corte: l’indipendenza dal sistema dei partiti; la tempestività dei giudizi; il livello costituzionale delle pronunce; la continuità e la “certezza” giurisprudenziale (Cheli 1999, p. 25). L’indipendenza della Corte e dei singoli giudici è un argomento essenziale che suscita proposte *de iure condendo*: per es. in merito ad una possibile disciplina dell’incompatibilità alla fine del mandato (Ferri; De Siervo); o ancora in tema di riduzione del numero dei giudici; di astensione e di ricasazione; di verifica dei poteri; di introduzione del voto separato (Pace; Vassalli). Come è noto il dibattito sulla *dissenting opinion* è antico, delicato e piuttosto controverso in dottrina e nelle stesse posizioni dei giudici. Il dibattito ogni tanto riaffiora e non sembra destinato a spegnersi.

Anche la tempestività dei giudizi (Ferri) è tema importante. La storia della Corte conosce un momento di discontinuità, quasi sempre sottolineato con enfasi, durante la presidenza di Francesco Saja allorché si ebbe l’abbattimento dell’arretrato (Ferri, Vassalli). Anche in questo ambito le esperienze straniere offrono “insegnamenti” utili. Proprio in tema di accesso alla Corte (tema davvero cruciale)

(Pasquino; Id. 1998; Ferri; Vassalli), l'esperienza tedesca e quella spagnola mostrano significative differenze. Se lo strumento del ricorso individuale è stato in entrambi i casi decisivo per il consolidamento della giurisprudenza, specie in tema di diritti fondamentali, nondimeno esso ha prodotto conseguenze diverse. Se in Germania il sistema è stato accompagnato da interventi "riformatori" e da prassi volte a regolare la procedura di accesso (Scheffold), in Spagna il *recurso de amparo* (che nel 2005 ha rappresentato il 97% del totale) ha contribuito ad allungare di molto i tempi dei procedimenti, tanto da sollecitare di recente una proposta di riforma della legge organica del 1979 (Presno Linera). Nel primo caso il cittadino, in qualità di soggetto di un «ulteriore processo costituzionale» dinanzi ad un *Bundesverfassungsgericht* in grado di offrire "prestazioni" accettabili, ha percepito il ruolo della Corte in termini di una (pur fragile) integrazione (Scheffold), nel secondo l'inefficienza della regolazione procedurale rischia di diminuire il livello di fiducia dei cittadini per una istituzione, come quella del *Tribunal Constitucional*, che pure ha dato un contributo fondamentale allo sviluppo dello Stato democratico in Spagna (Presno Linera).

Queste realtà offrono ulteriori spunti di riflessione anche in merito ad un profilo funzionale della nostra Corte che negli ultimi anni ha assunto – anche a seguito di riforme costituzionali – una dimensione nuova. La forte erosione del giudizio incidentale di costituzionalità a "vantaggio" delle tecniche di risoluzione dei conflitti fra i poteri dello Stato e soprattutto con riguardo alla accresciuta conflittualità fra Stato e Regioni ha fatto parlare, con «... formula sintetica, magari un po' esagerata come

molte semplificazioni, ... di una Corte che si trasforma da "Corte dei diritti a Corte dei conflitti"» (De Siervo). Giustamente però è stato notato che la contrazione del sindacato incidentale può determinare, soprattutto se dettato dall'uso eccessivo di strumenti ordinatori, «un appannamento del ruolo della Corte e la diminuzione della sua capacità di dialogare (anche in funzione "educativa", appunto) con gli altri operatori del diritto e con tutta l'opinione pubblica» (Luciani; cfr. anche Vassalli).

L'ampliamento del ruolo "arbitrale" è però conseguenza dell'aumento della conflittualità tra organi costituzionali e non. Il «moltiplicarsi del contenzioso può essere la spia di un malessere delle istituzioni e di un indebolimento dello spirito di leale collaborazione. L'ottimismo, però, lo ravviso nella giuridicizzazione/formalizzazione dello scontro, che ha il pregio sia di consentire una soluzione diversa da quella della prevalenza del più forte, sia di rendere trasparente - e accessibile al controllo della pubblica opinione - la contesa» (Luciani).

Nel complesso – al di là di alcune questioni aperte – il giudizio sull'attività svolta dalla Corte in questi cinquant'anni è positivo. «A mio avviso – osserva Giuliano Vassalli - la Corte è stata sinora all'altezza dei propri compiti in un mondo che ha visto e vede trasformazioni profonde. Ed è riuscita persino a sopportare, sinora, il peso crescente delle decisioni sui rapporti tra Stato e regioni nonostante le difficoltà createle da un legislatore piuttosto improvvido. Le preoccupazioni di coloro che ai tempi della Assemblea costituente non avrebbero voluto quest'organismo di garanzia si sono rivelate, a mio avviso, infondate. Al contrario, la Corte ha molto aiutato il potere legislativo ed ha contri-

buito, fin dove possibile, alla tenuta del sistema votato negli anni 1946 e 1947. Tutti riconoscono che per il futuro dell'Italia non si vedono ancora trasformazioni di sicura utilità e sufficientemente chiare».

Alessandro Pace non condivide la dubbia conclusione di Gustavo Zagrebelsky (2005, pp. 130-131) circa il contributo effettivo della Corte al «patrimonio spirituale vivente del nostro Paese...», riscontrando invece «una quarantina di decisioni della Corte che, insieme a moltissime altre (centinaia), hanno praticamente guidato il cambiamento del nostro ordinamento adeguandolo ai principi e alle regole della nostra Costituzione». Non senza ombre: soprattutto in quei settori nei quali la Consulta deve fare i conti con i reali assetti di potere. Di certo la "conservazione" della Corte (nella sua costituzione formale e materiale) non è esercizio di "conservatorismo". Bisogna riflettere più di due volte prima di pensare a cambiamenti e riforme che rischerebbero – e paradigmatico è l'esempio del testo di revisione costituzionale del 2005 respinto con referendum nel giugno scorso – di fare della Corte costituzionale un'altra cosa. Ugo De Siervo si domanda allora «se la sorte futura della Corte non dipenda fondamentalmente da un necessario recupero a livello di opinione pubblica del significato e del valore dello Stato costituzionale».

In chiusura di questa introduzione mi piace far mie le parole del presidente Cesare Rupert pronunciate nel 2002: «Concludo osservando che provare ad acquisire continuamente nello spazio della democrazia questo incessante discutere e ridiscutere sulle leggi e sulle dinamiche costituzionali, cioè, in definitiva, sulle regole, sui principî e sui valori, affidandosi alla ricer-

ca di soluzioni che reputiamo "giuste", mi pare che rappresenti un risultato troppo entusiasmante per non essere infaticabilmente e da tutti perseguito. Non so se e quanto ci riusciremo; ma bisogna continuare a pensarci con umiltà e, insieme, con fiducia» (pp. 15-16).

Bibliografia

- Ackerman B., *Marbury versus Stuart*, in «Fundamentos», 4, 2006, *La Rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, pp. 151-202;
- Ahumada Ruiz A., *Marbury versus Madison doscientos años (y más) después*, in «Fundamentos», 4, 2006, *La Rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, pp. 109-149;
- Amadei L., *Il venticinquesimo anniversario dall'inizio dell'attività della Corte*, ora in *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma, 2006, t. I, pp. 64-70;
- Azzariti G., *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, vol. III, pp. 446-463, ora in *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, cit., t. I, pp. 107-118;
- Barile P., Cheli E., Grassi S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982;
- Bartole S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004;
- Béguin J.-C., *Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, 1982;
- Bignami M., *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, 1997;
- Bisogni G., *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, in De Siervo U., Guerrieri S., Varsori A., (a cura di) *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, vol. I, Roma, 2004;
- Bonini F., *Problemi di una storia costituzionale*, in «Rivista di storia contemporanea», 1987;
- *Uno statuto controverso. Considerazioni sulla storia costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 1995, pp. 95-109;
- *Storia della Corte costituzionale*, Napoli, 1996;
- Casini L., *La prima sentenza della Corte costituzionale: le memorie processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2006, pp. 13-76;
- Cerri A., *La giurisprudenza costituzionale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 41, 2001, pp. 1325-1362;

Il limite, la garanzia, l'arbitrio. La Corte e il costituzionalismo

- Cheli E., *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nelle dinamiche dei poteri*, Bologna, 1999;
- Costa P., *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, 1996;
- Cruz Villalón P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987;
- De Nicola E., *La Corte inizia la sua attività*, in 1956-2006. *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, cit., t. I;
- D'Orazio G., *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981;
- Corla G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981;
- Grossi P., *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005;
- Häberle P., *Colloquio sulla "costituzione europea"*, a cura di P. Ridola, in «Diritto romano attuale», 2, 1999;
- Lacché L., *Tra storia e comparazione*, in «Giornale di storia costituzionale», 1, 2001, pp. 5-6;
- *La garanzia della Costituzione. Riflessioni sul caso francese*, in *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, a cura di A. G. Manca e L. Lacché, Bologna, Il Mulino, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 49-94;
- *Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni*, in «Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica», 1-2, 2003, pp. 40-71;
- Le Divellec A., *Les Prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945*, in D. Chagnollaud (a cura di), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe-XXe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 103-140;
- Luciani M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;
- Luther J., *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990;
- Massera A., *Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», a. XXII, 1972, pp. 833-890;
- Meccarelli M., *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisprudenza suprema nell'Italia post-unitaria*, in «Giornale di storia costituzionale», 4/II, 2002, pp. 173-188;
- Mezzanotte C., *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituzionale*, Milano, 1979;
- Onida V., *Magistratura e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977;
- Paladin L., *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 26, 1997, pp. 243-263;
- *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004;
- Pasquino P., *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, in «Ratio iuris», 11, mars 1998, pp. 38-50;
- Pinelli C., *Diritto e storia costituzionale*, in «Giornale di storia costituzionale», 1, 2001, pp. 17-19;
- Rodotà C., *Storia della Corte costituzionale*, Bari, 1999;
- Ruperto C., *Costituzione e Corte costituzionale: un'esperienza (2002)*, in *La Costituzione in mezzo a noi*, a cura e con introduzione di A. de Nitto, Milano, 2005, pp. 1-16;
- Sandulli A. M., *Il dodicesimo anniversario dall'inizio dell'attività della Corte*, in 1956-2006. *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, cit., t. I;
- Simoncini A., *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in «Giurisprudenza costituzionale», 4, 2004, pp. 3065-3104;
- Sperti A., *Corti supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Torino, 2005;
- Tranfaglia N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, in *Dallo stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, Milano, 1973, pp. 185-280;
- Zagrebelsky G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005;
- *Corti costituzionali e diritti universali. Relazione del Presidente emerito G. Zagrebelsky in occasione dell'incontro del 21 aprile 2006 al Palazzo del Quirinale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2, 2006, pp. 279-311;
- Zoller E. (a cura di), *Marbury v. Madison: 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, 2003.

¹ Penso per es. ai tre tomi (e all'allegato cd) di documentazione storica dell'attività della Corte e dei suoi giudici, dalle origini ad oggi, edita dalla Corte stessa: 1956-2006. *Cinquant'anni di Corte costi-*

tuzionale, con Introduzione di U. De Siervo.

² I rinvii tra parentesi senza altre specificazioni si riferiscono agli autori dei singoli saggi raccolti in questo numero del *Giornale*.

³ Il testo della conversazione con la stampa raccolto in forma stenografica fu pubblicato nella «Rivista di diritto e procedura civile», 1957, p. 1443 (2006).



Il costituzionalismo moderno fra mito e storia*

PAOLO GROSSI

1. Una preliminare esigenza affrancatrice; 2. Un recupero per il diritto: società, diritto, Stato; 3. Il monismo giuridico moderno: l'età dell'assolutismo giuridico; 4. Assolutismo giuridico e costituzionalismo: il costituzionalismo moderno e le sue matrici borghesi; 5. Le 'Carte dei diritti': un costituzionalismo senza Costituzione; 6. Un mito duro a morire: l'uguaglianza; 7. Un mito duro a morire: la rappresentanza politica e lo svuotamento della sovranità popolare; 8. Un mito duro a morire: la legalità; 9. Legalità, legge, Codice: la testualità dell'imperativo giuridico; 10. L'esilio dei fatti: l'avversione per i fatti normativi; 11. L'esilio della interpretazione/applicazione; 12. La riduzione delle fonti del diritto: la piramide gerarchica; 13. Semplicismo del paesaggio costituzionale moderno: Stato/persona e individuo. L'esilio delle società intermedie.

1. Lo storico del diritto avverte una esigenza primaria nel momento in cui si accinge ad offrire allo studente un sobrio disegno dello svolgersi del costituzionalismo moderno: quella di porsi su un osservatorio aperto che gli consenta di conservare sempre l'atteggiamento critico necessario alla scientificità della sua analisi, tale cioè

da permettergli di deporre i molti incantamenti delle propagande filo-illuministica e filo-risorgimentale¹, di cui si è voluto ammantare il costituzionalismo, che si sono radicate in tutti noi – dal provveduto giurista al semplice cittadino – e ci hanno fatto perdere la reale misura di quanto è avvenuto, a livello del diritto, nel corso degli ultimi trecento anni, ossia nel periodo della maturità moderna.

Necessità di avere piena coscienza che sui grandi eventi della modernità giuridica si è tessuto spesso – sulla scorta di una abilissima strategia – una rete di credenze mitologiche², e che è urgente, soprattutto per il giurista e in modo particolare per il giurista

* Si pubblica qui, come saggio autonomo, quello che sarà (con la stessa intitolazione) il capitolo introduttivo di un 'manuale' di diritto costituzionale – di prossima pubblicazione presso l'editore Mondadori – promosso e coordinato dai colleghi costituzionalisti Luca Antonini e Mario Bertolissi (dell'Università di Padova), Lorenza Violini (dell'Università Statale di Milano). Il destinatario privilegiato è lo studente, ma, poiché si tratta di una interpretazione del costituzionalismo moderno che non ricalca i consueti stampi, l'autore spera che possa avere l'attenzione e l'interesse anche dei lettori di questa Rivista.

novizio, sceverare storia e mito, idealità e ideologie, strategie politiche e letture obbiettive della società, acquisendo una visione serenamente critica valorizzante il corredo di luci e di ombre che sono sempre connesse alla complessità della storia.

Soltanto nel recupero di questa complessità il messaggio storico è decisamente affrancatorio, fornendo all'osservatore odierno il più prezioso lavacro culturale.

2. E cominciamo con un primo fondamentale recupero.

Una delle perverse abitudini, cui ci ha assuefatto la modernità (e a cui si è prontamente assuefatto con la sua pigrizia intellettuale il gregge dei giuristi mediocri), è di concepire Stato e diritto come legati da un vincolo necessario e inscindibile. La civiltà borghese, consolidata e definita nel grande evento della rivoluzione francese di fine Settecento – una rivoluzione voluta e guidata dal ceto borghese e a cui le masse offrono solo un passivo sfondo piazzaiolo –, afferma lo stretto connubio fra operatori economici (soprattutto proprietari fondiari e commercianti) e potere politico, offrendoci un paesaggio segnato da due direttrici apparentemente correnti in opposte direzioni anche se armonizzate in una medesima alleanza strategica: un acceso liberalismo economico, teso a garantire ai privati una loro libera sfera d'azione, uno Stato forte, che assume quale perno non secondario della sua forza il controllo del diritto, anzi – per meglio dire – la intera produzione del diritto con – al primo posto – quello del diritto privato; uno Stato forte, che è necessario per la tutela della proprietà privata, per la esistenza tranquilla dei pro-

prietarii, per il libero svolgimento dei traffici economici del ceto borghese.

Per tutta l'età moderna, appena fino a ieri, ci si è abituati all'indiscussa idea della *statualità del diritto*, cioè dello Stato come l'unica entità autorevole capace di rendere giuridica una generica regola sociale. L'osservanza, che è al fondo del mistero del diritto e che gli conferisce la sua cifra tipica, appariva pienamente garantita solo dallo Stato, soggetto politicamente vigoroso nel suo imponente apparato potestativo, e solo grazie al meccanismo di coazioni che esso era in grado di attuare.

Visione riduttiva e falsante, dalla quale abbiamo tardato molto a liberarci e che ha pesantemente condizionato la stessa riflessione scientifica sul diritto. È con i primi del Novecento, con l'emergere virulento del quarto stato, con una società che si propone assai più complessa articolata sfaccettata della riduttiva e artificiosa costruzione politico-sociale borghese nel suo impietoso elitarismo, che si incrinano parecchie certezze e che affiora la necessità di percorrere nuove strade e di ricercare nuovi approdi.

In Italia, il merito di avere avuto lucida consapevolezza del processo in corso e di avergli fornito una adeguata traduzione sul piano della teoria giuridica deve riconoscersi indubbiamente a un grande cultore del diritto pubblico, Santi Romano (1875-1947); il quale, in parecchi suoi scritti ma particolarmente in un suo saggio pubblicato in forma autonoma nel 1918 e intitolato «L'ordinamento giuridico»³, opera una diagnosi serrata del mutamento in atto e arriva a questa liberante conclusione: lo Stato, in una società complessa, è sicuramente il *normale* produttore del diritto perché solo lo Stato può produrre le regole generali e autorevoli di cui quella abbisogna

per essere efficacemente ordinata, ma altrettanto sicuramente non ne è il produttore *necessario*.

È, invece, nel grembo assai più ampio della intera società civile che nasce il diritto, ed è lì – nella sua complessità e magmaticità – che fa capo ogni dimensione giuridica nel suo duplice aspetto di organizzazione del magma sociale e di organizzazione osservata, osservata perché la coscienza collettiva vi riconosce un valore da seguire e a cui conformarsi⁴.

È questa una prima grande verità da recuperare: il diritto non è necessariamente legato a un apparato potestativo anche se normalmente così ci si manifesta; è invece legato alla società nelle sue più diverse estrinsecazioni, purché ci sia un fenomeno ordinativo e, insieme, la diffusa coscienza della valenza positiva di questo.

Dietro una tale elementare verità si recupera un corposo risultato: il pluralismo giuridico, ossia la non coincidenza fra dimensione giuridica e dimensione politica. All'interno di una stessa unità politica, cioè di un territorio politicamente compatto e unitario, possono esistere diversi ordinamenti giuridici che l'unità politica è tenuta a rispettare. L'esempio più vistoso è offerto, in Italia, dalla Chiesa Cattolica, che ha sempre preteso – nella sua bimillenaria vita storica – di produrre un proprio diritto peculiare, il diritto canonico, e di costituirsi in ordinamento giuridico primario, concorrente allo Stato e da questo non derivante; esempio che oggi è autorevolmente fissato nell'articolo 7 della nostra Carta Costituzionale del 1948 dove si riconoscono lo Stato e la Chiesa, ciascuno nel proprio ordine, come indipendenti e sovrani.

3. Come abbiamo detto più sopra, è con il secolo ventesimo, tempo di incrinature sempre più profonde nell'edificio giuridico costruito dopo la rivoluzione francese, che – a un duplice livello: di fatti e di coscienza riflessa, di moti strutturali e di sviluppo del pensiero giuridico – si recupera una apertura pluralistica.

Pluralismo giuridico – l'abbiamo detto – significa che il diritto, trovando la sua genesi non in un apparato di potere ma nella complessità del 'sociale', registra fedelmente questa complessità; e saranno forze plurali presenti e agenti nella società a produrlo, certamente in primo luogo lo Stato ma non soltanto lo Stato, bensì forze religiose culturali sociali economiche, che si incerneranno in manifestazioni plurali, in quelle che i giuristi chiamano 'fonti': possono essere usi, cioè fatti durevolmente ripetuti e osservati in seno a comunità locali, possono essere il prodotto di una confessione religiosa (come il già ricordato diritto canonico), o di un ceto economico (per esempio, quello degli uomini di affari, creatori di una prassi e di speciali istituti giuridici), o di gruppi legati all'esercizio di particolari attività (per esempio, degli sportivi con le loro regole speciali e la loro giustizia sportiva), o, in passato, di una casta nobile (per esempio, dei gentiluomini con il loro codice d'onore).

Il Novecento è un secolo di sempre maggiore afflato pluralistico, e il paesaggio giuridico si fa sempre più plurale con una indubbia moltiplicazione delle forze produttrici di diritto e, conseguentemente, del numero delle fonti. Fenomeno che stiamo vivendo in modo particolarmente acuto in questi ultimi anni in rapporto alla crescente inadeguatezza degli Stati a far fronte ai bisogni giuridici ormai spazianti in un orizz-

zonte globale e in rapporto alla intensa crisi che investe le fonti tradizionali, prima fra tutte la legge, ossia la manifestazione di volontà del supremo potere politico.

Ma questo è un paesaggio dell'oggi e dell'immediato ieri: se guardiamo, invece, al colmo della modernità, così come si racchiude entro i secoli che vanno dal Cinquecento all'Ottocento, assistiamo a un massiccio e progressivo *ridursi* del paesaggio giuridico. La società civile ci appare sempre più ingabbiata al di sotto di uno Stato sempre più ingombrante e opprimente, e le forze sociali vanno progressivamente perdendo la possibilità di esprimersi autonomamente, con una involuzione che trova il suo acme nella rivoluzione francese e nella dittatura napoleonica.

La Francia, che può essere considerata dallo storico del diritto come un autentico laboratorio politico-giuridico della modernità, vive questo itinerario in una sorta di 'crescendo' dai primi del Trecento ai primi dell'Ottocento, con un intensificarsi del controllo del diritto da parte dello Stato, con una sempre maggiore identificazione del diritto in un complesso di leggi, cioè di manifestazioni di una sola voce monocorde. E a fine Settecento, con la grande rivoluzione, il cerchio si chiuderà con l'espedito giuridico più assolutistico, quello della gerarchia delle fonti⁵, ossia della pluralità di fonti compressa in un sistema piramidale che devitalizza le fonti collocate ai gradini inferiori del sistema, lasciando la capacità generativa solo a quella situata al vertice della piramide: dove sta la legge e soltanto la legge, ossia lo strumento grazie al quale lo Stato può controllare tutto il fenomeno giuridico, che la intelligente borghesia ormai al potere percepisce quale inabdicabile cemento per rendere solida la stessa dominanza politica.

Il diritto, a fine Settecento, con le giustificazioni mitologiche che segnaleremo più avanti, si rattroppisce in un insieme di leggi, e la legge diventa il canale obbligato – un canale di scorrimento dagli argini altissimi e compatti – per cui un fatto socio-economico può diventare diritto; o c'è l'appropriazione del fatto da parte del legislatore, o esso continuerà a giacere nel limbo dell'irrilevanza.

Il culmine di questo parossismo legalistico – che percorre, ingigantendo, il Settecento illuministico – si ha, agli inizi del secolo XIX, con la prima compiuta codificazione realizzata da Napoleone, che investe tutto il territorio giuridico a cominciare da quel diritto civile che i sovrani assoluti dell'antico regime avevano ritenuto di lasciare alla disciplina di consuetudini immemorabili. Il Codice sarà, da allora in poi, la legge madre, legge generale che copre però tutti i possibili casi della vita associata.

Il Codice si presenta a noi con indubbi pregi: è una norma certa, chiara, limpida-mente pensata e scritta, dove il complesso universo giuridico è *ridotto* a sistema unitario e coerente, ma è anche la espressione più schietta di quello che può correttamente chiamarsi *assolutismo giuridico*⁶. Assolutismo, perché pretende di controllare tutta la realtà giuridica assoggettandola ai progetti dei titolari del potere politico. Assolutismo e, insieme, monismo: la ricchezza, senza dubbio caotica e alluvionale, del vecchio pluralismo giuridico pre-rivoluzionario, si *riduce* a una sola fonte, e comincia il duro stringente monopolio del cosiddetto legislatore. Ma di questo avremo agio di parlare distesamente più avanti.

4. Uno studente un po' più dotto degli altri, sorpreso da quanto si è or ora precisato, potrebbe domandarmi e anche obiettarmi: ma non sono forse il Seicento e il Settecento 'l'età dei diritti'⁷, il momento storico in cui si affermano concretamente libertà e diritti individui del soggetto? Non è forse questa l'età in cui affiora e si consolida in tutta Europa un costituzionalismo in senso proprio? E non consiste il costituzionalismo essenzialmente nel disegnare il soggetto come titolare di un complesso di libertà e di diritti fondamentali che l'arbitrio del potere non può violare? E non sono forse tutti gli esperimenti 'costituzionali', dal tardo Seicento in poi, dei tentativi di realizzare un simile provvido progetto trasformandolo in assetto politico e giuridico? E allora, se tutto questo è vero, non risulta falsante la nostra insistenza sullo statalismo, sul legalismo, sull'assolutismo giuridico?

Il cumulo delle domande precedenti è opportuno, perché ci obbliga a cercar di sciogliere uno dei nodi più intricati della storia giuridica moderna e di cominciare a registrare sia le fondazioni mitologiche sia le antinomie che costellano le origini del costituzionalismo. Il quale – sia subito sottolineato – non avrebbe potuto emergere alla coscienza collettiva e alla prassi politica europee, se non si fosse maturata nel secolo XVII quella autentica rivoluzione culturale incarnata nel cosiddetto giusnaturalismo⁸.

Un giusnaturalismo che poco ha a vedere con precedenti visioni antiche e medievali facenti perno sull'idea di un diritto naturale, cioè di un diritto superiore ai diversi diritti positivi storici; un giusnaturalismo che è figlio fedele del suo tempo; un giusnaturalismo che, anche se ha specificazioni e ramificazioni differenti, ha però un messaggio unitario profondamente incisivo.



Palazzo della Consulta

È in rapporto di stretta fedeltà col suo tempo, giacché è strettamente connesso a tre tipizzanti dimensioni della modernità: il nascente capitalismo con un nuovo *homo oeconomicus* tutto teso al profitto e liberato dai moralismi medievali; il progresso enorme delle scienze fisiche e matematiche impersonabile in quello scienziato novissimo che fu Galileo, lettore veridico della intelaiatura matematica del cosmo; il trasformarsi delle più rilevanti entità politiche in organismi tendenti alla compattezza e alla unità, con al centro un sovrano che scopre nel produrre diritto la sua cifra identificativa fondamentale.

E veniamo al messaggio di fondo, che soprattutto ci interessa: al pari del naturalista e anzi scimmiettandolo, il cultore delle scienze morali, e quindi anche il giurista, si sente in dovere di indagare e scoprire la natura genuina dell'uomo; nella convinzione che il divenire storico abbia apportato

alterazioni e snaturamenti, si tenta di risalire a uno stato pre-storico, a uno stato di natura dove è percepibile nella sua struttura incontaminata.

Fin qui non ci sarebbero grosse novità rispetto a passate similari tentazioni; il nuovo sta nel significativo disegno che viene tracciato in questa riflessione squisitamente moderna. Lo stato di natura è proposto come un mondo di individui solitari, assolutamente liberi ed uguali, dove libertà è mancanza di interferenze dagli altri individui e uguaglianza è uguale sottrazione di ognuno a forme di potere, ciascuno investito dalla divinità (la vaghissima divinità di un mondo sostanzialmente secolarizzato) del diritto/dovere della autoconservazione, di quello che Ugo Grozio – un giurista olandese operante nella prima metà del Seicento e uno dei fondatori del movimento giusnaturalistico⁹ – chiama il *proprium* dell'individuo e che più tardi John Locke – filosofo e politologo inglese – identificherà nella *property*¹⁰.

Due punti meritano di essere sottolineati. Una profonda rinnovazione antropologica – concernente cioè la posizione e il ruolo dell'uomo nel mondo cosmico e storico – che *as-trae* il soggetto da ogni connessione sociale, lo coglie nella sua naturale solitudine e la interpreta come indipendenza perfetta, come potere assoluto di disporre liberamente di sé; dove il soggetto è impegnato unicamente nella sua autoconservazione, insofferente a bardature di ceti e di corporazioni, e, come tale, ossia nella sua solitudine, è individuato quale perno dell'intero ordine politico. Si insiste sul *proprium*, sulla *property*, sul soggetto che è libero in quanto proprietario di se stesso e che sarà tanto più libero se questo interiore meccanismo proprietario,

proiettandosi al di fuori, potrà divenire proprietà di beni costituendogli attorno un prezioso cuscino protettivo.

Ci siamo un po' dilungati, perché, puntando su questo supremo artificio dello stato di natura, non si scriveva una favola innocua, ma si poneva a fondamento della nuova società un rigido individualismo, si sacralizzava come auto-conservazione l'egoismo di ognuno, si collegava strettamente proprietà individuale e libertà individuale sacralizzando la stessa appropriazione grazie alla commistione inscindibile fra il me e il mio. Si fingeva di imitare lo scienziato naturalista come cercatore di verità, anche se si dava forma a nulla più che una *incredibile credenza* mitologica; si irrobustiva ogni individuo grazie a un tessuto di libertà non conculcabili dal potere, ma nella fusione tra essere e avere era soprattutto l'abbiente ad avere la meglio.

Nella nicchia della riflessione e delle costruzioni giusnaturalistiche ha la sua scaturigine e anche la sua consolidazione il costituzionalismo moderno: un freno all'arbitrio del potere, la protezione dell'individuo mediante il suo rafforzamento con situazioni soggettive non soffocabili. E ha sicuramente origine qui un itinerario in cui anche noi, protagonisti di una civiltà giuridica raffinata, ci gloriamo di situarci e in cui hanno preso forza, sempre più forza, quei diritti fondamentali che riteniamo tuttora un nostro inabdicabile patrimonio etico-politico: il diritto alla libertà religiosa, alla libera espressione del pensiero, alla libera circolazione, alla libertà di riunione, e così via. Con questa doverosa precisazione: accanto a diritti preziosi per l'integrità morale e intellettuale del soggetto emergeva dalla esasperata configurazione individualistica e dalla fusione tra essere e avere

un contributo altrettanto prezioso per il proprietario. Il giusnaturalismo forniva una pietra angolare per l'edificazione dell'ordine borghese.

Resta da spiegare il nesso tra giusnaturalismo e assolutismo giuridico, che, a prima vista, appaiono come due contrarii.

Una prima segnalazione da fare concerne il sostanzioso nesso simbiotico fra soluzioni giusnaturalistiche e Stato: il soggetto viene munito di situazioni giuridiche intoccabili contro gli arbitrii del potere, ma i diritti, particolarmente quelli economicamente rilevanti che separano abbienti da nullatenenti, hanno un imperioso bisogno di protezione, e protezione da parte di un'entità forte con estesi poteri coattivi.

Ma v'è anche un vistoso servizio che il giusnaturalismo rende allo Stato europeo progrediente: spazzando via dal paesaggio socio-giuridico stati¹¹, ceti, comunità, corporazioni, elimina un enorme ingombro per il compatto proiettarsi del potere supremo sullo spazio territoriale; insomma, riducendo il paesaggio a un mondo di soggetti individui tutti uguali, si rende – per così dire – liscio lo spazio togliendo ogni ostacolo alla libera espansione del potere sovrano e si dà un grosso contributo alla perfetta unità che è per lo Stato moderno condizione di una sua azione efficace e omnicomprensiva.

Nel medesimo tempo, lo Stato unitario e compatto garantiva i soggetti/individui da un ritorno degli esecrati condizionamenti di indole cetuale e, comunque, comunitaria. Nesso simbiotico, dunque, e scambio reciproco di servigi e di aiuti.

Ma una ulteriore e conclusiva precisazione va fatta: il giusnaturalismo, soprattutto nella sua fase di sviluppo settecentesco in illuminismo giuridico¹², va sempre più con-

notandosi quale critica demolitiva della vecchia società di società, dove dominante era un reticolato di costumanze e consuetudini, cioè di localismi particolaristici, e dove un ruolo di spicco apparteneva ai giuristi, a coloro che sanno di diritto, giudici notai maestri universitari. La sprezzante sfiducia verso i fatti consuetudinari e verso i giuristi con i loro particolarismi consegnati in formularii notarili, sentenze di giudici, opinioni dottrinali; la sprezzante sfiducia verso il vecchio ammasso caotico di fonti, unita alla ottimistica fiducia in un progetto giuridico volto a tradurre la natura delle cose in un disegno geometrico unitario superante ogni mortificazione particolaristica; questo complesso atteggiamento rendeva impellente la necessità di una fonte capace di produrre schemi universali ordinanti e di garantire l'unità. Se la scienza giuridica – certamente, possibile facitrice di categorie ordinanti – era troppo compromessa con i guasti dell'antico regime, restava soltanto l'affidamento alla legge, unica altra fonte che poteva improntarsi a generalità rigidità astrattezza.

E si constata, soprattutto nel corso del Settecento, una idealizzazione della figura del Principe legislatore, una sua gigantizzazione, una consegna fiduciosa nelle sue mani del compito grave di leggere la natura delle cose e tradurla in regole della vita quotidiana: le voci – a mezzo Settecento – di Ludovico Antonio Muratori¹³ e di Cesare Beccaria¹⁴ in Italia, o dei fisiocrati in Francia¹⁵ dove addirittura si arriva a parlare di 'dispotismo legale', stanno a pienamente dimostrarlo.

Con un risultato, però, nettamente antinomico: il Principe idealizzato e gigantizzato del giusnaturalismo illuminista non è un soggetto politico universale, bensì il

sovano di uno Stato territorialmente definito come il re di Francia, di Spagna, di Prussia, o l'Imperatore d'Austria (sovano particolare anch'esso, malgrado il fregio nominale di un Sacro Romano Impero praticamente inesistente), e con la conseguenza – appunto antinomica – della statalizzazione di un messaggio nato da una vocazione universalistica.

Si ripeteva, nel colmo dell'età moderna, la grande contraddizione verificatasi due secoli prima sul terreno della riforma religiosa: questa, pur nata da sentite esigenze di purificazione spirituale e di liberazione della fede religiosa da inquinamenti temporali, cedendo alla necessità di evitare la riconquista da parte della contro-riforma papale, non aveva saputo trovare altro rimedio che l'affidamento ai sovrani nazionali con l'incoerente èsito finale di sovrani temporali a capo delle varie chiese nazionali e di fedi riformate ridotte a religioni ufficiali di questo o quello Stato.

5. Il costituzionalismo trova le sue prime espressioni e manifestazioni in alcuni rilevanti testi cartacei, che siamo soliti chiamare 'carte dei diritti'; sintagma unitario, che esprime appropriatamente una ideale fondazione unitaria ma che non deve tradire alcuni caratteri storici differenziati.

Si suole vederne una prima testimonianza nel *Bill of Rights* inglese del 1689¹⁶; un anno prima – 1688 – si era concretata la *Glorious Revolution* con la cacciata del re Giacomo II, cattolico e assolutista, e un anno dipoi – 1690 – sarebbero apparsi i lockiani 'Due trattati sul governo', un compiuto progetto teorico consolidativo del liberalismo economico e politico. Tre date che lo studente non

dovrebbe mai dimenticare perché fondative della modernità giuridica. Il *Bill* non va troppo enfatizzato; è soltanto la fissazione di limiti precisi all'azione del potere regio e di alcune situazioni soggettive dei sudditi violate in un recente passato e che il nuovo monarca dovrà rispettare. È chiaro che si tratta di un documento che nasce al termine di una lotta politica e che rappresenta semplicemente una conquista storica faticosamente guadagnata.

Se l'aspetto costituzionale non ha nel *Bill* se non un carattere assolutamente embrionale, quello, al contrario, è limpidamente e fortemente scoperto nei *Bills e Constitutions* dei primi Stati nordamericani che si affrancano dalla madrepatria inglese (1776 – 1777 – 1780 – 1784) e nelle *Déclarations, Constitutions, Actes Constitutionnels* del sessennio rivoluzionario francese.

Anche se è doveroso puntualizzare le diversità dei due retroterra storici, da un lato il rifiuto di obbedire ad atti del sovrano inglese ritenuti arbitrari e dispotici, dall'altro il rifiuto di un complessivo sistema socio-politico-giuridico strutturato in un assetto organizzativo socialmente cettuale e giuridicamente ancora post-feudale, è palese che queste 'Carte' esprimono un medesimo clima storico. Quelle americane e francesi del maturo Settecento raccolgono appieno il messaggio giusnaturalistico: intendono essere lettura della natura delle cose, dei principii e delle leggi supreme in essa scritti, e intendono constatare e dichiarare situazioni giuridiche fondamentali godute dal soggetto nello stato di natura e che il potere non può che rispettare dopoché per motivi di opportunità si è, con libero consenso, scelto di formare una comunità politica.

I favoleggiamenti giusnaturalistici

divengono ormai il tessuto connettivo di testi programmatici dall'indole squisitamente etico-politica; vengono confermati l'orientamento individualistico e l'impostazione borghese già più sopra segnalati, riducendosi a un catalogo di diritti soggettivi fondamentali. Sarebbe ingiusto irridere verso autentiche conquiste della modernità: l'abbattimento dei vincoli di ceto, la riconosciuta pretesa del soggetto al sicuro esercizio di diritti costituenti l'espressione e il presidio della sua personalità sono un formidabile passo innanzi che deve essere sottolineato con forza. Doverosa constatazione, che non può impedirci di constatare, nello stesso tempo, l'insufficienza di siffatte dichiarazioni.

Grava su di esse il peccato originale del giusnaturalismo, ossia di volersi fondare su una meta/storia, su uno stato di natura che è soltanto creazione intellettuale e pertanto supremo artificio. Uno stato di natura dove non circolano uomini in carne ed ossa ma modelli di uomo uguali e perfetti come le statue uscite da un medesimo stampo. Da qui, uno scenario irrealistico, che rifiuta la verifica con la concretezza spesso ripugnante ma corposa della storia, quella storia che forgia e deforma gli uomini, ma che è ingenuo, e, comunque, falsante rimuovere.

È ovvio che da un simile presupposto venga fuori solo un catalogo, che è teoricamente suadente nel suo parlar sonoro di libertà, di uguaglianza, di diritti e – perché no? – di felicità¹⁷, ma che non può consolare il nullatenente del quarto stato, che non è neppure sfiorato nella miseria della sua vita quotidiana da uno scialo di decorazioni irrilevanti – se non schernitrici – per chi fa i conti con la fame. Dallo stato di natura discende una raffigurazione statica, come si conviene all'aria rarefatta della

meta/storia; ma la vita – quella realmente vissuta – è consegnata tutta alla dinamica di forze in lotta.

Nel *Bill* della Virginia (1776) – che è il primo degli Stati nordamericani ad adottarlo –, dopo l'affermazione solenne di apertura che «tutti gli uomini sono da natura egualmente liberi e indipendenti», ecco i diritti imprescindibili: «il godimento della vita, della libertà, mediante l'acquisto ed il possesso della proprietà, e il perseguire e ottenere felicità e sicurezza». È un quadro di maniera quasi come quei dipinti in cui Watteau disegnava deliziosi paesaggi campestri con pastorelli ornati di candide parrucche al pari dei ricchi parigini; e che sia un quadro elitario lo dimostra il riaffermato legame tra libertà e proprietà, che farà suo anche la *Déclaration* francese del 1789, per restare poi immutato nelle varie 'carte' esponenti i varii momenti del percorso rivoluzionario fino al 1795. Ed eccole lì, campeggianti l'una accanto all'altra, le situazioni ritenute fondamentali: uguaglianza, libertà, sicurezza, proprietà. Doveva fare un ben strano effetto per il proletario sentirsi trattare come un proprietario potenziale malgrado il suo stato di effettiva miseria!

Insomma, il catalogo dei diritti galleggia ben al di sopra di una sgradevole (e pertanto rimossa) realtà sociale, anche perché, accanto alla loro tonante declamazione, quasi non si accompagna quella elencazione dei *doveri* che avrebbe contribuito a immergere le situazioni soggettive previste dalle 'carte' ben all'interno della società; è, infatti, la corrispettiva situazione di dovere a relativizzare e socializzare quella di diritto. Soltanto nella *Constitution* della Repubblica Francese del 22 agosto 1795, dopo una sezione dedicata ai diritti, ne

segue una relativa ai doveri. Ma quale delusione a leggerla nella sua frettolosa brevità! Non vi si parla d'altro che di doveri morali come in un fervorino della peggiore paternalistica religiosa, e – per giunta – in guisa genericissima.

Fino a qui il discorso sulle 'carte dei diritti', cioè sulle prime manifestazioni storiche del costituzionalismo, come è previsto nel titolo del paragrafo. Allo studente si deve però chiarire il completamento della intitolazione, dove sta scritta una frase sorprendente a una prima lettura e pertanto bisognosa di una spiegazione. Che senso ha parlare di un costituzionalismo moderno senza Costituzione, quando molti storici politologi giuristi parlano disinvoltamente di 'costituzione degli antichi', di 'costituzione medievale', di una *ancient Constitution* dell'Inghilterra prima del 1688, o di una *ancienne Constitution de la France* durante tutto l'antico regime pre-rivoluzionario?

Intendiamoci bene. Costituzione è termine polisemico, e può essere assunto in una accezione del tutto generica volendo unicamente individuare quel patrimonio di costumanze e consuetudini secolari che, inevitabilmente, una comunità politica dalla duratura vita storica nutre e consolida nel suo seno. Se, però, assumiamo quel termine, rigorosamente, senza indulgenze a genericismi, e ci riferiamo a quel complesso organico di principii e regole fondamentali e supreme che un potere costituente desume dai valori portanti di un popolo in un determinato momento storico identificando così la profonda e autentica cifra giuridica di quel popolo e traducendola in una scrittura complessa e dettagliata, di 'Costituzione' si potrà parlare in un momento assai avanzato quando –

durante il Novecento – i tratti genuini della modernità giuridica cedono a forze e valori indicanti l'inoltro in un terreno che è supporto di un mutato paesaggio giuridico.

Le 'carte dei diritti' sono testimonianze di un clima ormai costituzionalistico, ma rappresentano ai nostri occhi semplicemente degli embrioni di costituzione, spezzoni di un edificio incompiuto. Ai primi del secolo ventesimo, il grande giuspubblicista da noi già ricordato, Santi Romano, le qualificava, con un moto di insoddisfazione, 'intestazioni', 'indici', o addirittura 'catechismi', 'panegirici' con valutazione non dissimile da quella fornita poco sopra¹⁸. Né ci appare come 'costituzione' lo Statuto concesso da Carlo Alberto, il 4 marzo 1848, al suo regno di Sardegna, diventato nel 1861 norma fondamentale del regno unitario d'Italia: tutta la sua attenzione, salvi nove sommarii articoli dedicati ai diritti, è riservata al re e alla famiglia reale, al Parlamento, al Governo, all'Ordine Giudiziario, ossia alla organizzazione del supremo apparato di potere dello Stato. Non a torto, da parte di storici del diritto, costituzionalisti e civilisti, si è affermato che una vera 'costituzione' l'ordine borghese ce l'aveva da tempo, e l'aveva anche confezionata accuratamente, ed era il Codice Civile, voluto dalla Rivoluzione e realizzato da Napoleone, dove ricevevano presenza espansione protezione i due istituti essenziali al nuovo *homo oeconomicus* e suoi strumenti vitali, e cioè proprietà e contratto, una libera proprietà e un libero contratto.

Occorrerà attendere il maturo Novecento, occorrerà attendere il tempo di Weimar¹⁹, quando l'11 agosto del 1919 sarà promulgata la Costituzione del *Reich* tedesco, primo esperimento costituzionale nel quale prende forma un modello complesso e

compiuto di Costituzione e si darà avvio a una seconda età del costituzionalismo, quella a cui appartengono parecchie 'carte' tuttora vigenti fra le quali spicca la nostra del 1948.

Ma perché attendere il 1919? E perché nella repubblica di Weimar? Perché il 1919 si colloca dopo le vicende che hanno scosso l'assetto politico borghese, rinnovato la società e la stessa coscienza collettiva nell'Europa continentale. L'elitarissimo regime, instaurato dalla borghesia al potere e gabellato come democratico da una abilissima propaganda, è sconvolto nelle sue fondamenta da un quarto stato cosciente e presente in sempre più fitti ed ampi episodi di lotta, che cominciano a verificarsi massicciamente già nell'ultimo ventennio dell'Ottocento; il suffragio universale maschile, ostacolato con pervicacia consapevole, si diffonde (viene concesso in Italia nel 1913), e lo Stato rigidamente monoclasse comincia a incrinarsi nelle sue mura compatte; nella Germania guglielmina, già prima della grande guerra, accanto alla fioritura di una economia industriale di grosse proporzioni, si assiste al fenomeno di una forte e capillare organizzazione sindacale; e poi la guerra, tragedia immane ma evento che, spazzando via l'Impero degli Hohenzollern, consente la nascita di quel singolare esperimento politico-sociale che è la repubblica di Weimar, una democrazia di stampo borghese ma dove si tenta il collaudo di un esteso coinvolgimento sociale. Si aggiunga, inoltre, che, nella redazione della 'carta' del 1919, v'è una collaborazione a largo raggio, che va ben oltre l'apporto delle forze politiche, con un protagonismo felice di intellettuali e soprattutto di giuristi aperti. Il congiungersi di tutte queste circostanze genera quel prodotto sperimen-

mentale che è, appunto, la prima Costituzione intesa come tentativo riuscito, da parte di un autentico potere costituente, di identificare la cifra socio-giuridica di un popolo, cifra che si traduce in una complessa e armonica sistemazione di valori, principii, regole fondamentali, ossatura organizzativa.

Più che le chiacchiere, credo che valga per lo studente dare uno sguardo a questa sistemazione: dopo una 'parte prima' dedicata a 'Struttura e compiti del Reich' sta una 'parte seconda' rivolta a individuare i 'diritti e doveri fondamentali dei tedeschi', con questa eloquente ripartizione in sezioni, di cui la prima concerne 'l'individuo', la seconda 'la vita sociale', la terza 'religione e società religiose', la quarta 'educazione e sanità', la quinta 'la vita economica'. Lo studente può misurare già da questa sommaria elencazione la distanza che separa l'esperimento weimariano dal nostro Statuto Albertino o dalle 'carte dei diritti' del primo costituzionalismo.

Con Weimar il diritto costituzionale ha finalmente una Costituzione scritta, specchio non più di uno Stato, di un apparato, ma di una intera società, o, se si vuole, di un popolo.

Abbiamo già accennato, e meglio cercheremo di dimostrare nei paragrafi successivi, che giusnaturalismo e statalismo si erano perfettamente coniugati nel conseguimento del risultato più rilevante per l'ordine borghese, e cioè la protezione di una sfera giuridica dell'individuo nel cui nucleo stava la proprietà privata. La Rivoluzione in ogni suo stadio, la dittatura napoleonica, gli Stati assoluti e le pseudodemocrazie borghesi dell'Ottocento possono essere accomunati almeno sotto un profilo essenziale: fiducia nello Stato, conti-

nuazione della vecchia fiducia illuministica nel Principe, sfiducia nella società avvertita come una bolgia complicata e incontrollabile.

È per questo che il mondo borghese, trascurando di dare un volto giuridico alla società, è pago di avere la sua costituzione sostanziale nel Codice Civile (affiancato dal Codice di Commercio), limitandosi a fissare alcuni lineamenti formalmente costituzionali in una sorta di 'prologhi in cielo'²⁰, in 'carte dei diritti' come certificazione della rassicurante fondazione giusnaturalistica.

Il mondo borghese crede nello Stato e crede nella legge, e nella legge/madre, il Codice. Non è forse il tanto decantato 'Stato di diritto', messo a punto dalla grande dottrina giuspubblicistica tedesca²¹, uno Stato che si autolimita, che è capace di autolimitarsi, consentendo che la soluzione del problema grosso della tutela dei diritti fondamentali non vada oltre i suoi sicuri e tranquillizzanti confini? Le fondazioni giusnaturalistiche servivano egregiamente: a fingere di tener dietro al trascorrere dei tempi senza mutare nulla, a mantenere una coloritura di perbenismo a un mondo sostanzialmente sordo a ogni istanza sociale e collettiva.

Il giusnaturalismo, quale fertile fucina di miti, offriva una copertura perfetta alla ideologia borghese, serviva a coprire la tutela di precisi interessi sotto il drappo candido della ricerca d'una verità 'naturale'. Quel che preme allo storico del diritto è non deporre mai una visione critica, mostrando all'ingenuo giurista novizio le fondazioni mitologiche di tante pseudo-verità. A cominciare da un primo mito duro a morire: l'uguaglianza.

6. Di uguaglianza si parla a scialo nelle 'carte dei diritti'; siamo di fronte a un martellio assillante²².

Se, nelle 'carte' americane il riferimento è a uomini che «sono da natura ugualmente liberi e indipendenti» (Virginia) o «nati ugualmente liberi e indipendenti» (Pennsylvania, Vermont, New Hampshire), nelle carte francesi l'uguaglianza è identificata in un irrinunciabile diritto naturale. Con precisazioni eloquenti sul suo significato e sui suoi contenuti: se la 'Dichiarazione' dell'89 afferma solennemente, nel suo primo articolo, che «gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti», la Costituzione del'91 ascrive a onore della rivoluzione che «l'Assemblea Nazionale... abolisce irrevocabilmente le istituzioni che ferivano la libertà e l'uguaglianza dei diritti» (Preambolo), la 'Dichiarazione' della Convenzione Nazionale del'93 ne fissa il contenuto puntualizzando che «l'uguaglianza consiste in ciò che ciascuno possa godere dei medesimi diritti» (art. 2), puntualizzazione sostanzialmente ripetuta dalla Costituzione del'95 quando vi si legge che «l'uguaglianza consiste in ciò che la legge è uguale per tutti» (art. 3).

La prolissa elencazione ha il pregio di consentirci un rapido bilancio. È chiaro che l'uguaglianza è misurata non su individui carnali ma sui soggetti agenti nel paradiso terrestre dello stato di natura; in esso, proprio perché è un paradiso terrestre e non un lembo di spazio e di tempo, circolano dei modelli, dei soggetti astratti collegati fra loro da rapporti parimente astratti. Il vizio giusnaturalistico di ragionar per modelli si trasferisce in questa configurazione dell'uguaglianza: la quale è uguaglianza nei diritti, è e vuole essere unicamente uguaglianza giuridica.

Si badi! Era per gli uomini nuovi del Settecento ciò che a loro soprattutto premeva: rompere le barriere inique rappresentate da ceti, caste, funzioni ereditarie, che creavano superiorità e inferiorità all'insegna del privilegio, e quindi limitazioni e vincolazioni insormontabili per la libera ed efficace estrinsecazione di energie e talenti personali. Insomma, era un primo passo per l'edificazione di una nuova società.

Il guaio fu che quel passo restò solo, e sarebbe restato il solo per parecchio, per troppo tempo. Si deve infatti constatare che, anche nei momenti più accesi del sessennio rivoluzionario, non si avvertì mai di passare da quella mera possibilità di uguaglianza che è la 'égalité des droits' a una uguaglianza più fattuale, più corposa. La disuguaglianza delle fortune, perno dell'assetto economico-giuridico borghese, doveva permanere intoccata. E all'indigente rimase nulla più che una decorazione. Con questa aggravante: se, nel nuovo clima di libertà, non gli fosse riuscito di arricchirsi, un simile risultato negativo, non più ascrivibile agli sbarramenti cetuali, gli sarebbe stato addossato come a personaggio pigro ed ozioso. Del resto, un luogo comune della letteratura moralistica sette-ottocentesca si conclude spesso nel ritratto del povero come di uno che non ha saputo o voluto mettere a frutto i propri talenti.

Guardando criticamente la visione apologetica – particolarmente francese – di questa nozione di uguaglianza, si deve operare una salubre de-mitizzazione: siamo senza dubbio di fronte a una conquista storica, ma conquista incompiuta. Corrisponde certamente a un grado notevole di civiltà giuridica che la legge sia uguale per tutti, e possiamo anche esser lieti di vederlo anco-

ra oggi scritto – non saprei con quanta consapevolezza – nelle aule dove si amministra la giustizia. Occorre però che una insegna così astratta e così rigida sia integrata dalla considerazione delle situazioni disuguali di cui possono essere portatori i diversi cittadini; ciò per evitare che una applicazione rigidamente uguale della norma a soggetti disuguali non si risolva per ciò stesso in una enorme iniquità.

Fino a non molti anni fa il rigido principio che l'ignoranza della norma non scusa rappresentava l'estrema e inesorabile cerniera di auto-tutela di un ordinamento sfrontatamente legalistico²³. Ma era ragionevole porre sullo stesso piano l'analfabeta incapace di leggere il testo normativo e il dotto che è in grado non solo di leggere ma di interpretare adeguatamente? Non posso non ricordare il monito che un grande romanziere francese, Anatole France, indirizzava implicitamente a noi giuristi in un suo splendido romanzo storico, *Le lys rouge*, riprovando la generalità e astrattezza di prescrizioni che proibivano di dormire sotto i ponti della Senna al barbone e al proprietario di un palazzo, un egualitarismo formale che non toccava l'abbiente ma colpiva il soggetto socialmente ed economicamente debole²⁴.

Lo storico del diritto, che è per mestier suo un de-mitizzatore, non si lascia affascinare dallo scintillio di una abile propaganda, e registra luci ed ombre. L'uguaglianza giusnaturalista e illuminista soffre di astrattezza, perché modellata su soggetti e rapporti astratti e non sui componenti storicamente vivi di quella realtà storica che è il popolo francese.

7. Questa ultima notazione ci introduce egregiamente all'esame critico di un altro mito duro a morire: il nesso che lega popolo, sovranità popolare, rappresentanza politica, organismi rappresentativi, quelli che oggi sono generalmente chiamati Parlamenti²⁵.

Il popolo è, perennemente, nello sfondo del costituzionalismo moderno come lo è il coro nella antica tragedia della Grecia classica, e con lo stesso ruolo: quello di un personaggio ideale. Nelle 'carte dei diritti' si parla comunemente di 'popolo' – nella intestazione del *Bill* della Virginia si scrive paternalisticamente 'good People', 'buon popolo' -, talora di 'nazione', talora di 'comunità', ma si tratta sempre di nozione all'insegna di generalità e di astrattezza.

E non può che essere così: mentre il popolo dell'antico regime è una realtà composta, formata da ceti e corporazioni ciascuno (ciascuna) con ben precisati confini, finalità, composizione, il popolo uscito dalla *tabula rasa* giusnaturalistica e fatto proprio dal costituzionalismo è sì una unità, è sì il soggetto originario cui costantemente si fa capo, ma è pur sempre quella unità al cui interno c'è una infinità di individui tutti liberi ed uguali. È conseguente a una siffatta concezione che la figura di questo nuovo soggetto sia necessariamente vaga e sfumata, anche se presenza obbligata quale fondazione legittimante del nuovo edificio politico sociale giuridico.

Ma un'altra considerazione si deve aggiungere. Non si dimentichi mai da parte dello studente l'origine borghese, cioè elitaria, del costituzionalismo moderno. Agli occhi del ceto economicamente e poi politicamente emergente il richiamo al soggetto originario era obbligato, ma, nel momento in cui lo si faceva, dominava un

atteggiamento complesso (e anche contraddittorio) di rispetto e di timore. Insomma, al popolo si riservava quell'atteggiamento di cautela – se non proprio di sfiducia – che abbiamo visto diretto verso la magmatica nozione di società.

I grandi intellettuali, che disegnano le linee portanti della fabbrica costituzionale, serbano due caratteri di fondo: appartengono prevalentemente alla parte più intelligente e più aperta del ceto aristocratico, ma aristocratici sono; sono personaggi coltissimi ma consapevoli della superiorità che la profonda cultura conferisce. Senza contare che spesso appartengono a logge massoniche o a circoli esclusivi e si sentono – come illuminati – depositari di un sapere compartibile solo all'interno di una consorte di eletti²⁶. È da essi lontanissima l'idea che il diritto possa nascere spontaneamente da movimenti sociali ed economici della vita quotidiana, ovverosia dal basso, da sotto in su. Nella loro ottica, il diritto è sempre pensato e voluto in alto, ovviamente da riversare sulle masse popolari con l'atteggiamento di chi elargisce e benefica.

Esempi di lampante evidenza li abbiamo in due grandi protagonisti, che rappresentano fedelmente l'uomo di cultura cui si fa qui riferimento, Cesare Beccaria e Montesquieu (1689-1755). Se si apre quel brevuario illuministico che è il famoso saggio beccariano *Dei delitti e delle pene*, il lettore è colpito dal disprezzo verso il volgo e le credenze volgari (facilmente manovrabili da preti e oscurantisti), dal sentimento di orgogliosa sicurezza dello scrittore quale percettore della verità in grazia del suo sapere e anche della sua altezzosa separazione e appartatezza²⁷. Il barone di Montesquieu, che pure ci dà nel suo gran libro

«Dello spirito delle leggi» (1748) la testimonianza di un giusnaturalismo temperato perché teso ad analizzare le ragioni delle leggi all'interno dei diversi contesti storici²⁸, scrive a chiare note questo disprezzo in tutta la trama del volume e soprattutto in quel famoso capitolo dove discute 'sulla costituzione d'Inghilterra'²⁹.

È solo in Jean Jacques Rousseau, questo acuto originalissimo pensatore, ma anche questo grande solitario nella cultura europea del secondo Settecento³⁰, che ci è dato di reperire delle posizioni qualificabili non retoricamente ma effettivamente democratiche, ma le intuizioni rousseauviane saranno sempre accuratamente filtrate durante tutto il solco della Rivoluzione limitandosi ad offrire la copertura preziosa di un lessico e di talune idee forti. Lo stesso momento giacobino, dominato com'è dall'impegno alla rigenerazione del popolo, non può che essere percorso dall'impegno a offrire principii sicuri ben inseriti in un progetto confezionato dall'alto e, nel medesimo tempo, da una sostanziale diffidenza per il puramente 'sociale', incontrollabile e passibile di pesanti devianze.

La sovranità popolare è conclamata, e per ripetute volte, tanto che non vale la pena di fare citazioni specifiche, ma appare galleggiare abbastanza sradicata dall'assetto costituzionale dell'erigendo Stato. La sovranità popolare non può non essere conclamata, pena la de-legittimazione del processo rivoluzionario, ma deve essere, in qualche modo, convenientemente esorcizzata. L'efficace esorcismo sarà costituito dal principio della rappresentanza politica; anzi, dal nuovo principio di rappresentanza politica conseguente a quel nuovo soggetto politico che è il popolo dopo la rinnovazione giusnaturalistica³¹.

Nell'antico regime il popolo era un complesso più o meno ordinato di corpi sociali, era comunità di comunità. In ciascuna di queste, rappresentative di interessi particolari ma ben definiti, c'era un programma concreto, c'era una volontà comunitaria di affermazione del programma; e i rappresentanti non potevano che essere portatori di una volontà che preesisteva alla loro elezione a rappresentanti. Un siffatto quadro si sovverte dalle fondamenta, quando - sul piano teorico fin dalle riflessioni seicentesche, sul piano della prassi dalle rivoluzioni tardo-settecentesche - si sovverte la configurazione del popolo, divenuto ormai una unità compatta insuscettibile di frammentazioni, una totalità sostanzialmente massificata al cui interno sussiste unicamente una incalcolabile infinità di individui liberi ed uguali, che si limitano a formare il supporto fisico del soggetto collettivo senza avere alcuna capacità frazionante, sia perché sono una infinità, sia perché sono glorificati ma anche devitalizzati e soprattutto devolontarizzati, se così si potesse dire, dal carattere 'naturale' dell'uguaglianza.

Con questo presupposto e in questo contesto socio-politico non può che mutare la nozione di rappresentanza; il popolo è chiamato a eleggere dei rappresentanti, ma, al contrario di quanto avveniva nel precedente assetto cetuale, questo popolo/totalità non è portatore di un programma e di una volontà; programma e volontà politica prenderanno forma soltanto in seno alla assemblea dei rappresentanti. A ben vedere, la nuova rappresentanza politica è assai poco rappresentanza, considerato che è impensabile un vincolo tra elettori ed eletti; è piuttosto una autorizzazione a formare una volontà politica nell'interesse del

popolo e si riduce praticamente in una investitura, svuotando di fatto il principio della sovranità popolare e ingigantendo la posizione e il ruolo della assemblea, di quelli che saranno i futuri Parlamenti, autentici protagonisti dell'indirizzo politico e della sua realizzazione.

La rappresentanza politica della modernità post-giusnaturalistica e post-illuministica, se non ci si lascia abbagliare dalle trasfigurazioni propagandistiche e la si guarda alla luce di una introspezione critica, rivela il suo carattere di finzione, di supremo artificio al servizio di una strategia di rigido controllo della società. Uno spirito libero, penetrante osservatore della realtà circostante ma anche delle sue radici storiche, il francese Alexis de Tocqueville (1805 – 1859), coglie nel segno quando qualifica questa costante presenza popolare nello sfondo dello scenario settecentesco più una «ombra della sovranità del popolo, piuttosto che vera e propria sovranità»³².

Come quasi sempre avviene per queste novità costituzionali, tutto diventa (deve diventare) oggetto di credenza, uno dei tanti miti da accettare senza discutere: la rappresentanza è il sublime strumento grazie al quale il popolo 'sovrano' esprime la propria autonoma e incoercibile volontà ed esercita la propria 'naturale' sovranità. Andando a guardare un po' dietro del fondale mitologico si delinea, nuda e cruda, la strategia statalistica di poggiare la costituzione in una struttura statuale e questa in un organismo, l'Assemblea, depositaria di autentici poteri sovrani.

Ohimè! Poiché lo storico è metodologicamente un comparatista e pone in perenne dialettica passato e presente, è sua sconsolante constatazione che il mito dura, pressoché intatto, anche oggi almeno in

quella parte della scienza giuridica culturalmente pigra e pertanto maledettamente misoneista.

8. È un'impronta statalistica, dunque, che emerge durante il Settecento, nell'Europa continentale e particolarmente nel laboratorio francese, prima della Rivoluzione nei disegni degli intellettuali più lucidi e lungimiranti, durante la Rivoluzione negli stessi schemi ordinativi rivoluzionari. Si avvertiva – ai due livelli, di teorizzazione e di prassi – con un cinismo affondante però in un solido realismo che, per debellare il decrepito ma radicatissimo regime cetuale, occorresse uno Stato unitario e centralizzato, al cui interno non prosperassero più società intermedie ma cittadini livellati da una uguaglianza formale e pertanto astratti dalle formazioni sociali, una miriade di soggetti isolati che, a causa del loro intrinseco isolamento, non avrebbero potuto creare ostacoli a una espansione totale del potere politico in tutto il territorio nazionale.

Da qui, come abbiamo visto, il duplice ruolo della *égalité*, di contribuire a una strutturazione solida dello Stato e di svuotare la rappresentanza politica del suo contenuto autenticamente rappresentativo.

Centrale resta lo Stato, e centrale al cuore dello Stato l'Assemblea legislativa. Il progetto politico-giuridico, che è robusto in forza dei robusti basamenti mitologici, abbisogna – per compiersi – di una ulteriore mitizzazione: quella che riguarda la legge. La legge è, infatti, la manifestazione della volontà suprema della Assemblea, ed è l'insegna più genuina della sovranità moderna, nonché la garanzia più efficace della unità dello Stato. Illuminismo giuridico e Rivolu-

zione sono, su questo punto, gli eredi ossequanti di una tradizione tipicamente francese risalente ai tempi lontani della monarchia tardo-medievale, quando il re ha cominciato a capire e ha capito fino in fondo l'enorme valore politico del diritto e, quindi, del produrre diritto, e, da gran giustiziere che era, ha trasformato la propria identità di sovrano in quella di legislatore, dandosi da fare in una progressiva attività legislativa nel tentativo – che riuscirà, tuttavia, solo con la Rivoluzione – di far coincidere il diritto in un complesso di leggi.

La legge ha dei meriti inoppugnabili agli occhi degli illuministi e dei rivoluzionari: è regola generale, astratta, rigida, ed è quindi strumento capitale per realizzare l'unità del reame, tagliando alle radici le formazioni sociali con i loro particolarismi giuridici. Quel che manca è un adeguato corredo mitologico, ed è proprio questo corredo che politologia, scienza giuridica, prassi politico-giuridica si sforzeranno di confezionare nella seconda metà del secolo XVIII.

Il primo passo – l'abbiamo già visto – era stato compiuto giganteggiando e idealizzando la figura del Principe e affidando a lui – modello di uomo immune dalle passioni e cercatore obiettivo della verità delle cose – le regole del diritto naturale; il secondo fu quello di legare inscindibilmente la voce autorevole del Principe, i suoi comandi, le sue leggi, alla ragione insita nella natura, quella ragione che può essere serenamente orecchiata da ogni uomo giacché riposa 'naturalmente' nel cuore di ognuno, ma che solo il sovrano, soggetto modello, al di sopra della miriade dei suoi sudditi e al di sopra della miseria delle passioni, dall'alto del suo piedistallo può contemplare e leggere in tutta la sua oggettività.

Il pensiero illuminista è pronto a sanzionare questo collegamento e, se Montesquieu non ha esitazione nell'identificare la legge in generale con la ragione umana, Rousseau instaura, forse non per la prima volta ma certamente nella formulazione più compiuta e più consapevole, il vincolo tra legge e volontà generale. Nel suo 'Contratto sociale' Rousseau ci offre, in un artefatto disegno oleografico, un paesaggio sociopolitico trasfigurato in una sorta di paradiso terrestre: la volontà generale sempre retta e sempre tesa alla pubblica utilità, la legge quale dichiarazione pubblica e solenne della volontà generale, e, al di sopra, vero demiurgo nello Stato, il legislatore che «è sotto tutti gli aspetti un uomo straordinario»³³. Su questo punto il solitario ginevrino avrà molti adepti e sarà – questo – proprio uno dei casi in cui il suo lessico e il suo ideario avranno una formidabile fertilità. E appare appagante l'equivalenza fra ragione, volontà generale, legge.

Il corredo mitologico, di cui i comandi dello Stato rivoluzionario hanno un disperato bisogno, è pienamente approntato grazie a quella equazione preziosa. La *Déclaration* dell'89 già la afferma recisamente: "La legge è l'espressione della volontà generale" (art. 6), con frase ripetuta nella *Déclaration* del '93 (art. 3), nell'*Acte Constitutionnel* del 24 giugno dello stesso anno (art. 4), nella *Constitution* del '95 (art. 6); nella *Constitution* del '91 si dice qualcosa di più sostenendo solennemente che «non c'è in Francia autorità superiore a quella della legge» (tit. III, cap. II, art. 3), mentre l'*Acte Constitutionnel* del '93, che, nel suo art. 4 ha confermato – come or ora si è detto – il legame, ce ne dà la giustificazione: la legge «non può ordinare che ciò che è giusto e utile alla società; non può impedire che ciò che le è nocivo».

Il mito della legge, riposto gelosamente nel sacrario dello Stato, è consegnato alle generazioni future come il risultato più rimarchevole del progetto giuridico rivoluzionario e l'eredità da mantenere ad ogni costo. La legge è un vaso vuoto, che il potere supremo può riempire a suo piacimento dei contenuti più varii, perché non saranno questi a conferirle venerabilità ma soltanto il fatto di essere legge. Nozione non nuova, affermata già da Bodin alla fine del Cinquecento nel suo trattato intorno a *I sei libri dello Stato*³⁴, ma che, con la Rivoluzione, riesce addirittura ad ammantarsi di democraticità, non perché sia democratica questa o quella norma legislativa ma più semplicemente perché ogni legge esprime aprioristicamente la volontà generale.

È chiaro che siamo di fronte ad un assioma, cioè ad una verità indimostrata e indimostrabile, ma proprio di questo c'era bisogno: di un oggetto di credenza e non di dimostrazione. Il mito della legge costituisce la pietra angolare del nuovo edificio costituzionale. Accanto a 'carte', 'dichiarazioni', 'atti costituzionali' enuncianti principi etico-politici si avvertiva la coscienza che soltanto il diritto avrebbe conferito stabilità duratura alla nuova fabbrica statuale e si imponeva pertanto l'urgenza di costruire lo Stato come edificio giuridico.

A condizione che si trattasse di diritto nuovo, non impantanato nei particolarismi che avevano condannato all'impotenza il vecchio regime monarchico, un diritto imperniato su un motore centrale, la Assemblea dei 'rappresentanti' popolari divenuta potere legislativo e dove la classe politica aveva trovato una nicchia conveniente, la Assemblea unica detentrica della legge intesa quale strumento livellatore unificatore centralizzatore.

Ma andava mitizzata la odiosità della legge, odiosa per quel suo piovere dall'alto, per quel suo inevitabile autoritarismo, per quel suo spianare impietoso il territorio giuridico fino a renderlo assolutamente piatto al di sotto delle sue regole generali. La mitizzazione fu ottenuta immergendo la legge nel seno materno della volontà generale.

Una considerazione conclusiva va fatta. Al progetto rivoluzionario è essenziale una ferrea corazza legislativa, perché è questa – più che gli alati lirismi delle dichiarazioni solenni – che potrà garantire il futuro contro i molti nemici in agguato. È pienamente comprensibile lo zelo nel mettere a punto il mito della legge, nel collocare al di sopra del potere esecutivo e del potere giudiziario quello legislativo, nel dare avvio a quell'assillo legalitario – trasformato subito in un oppressivo culto della legalità – e a quella consegna del diritto nelle mani del legislatore, novello re Mida che riesce a mutare in oro tutto quel che tocca³⁵.

La borghesia, che ha pazientato due secoli sul continente prima di arrivare al potere, tosto che si è installata nelle centrali parigine, ha messo in atto la sua convinzione che perno del potere è la dominanza del diritto e che dominanza significa monopolio della sua produzione, ossia riduzione completa a un controllatissimo sistema legale. È qui il suo diritto costituzionale senza Costituzione; tanto è vero che già nella *Constitution* del 1791 è scritto, fra le 'Disposizioni fondamentali', un impegno solenne: "Sarà fatto un Codice di leggi civili comuni a tutto il Regno".

Un'aggiunta a mo' di commento integrativo. È ovvio che si origini in queste radici settecentesche – pre-rivoluzionarie e rivoluzionarie – il culto della legalità che ancora imperversa in Italia, ma è anche qui

che si è originata la persuasione che soltanto la legge incarna pienamente e compiutamente il diritto, mentre la Costituzione appare quasi il terreno mobilissimo di scelte pre-giuridiche. Il guaio è che un simile atteggiamento, capibile a fine Settecento quando le 'carte dei diritti' erano qualcosa di ben diverso da un supremo sistema normativo, si è liquidamente trasferito nel contesto storico italiano del secondo dopoguerra in presenza di una vera e propria Costituzione. Dopo la sua entrata in vigore ci sono state nella scienza giuridica italiana – legalistica e formalistica – sterili discussioni tendenti a relegare la carta costituzionale, ben al di là delle norme giuridiche regolanti la vita sociale della Repubblica, in una sorta di esilio dorato dove essa, pur splendida e innovativa, beneficiava della decorazione di semplice orientazione politica.

9. La genuina modernità, che si identifica con l'ordine economico e giuridico borghese, che – trascorsi i necessari ma violenti e cruenti anni della Rivoluzione – si incarna per quasi tutto il secolo XIX in una stabilità economica e giuridica pensata e sperata come perpetua e niente affatto turbata dalle innumerevoli guerre, coglie nella legge – per i motivi che sappiamo – la sua guarentigia suprema e rincorre l'ambizioso traguardo di poter disciplinare a mezzo di leggi l'intero territorio giuridico.

È per questo che l'Ottocento è secolo – indubbiamente anche di nuove carte costituzionali ma innanzi tutto – di codificazioni, perché il Codice, questa fonte nuova, figlia dell'illuminismo e della rivoluzione francese, è lo strumento con il quale si pre-

sume di poter regolare ogni problema, ogni caso della vita dei cittadini³⁶. Nessuna zona dell'ordinamento giuridico viene esclusa da questo assillo codificatorio, fatta eccezione per gli aspetti legati strettamente all'esercizio della sovranità e ritenuti ancora di indole puramente politica; e si avranno Codici civili, di commercio, penali, di procedura civile e procedura penale.

Né dimentichi lo studente che ogni Codice è un sistema che, anche se non arriva ad essere perfettamente compiuto, tende però alla completezza, gli ripugna ogni forma di etero-integrazione e trovano in esso organica collocazione tutti i possibili istituti della vita associata (come nei Codici civili) o tutte le possibili infrazioni ritenute gravi per l'ordine pubblico (come nei Codici penali) o tutte le regole processuali (come nei Codici di procedura). E circola, perversa ma inespresa, la presunzione aberrante che si sia riusciti a inglobare tutto il diritto in un libro e nella massa di articoli in esso contenuti; e si ritiene che non siano necessari nemmeno interventi 'speciali' dello stesso legislatore, i quali saranno ritardati il più possibile e proprio solo quando non se ne potrà fare a meno per eventi sopravvenuti di straordinaria novità. Il Codice, fondato ancora su un soggetto unico – il soggetto astratto che noi ben conosciamo – e su una rete di rapporti astratti, è la fonte ritenuta capace, in grazia della generalità e della astrattezza, di ordinare la complessità della vita con i suoi schemi geometrici.

La grande ventata codificatoria rappresentava una conquista, auspicata dagli intellettuali illuministi e dai protagonisti della Rivoluzione: era, sì, una razionalizzazione del vecchio diritto francese, caotico e troppo frammentato, ma soprattutto costituiva

finalmente l'agognato controllo della produzione di tutto il diritto. Finalmente, tutto il diritto era racchiuso in un testo unitario e secondo il progetto del detentore del potere politico. La testualità, cioè la riduzione del diritto in un testo cartaceo, veniva a conseguire due risultati rilevanti: il suo perfetto controllo da parte del sovrano e l'impossibilità di eludere il comando da parte del cittadino, godendo quel comando – scritto chiaramente in un testo – del pregio indiscutibile della conoscibilità e della certezza.

È nei Codici la costituzione scritta dell'ordine borghese; particolarmente nel Codice civile, giacché è lì che trovano disciplina e tutela proprietà, contratti, obbligazioni, successioni per causa di morte, ossia l'averne individuale, il patrimonio, nelle sue possibili vicende giuridiche. Che questa diagnosi non sia errata lo dimostra una eloquente scelta sistematica, che potrebbe sorprendere un osservatore superficiale che sfoglia per la prima volta un Codice: ogni Codice civile si ripartisce nella trattazione delle persone, della famiglia, dei diritti reali, e così via, ma serba sempre – al suo inizio – una parte generale variamente denominata in cui si affrontano dal legislatore temi e problemi fondativi di ogni ordinamento giuridico; fra i quali quelli inerenti alle fonti, fondativi, in modo peculiare, per l'ordine borghese, che ha dedicato a siffatti problemi tutta la sua attenzione, li ha risolti in modo eversivo rispetto al passato, ha fatto insomma della divisione dei poteri, del controllo delle fonti, del rapporto fra normazione e interpretazione/applicazione il cardine del proprio progetto giuridico.

Più che all'interno di 'dichiarazioni' etico-politiche, principii e regole di tanto rilievo potevano trovare (e trovarono) una

conveniente collocazione dove era consegnata la costituzione sostanziale dello Stato.

10. Legalismo significa controllo sulla giuridicità; diventa diritto ciò che una suprema volontà politica ritiene corrispondere ai suoi disegni e ai suoi progetti. Legalismo, quindi, è da intendersi come filtro rigoroso tra realtà sociale economica culturale e diritto: quella realtà, se la mano invisibile del sovrano non si muove e il filtro non viene attuato, resta un ammasso di fatti giuridicamente irrilevanti. Quel che conta è unicamente la volontà di chi ha il miracoloso potere di trasformare il non-diritto in diritto.

Sotto questo profilo, legalismo vale formalismo, se per formalismo intendiamo costruzioni umane che non si adagiano sui fatti rispecchiandoli fedelmente ma che si impongono sui fatti anche a costo di distorcerli e di violentarli. Nella civiltà legalistica che abbiamo cercato di seguire nel suo nascere e nel suo svilupparsi, i fatti – per la loro grezza spontaneità – subiscono la condanna di un pesante esilio, restano fuori della cinta murata del diritto, restano meri fatti senza aver la capacità di essere – di per sé – produttori di diritto.

Si rompeva così la plurisecolare tradizione medievale e pos-medievale trascintasi stancamente sino alle soglie della Rivoluzione, quando dominante – anche se sempre meno, di fronte alla invadenza legislativa dei sovrani – era la fattualità del diritto, con al cuore un fatto normativo, il fatto normativo per eccellenza, la consuetudine.

Che vuol dire fatto normativo? È un fatto che ha in sé una carica capace di incidere a livello del diritto, fonte di osservan-

za da parte di una comunità grande o piccola, prescindendo da interventi estranei, per esempio di soggetti politicamente forti e investiti di pubbliche potestà. E i filosofi del diritto, correttamente, qualificano come tale la consuetudine, la quale consiste in un fatto comportamentale, che si ripete durevolmente e che soltanto da questa ripetizione e dalla osservanza spontanea di un gruppo sociale trae la propria normatività.

Ma un diritto consuetudinario porta con sé alcuni caratteri intrinseci: è un fatto, un insieme di fatti, ed è pertanto una dimensione giuridica concretissima, perché nasce dal basso e legata a forze particolari che è chiamato a esprimere; nascendo dal basso e dal particolare, è assai poco controllabile da un potere centrale, assai poco riconducibile all'interno di un progetto generale e unitario.

È quanto basta per renderlo invisibile a illuministi e rivoluzionari, tutti presi dal loro programma di riduzione legalistica. Manifesta egregiamente questo diffuso sentimento ostile Massimiliano Robespierre, acceso giacobino ma anche eccellente giurista, quando, nel 1794, in un discorso dalla intensa valenza programmatica dinnanzi alla 'Convenzione', senza mezzi termini, indicava il nemico da abbattere: "noi vogliamo sostituire, nel nostro paese, i principii agli usi"³⁷. Per la rigenerazione del popolo tanto cara ai giacobini la eliminazione delle consuetudini era la prima tappa di un percorso obbligato; soltanto dopo aver tolto di mezzo i mille usi che facevano del territorio francese una sorta di mosaico giuridico e che non avrebbero mai potuto essere pienamente controllati dalle centrali parigine, si sarebbe potuto dare ai francesi dei 'principii', con-

fezionati nei palazzi del potere, quindi ortodossi, sicuri, e, come tutti i principii, capaci di distendersi unitariamente per tutto il territorio della Repubblica nella generalità delle loro linee.

Lasciamo la Rivoluzione e Robespierre: il moderno legalismo imperante ha significato un costo pesante per l'itinerario futuro del diritto nell'Europa continentale. Se risulta evidente l'inadeguatezza di una fonte consuetudinaria per ordinare una realtà sempre più complessa sotto il profilo sociale economico tecnico, risulta però altrettanto evidente l'impovertimento causato dalla espunzione degli usi dal novero delle fonti autonome di diritto.

I sistemi codificati, intolleranti di brecce incontrollate, hanno per troppo tempo ammesso l'esistenza unicamente di *consuetudines secundum legem*, cioè ripetitive di contenuti già presenti nella volontà del legislatore, o, in certi campi specifici, di sparute *consuetudines praeter legem*. Ma le leggi hanno il difetto di sclerotizzarsi in un testo cartaceo, di immobilizzarsi e di non seguire armoniosamente la società in movimento, spesso in rapidissimo movimento. E se la società tacitamente si ribella e osserva pratiche non contemplate nei sacri testi, il risultato è un divario fra diritto ufficiale e diritto vivente con una intima sofferenza dell'ordine giuridico; i fatti vanno per conto loro e le forme giuridiche ufficiali rivelano tutta la loro inadeguatezza.

Anche se ne accenneremo più avanti, rileviamo fin d'ora che si tratta proprio della non facile situazione che stiamo attualmente vivendo, con una profonda crisi del vecchio sistema delle fonti così come era stato ingessato dal legalismo borghese.

11. Il procedimento di formazione della legge si apre e si chiude nell'itinerario che va dal progetto, in cui viene consegnato un primo disegno della volontà del legislatore, al momento in cui quel progetto – diventato comando definito e compiuto – viene manifestato ai sudditi dal legislatore stesso.

Il rigoroso legalismo illuministico e rivoluzionario, fatto proprio dallo statalismo imperversante nell'Ottocento – un legalismo che si trasforma addirittura in legolatria –, esige che, con il momento finale della solenne promulgazione e pubblicazione del comando, la legge si presenti come una realtà perfettamente chiusa e compatta, immodificabile dai fatti successivi che essa incontra nella sua esistenza storica, modificabile unicamente da una futura – contraria o, comunque, diversa – volontà dello stesso legislatore. Un rigoroso legalismo esige che la legge, pur permanendo in vita per una lunga durata, sia inattaccabile dai futuri – e, magari, virulenti – fatti economici e sociali, mantenendo intatti le previsioni e i comandi che il legislatore ebbe nel momento genetico iniziale.

Agli occhi di un rigoroso legalista la legge soffre però una mala sorte: proprio perché norma generale astratta rigida, per poter regolare un concreto fatto di vita, ha necessità di un tramite che le permetta di lasciare il suo cielo alto (anche se è un cielo fisso nelle pagine di un Codice) e calarsi nella terrestrità di un contratto, di un regolamento di confini, di un risarcimento per danni subiti, o, alla peggio, di un delitto perpetrato. Il tramite è uno solo, l'interpretazione/applicazione, ossia la attività intellettuale di un giurista, cioè di uno che sa di diritto, il quale individua in una certa regola generale la possibile disciplina del caso concreto che ha dinnanzi. Il più impegnato

in questa operazione è indubbiamente il giudice, a cui viene sottoposta la soluzione di un caso pratico, ma vi sono coinvolti anche il notaio, cui il cliente chiede di rogare un certo atto disciplinante i suoi affari, o l'avvocato, tutelatore degli interessi di un cliente, o lo scienziato del diritto, che analizza la norma e propone la sua 'traduzione' in termini di categorie scientifiche e di rigorose invenzioni tecniche.

Questo significa un rischio grosso per la legge: essere nelle mani del giurista, ricevere da lui non una lettura fedele del proprio messaggio bensì una alterazione in base alla particolare visione del giurista stesso o a quello che gli sembrano richiedere le mutate circostanze; col che la legge viene a perdere quanto era sembrato a illuministi e rivoluzionari il pregio di un efficace controllo sociale.

La storia del diritto insegna che ogni legislatore, tanto più quel legislatore presuntuoso che è ogni codificatore, ha avuto i suoi sonni costantemente turbati dall'incubo della interpretazione/applicazione, un incubo non rimuovibile come non è rimuovibile il necessario momento interpretativo, e si è da sempre cercato di legare mani e piedi all'interprete, togliergli ogni spazio di libertà, ridurre il suo operare ad attività puramente logica, esplicativa di un testo da rispettare nella sua lettera e nella sua volontà quasi che fosse una scrittura sacra.

È solo il legislatore che può volere qualcosa, mentre l'interprete non può che usare – come suggeriscono gli illuministi – il meccanismo logico più inchiodante, più rigidamente deduttivo, e cioè il sillogismo. Si pretende la più assoluta devitalizzazione dell'interprete, di ogni interprete, sia esso il maestro universitario, il giudice, l'avvocato, il notaio.

Rifiutando le grandi tradizioni di raffinate civiltà giuridiche che avevano posto l'interprete al centro dell'ordinamento affidandogli il ruolo di adeguatore delle soluzioni giuridiche ai mutamenti della società (la scienza a Roma e nel secondo medioevo, la prassi notarile nel primo medioevo, il giudice nell'area anglo-sassone – il cosiddetto *common law* – con un itinerario continuo dal medioevo fino oggi), la modernità, nei paesi cosiddetti di *civil law* (Europa continentale)³⁸, esclude ogni coinvolgimento dell'interprete/applicatore nel processo produttivo del diritto, processo che si conclude risolutivamente con la promulgazione/pubblicazione della norma. Rispetto a questa egli avrà soltanto il non-ruolo dell'esegesi, della spiegazione passiva; lui sarà il contemplatore rispettoso di una entità già perfettamente formata, che altri hanno avuto il potere di formare. L'articolo 12 delle 'Disposizioni preliminari' al nostro vigente Codice civile e che è tuttora formalmente vigente è la testimonianza di un'onda lunga che, generatasi più di duecento anni addietro, arriva ancora a lambirci³⁹.

Il progetto illuministico/rivoluzionario non faceva però i conti con la storia, con quello sviluppo perenne nel cui fluire è immerso l'interprete e dal quale è, il più delle volte, lontano e distaccato il legislatore. E i secoli XIX e XX offrono ben spesso lo spettacolo disarmante di leggi vecchie, di Codici vecchi, e di interpreti (soprattutto di giudici che si trovano nella trincea più avanzata della applicazione) costretti ad assumersi il ruolo di mediatori tra norma decrepita e fatti novissimi. E l'edificio legalistico subisce incrinature e, nella effettività della vita giuridica, si deve in buona parte a interpreti coraggiosi e sensibili se il corpo sociale continua ad essere rivestito di un conve-

niente tessuto giuridico. Purtroppo, si verifica in tal modo un vistoso scollamento tra fondazioni ufficiali ed esperienza, con pesanti ripercussioni sulla credibilità del sistema giuridico e sulla risultante sfiducia nella coscienza collettiva.

Nell'attuale momento di transizione, che è anche momento di rapidissima crescita e di rapidissimi mutamenti con un generale scompiglio nel vecchio paesaggio giuridico dominato da Stati e da leggi, è in discussione proprio il sistema delle fonti ereditato da precise scelte settecentesche. E il precitato articolo 12 con la sua immagine di interprete imbavagliato ci sembra ormai galleggiare senza radici.

12. Abbiamo già sottolineato l'attenzione puntigliosa che si ha verso il problema delle fonti nel progetto giuridico borghese; attenzione che disvela una finalità essenziale: dominarle. Il che è perfettamente comprensibile, se si intende per fonti – secondo il lessico dei giuristi – le forme con cui il diritto si manifesta nella esperienza sociale.

Al cuore di quel progetto sta il controllo delle fonti, che viene attuato con una drastica riduzione. Riduzione della folta pluralità vigoreggiante nell'antico regime a una sola – la legge –, che potesse rispecchiare il soggetto politico Stato, tanto unitario e compatto da eliminare al suo interno tutte le formazioni sociali (con la sola ineliminabile eccezione della famiglia) e da stagliarsi solitario protagonista del paesaggio nazionale.

Per vero, si parla ancora di pluralità di fonti, ma scandita in un rigido ordine gerarchico che toglie autonomia a quelle situate nei gradini inferiori della scala. Al sommo,

c'è la legge, fortificata dalle mitizzazioni che sappiamo, pienamente meritevole di quel supremo fastigio perché espressione non del potere ma della volontà generale. Si badi: alla cuspide piramidale non è collocata una 'carta' o una 'dichiarazione', che vengono percepite estranee all'edificio giuridico; quel posto, quel ruolo, quel primato spetta unicamente alla legge⁴⁰.

E nell'Europa dei Codici si è trascinata intatta questa visione gerarchica appena fino a ieri; e, imbevuti ancora di propaganda illuministica, ci si è beati di proclamarsi servi della legge senza considerare che quella servitù, accettata con ingenuo anche se inconsapevole fervore, significava separazione fra diritto e società, significava connessione perversa tra potere politico e diritto, significava controllo del diritto da parte del potere politico e rinuncia a un effettivo pluralismo, significava – in ultima analisi – la minimizzazione degli altri poteri dello Stato a tutto favore di quello legislativo.

Oggi, il paesaggio giuridico ha riacquisito una sua complessità.

Al di sopra degli Stati si èrgono robusti organismi sopranazionali, per noi italiani l'Unione Europea, dove è presenza rilevante il Regno Unito portatore di una mentalità giuridica né legalistica né formalistica, dove non si vive dommaticamente la divisione dei poteri tant'è vero che un organo giudiziario, la 'Corte di Giustizia', è investito di un ruolo costruttivo dell'ordine giuridico europeo.

All'interno del nostro Stato, due livelli di legalità, quello della legge ordinaria e quello della Costituzione, vera norma giuridica fondamentale che attinge direttamente nei valori storici del popolo italiano trasformandoli in principii giuridici ordinanti. In seno alla Costituzione, la previ-

sione di un giudice delle leggi, la 'Corte Costituzionale', prezioso organo respiratorio che consente il perenne adeguamento di comandi e forme alla sostanza di quei valori, con una visione rinnovata della legge che lascia finalmente alle spalle la vieta nozione di un contenitore vuoto da rispettare ad ogni costo.

E, poi, un processo in atto che ci mostra una cospicua moltiplicazione delle fonti, allontanandoci sempre più dallo schema rigido di una gerarchia chiusa verso una produzione aperta del diritto nascente dalla effettività della vita sociale e ormai così vigorosa da provocare – se non il crollo – almeno l'incrinatura della muraglia legalistica e formalistica.

Questi ultimi anni segnano il trionfo della *effettività* sulla *validità*: effettività, cioè fatti sociali che si impongono a livello del diritto per una loro intrinseca forza, prescindendo dalla loro corrispondenza a un modello generale autorevole (nel che consiste, appunto, il vecchio canone della validità). E trionfa la prassi, generatrice di nuovi schemi ordinanti e di nuovi istituti, ignoti ai disegni formali di Codici e leggi ma conati nel quotidiano crogiuolo socio-economico insofferente alle decrepite categorie della tradizione⁴¹.

Tutto questo sarà con maggiore ampiezza trattato più avanti in altre parti del 'manuale', ma non si poteva non accennarvi anche in queste pagine introduttive per puntualizzare l'approdo estremo di un plurisecolare percorso storico che, partendo da soluzioni drasticamente riduzionistiche, arriva a riscoprire la intima complessità del diritto e, conseguentemente, la sua fattualità.

13. Santi Romano, il grande giuspubblicista italiano che abbiamo più sopra ricordato per la sua valutazione critica delle 'carte dei diritti', sintetizza egregiamente il suo generale atteggiamento di insoddisfazione verso la modernità giuridica quando afferma, con frase sobria ma efficace: si è voluto costruire un edificio semplice, il più semplice possibile, ma non si trattava di semplicità bensì di semplicismo⁴².

Semplicismo, ossia riduzionismo eccessivo, che ha portato a un pesante sacrificio della complessità del diritto, una complessità che era specularità fedele della società, realtà per sua natura complessa che il diritto è chiamato a ordinare e non a forzare artificiosamente. Ma la modernità teme il 'sociale' e il 'collettivo' come fenomeni diffusi e pertanto incontrollabili, preferisce affidarsi al potere consegnando la dimensione giuridica nelle sue mani⁴³.

Le matrici individualistiche del pianeta moderno premono nella direzione di un rilevante risultato: l'eliminazione delle formazioni sociali, delle società intermedie, fino a ridurre il paesaggio a un protagonismo di individualità, il soggetto/Stato e il soggetto individuo, l'uno complementare all'altro, l'uno e l'altro forniti di poteri diversi generanti diverse aree di autonomia, quella politica e quella economica.

Il programma è all'insegna della liberazione delle individualità da tutti i tessuti sociali che, quasi come delle coltri opprimenti, soffocano le indipendenze individuali. L'effetto sarà un ideale proscenio dove è ridotto a due il numero degli attori: lo Stato, che una sapiente teorizzazione della scienza giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento arriva a costruire come 'persona'; l'individuo fisico, che la falce della Rivoluzione ha affrancato dal vecchio asset-

to corporativo. Un macro-soggetto a fronte di un micro-soggetto. Tutto si risolve in un rapporto fra soggetti, così come pretende l'esasperato soggettivismo moderno.

Lo Stato ridotto giuridicamente a persona ottiene, nel suo isolamento potestativo, una perfetta separazione dalla caoticità della società, imponendosi sopra di essa quale super-soggetto politico/sociale; l'individuo fisico, protetto nel suo esser proprietario di se stesso e delle cose, potrà isolarsi dagli altri, coi quali fruirà – se lo vorrà – dello strumento egoistico del contratto.

Le società intermedie sono spazzate via come una malerba infestante; e, infatti, di esse non è traccia nel Codice Napoleone, figlio legittimo della Rivoluzione. Occorrerà fare molta strada per recuperare al diritto ufficiale quelle presenze indispensabili, manifestazioni sì della complessità del sociale ma, insieme, della sua straripante ricchezza, strumenti di incontro e di integrazione quando non preziosi mezzi di protezione soprattutto per il soggetto economicamente debole. Compagno vigorose nella Costituzione weimariana e nella nostra Costituzione del 1948 quando una forte corrente di ispirazione cattolica riuscirà a imporle contro le diffidenze liberali e marxiste. Ma questa sarà materia di altri capitoli di questo 'manuale'.

- ¹ Quanto ci sia da fare, sul terreno della nostra storia risorgimentale, per il distanziamento da una pesante retorica propagandistica ancora imperversante e per un recupero della effettività storica, lo si può cogliere leggendo il libro culturalmente coraggioso e documentatissimo di R. Martucci, *L'invenzione dell'Italia unita – 1855/1864*, Firenze, Sansoni, 1999.
- ² Si parlerà spesso, nel corso delle seguenti pagine, di mitologie giuridiche. Per maggiori chiarimenti rinviamo fin da ora alla lettura di P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005 (IIa edizione accresciuta).
- ⁴ Il giovane lettore è invitato a leggere il saggio romaniano nella seconda edizione (Firenze, Sansoni, 1946), curata dallo stesso Autore e nella quale Egli tiene conto dei rilievi critici accumulati sulla sua opera nel corso di un trentennio.
- ⁴ Il diritto è organizzazione dei rapporti sociali, ma organizzazione osservata dalla comunità. È, infatti, nella osservanza – come si dice più sopra nel testo – il segno distintivo fra il diritto e un generico meccanismo organizzativo della società. Per maggiori chiarimenti, cfr. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma/Bari, Laterza, 20067.
- ⁵ Già nel Seicento, nel momento del pieno rigoglio assolutistico della Monarchia, Luigi XIV e il suo grande ministro Colbert furono consapevoli protagonisti nella affermazione del primato della legge su tutte le altre fonti, nel tentativo di riduzione del paesaggio giuridico a un complesso di leggi, nella consolidazione della potestà legislativa come l'espressione più genuina della sovranità. È in questo orientamento che si inseriscono, a fine Seicento, le grandi *Ordonnances* regolative del processo civile e penale (1667 e 1670) con una forte limitazione della autonomia del potere giudiziario.
- ⁶ Chi avesse voglia di approfondire questa nozione potrebbe leggere: P. Grossi, *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in *Studi in onore di Giorgio Ber- ti*, Napoli, Jovene, 2005, p. 1255 ss..
- ⁷ Così Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997.
- ⁸ Si raccomanda la lettura del volume collettaneo *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma/Bari, Laterza, 1998 e soprattutto il saggio del curatore che reca un identico titolo.
- ⁹ Di Ugo Grozio (1583-1645) si deve almeno ricordare la fondamentale opera 'De iure belli ac pacis' (1625).
- ¹⁰ Su John Locke (1632-1704), che, puntando particolarmente sulla nozione di *property* quale dimensione tipica ed essenziale dell'individuo, può essere considerato uno dei padri dell'individualismo moderno, si può leggere con profitto P. Costa, *Civitas-Storia della cittadinanza in Europa-1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma/Bari, Laterza, 1999, p. 266 ss. All'interno di questo volume ci sono pagine assai chiarificatrici su Grozio e sulla sua nozione di 'proprium' cui si accenna nel testo (cfr. p. 146 ss.).
- ¹¹ Noti lo studente che qui 'stati' è scritto con la esse iniziale minuscola, perché sta a indicare gli ordini sociali, in cui si articolava l'antico regime. La cerimonia funebre di esso fu proprio la convocazione dei cosiddetti 'stati generali' da parte di Luigi XVI nel 1789.
- ¹² Un primo orientamento può essere offerto dallo sguardo sintetico di P. Comanducci, *L'illuminismo giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1978.
- ¹³ Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) fu autore di un libello intitolato 'Dei difetti della giurisprudenza' (1742), nel quale si proponeva la consegna della pro- duzione del diritto nelle mani del Principe/Legislatore con il dichiarato scopo di ridurre a una fonte chiara e certa - la legge - un ordine giuridico assolutamente caotico fino allora prevalentemente nelle mani dei giuristi, soprattutto scienziati e giudici.
- ¹⁴ Cesare Beccaria (1738-1794) è universalmente noto per il suo libello 'Dei delitti e delle pene' (1764) e per i contenuti più propriamente penalistici del libello. In questa sede, lo studente è invitato a leggere il capitolo quarto intitolato alla 'interpretazione delle leggi', dove appare chiaramente il progetto beccariano in tema di fonti del diritto.
- ¹⁵ Su questa corrente di pensiero, che prospera in Francia all'incirca alla metà del Settecento e alla quale si deve la fondazione di una analisi economica del mondo sociale, basti rinviare alle pagine di Costa, *Civitas*, cit., vol. I, p. 446 ss..
- ¹⁶ Su queste prime 'carte' costituzionali basti il rinvio ai chiarimenti offerti nell'agile libretto di M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- ¹⁷ 'Felicità' è il termine ingenuo, che ricorre spesso nelle 'carte' settecentesche.
- ¹⁸ Basti rinviare all'esame da noi fatto su alcuni rilevanti saggi di Romano in: P. Grossi, *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 112 ss..
- ¹⁹ Buoni chiarimenti possono essere offerti in: G. E. Rusconi – H. A. Winkler, *L'eredità di Weimar*, Roma, Donzelli, 2001.
- ²⁰ È questa l'immagine spregiativa con cui il fondatore di una scienza italiana del diritto pubblico autenticamente giuridica, Vittorio Emanuele Orlando, a fine Ottocento, bolla le vaghe e astratte analisi giusnaturalistiche.
- ²¹ Cfr., per maggiori chiarimenti, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002.

- ²² Basti, su questo punto, la lettura del saggio di G. Zanetti, *Eguaglianza*, in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., p. 43 ss..
- ²³ Fino a quando una sensata sentenza della nostra Corte Costituzionale non attenuò la voluta rigidità del principio.
- ²⁴ Il riferimento, sommariamente fatto nel testo, si trova nel cap. VIII del romanzo.
- ²⁵ Con una precisazione storico-giuridica, tesa a salvare lo studente da un possibile grossolano equivoco. Oggi, il Parlamento è la istituzione che incarna il potere legislativo; in Francia, per tutto l'antico regime, i Parlamenti erano organismi aventi una prevalente funzione giudiziaria.
- ²⁶ Si possono leggere con profitto le pagine efficaci di un classico della letteratura storiografica: R. Koselleck, *Critica illuministica e crisi della società borghese* (1959), Bologna, Il Mulino, 1972, capitolo secondo.
- ²⁷ Si legga proprio il capitoletto iniziale intitolato 'L'autore a chi legge'.
- ²⁸ Sul messaggio, colto particolarmente sotto il profilo storico-giuridico, di questo grande personaggio del Settecento francese basti rinviare a I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine-Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 397 ss..
- ²⁹ *Dello spirito delle leggi*, libro XI, cap. 6.
- ³⁰ Pagine chiarificatrici in Costa, *Civitas*, cit., p. 493 ss. e in Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 432 ss..
- ³¹ Sulla novità di questa nozione una ottima guida è costituita dal volume di G. Duso, *La rappresentanza politica-Genesi e crisi del concetto*, Milano, Angeli, 2003².
- ³² A. de Tocqueville, *L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789*, in *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet, 1969, vol. I, p. 225.
- ³³ Si veda soprattutto: *Il contratto sociale*, II, 2/3/4.
- ³⁴ Jean Bodin (1529-1596) pubblica nel 1576 il 'trattato' segnalato nel testo, che costituisce la prima compiuta teorizzazione sullo Stato moderno.
- ³⁵ Con una avvertenza, forse non superflua, per il nostro lettore novizio. Oggi, quando si parla di culto della legalità da parte dei giuristi più aperti, la si intende in senso molto ampio, arrivando a significare la corrispondenza dell'azione umana all'ordine giuridico, che non è fatto solo di leggi ma di un complesso assai diversificato di fonti. Quando, invece, a fine Settecento e poi via via fino a ieri (e tutt'oggi presso i giuristi ancora avvinati dalle vecchie mitologie illuministiche) si parlava (e si parla) di legalità, si intendeva (e si intende) il richiamo fermo e inequivoco a una sola fonte, quella posta al culmine della piramide normativa e identificata nella volontà politica dello Stato.
- ³⁶ Per chiarirsi le idee lo studente può dare uno sguardo ai saggi raccolti in: *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappelletti e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2002.
- ³⁷ Nel 'rapport' fatto alla 'Convention' il 5 febbraio 1794 (*Discours sur les principes de la morale politique*, ora in *Discours et rapports à la Convention*, a cura di M Bouloiseau, Paris, Union Gén. d'Éditions, 1965, p. 212.
- ³⁸ Con la distinzione tra paesi di *common law* e paesi di *civil law*, i comparatisti intendono distinguere l'area geografica rappresentata dall'Inghilterra e dalle sue colonie, dove ha sempre persistito fino ad oggi l'impostazione medievale che il diritto sia cosa da giuristi, sia cioè di competenza dei portatori di un adeguato sapere tecnico, dall'area geografica dell'Europa continentale e delle relative colonie, dove illuminismo giuridico e Rivoluzione hanno inciso a fondo, provocando una visione statualistica e legalistica del diritto e dove il diritto tende a immobilizzarsi in un testo cartaceo, ossia in carte costituzionali, costituzioni e codici. Forse è superfluo ricordare allo studente che tuttora il Regno Unito non ha una costituzione scritta né regola la sua vita a mezzo di codici; nel Regno Unito, che non ha vissuto sulla propria terra il dramma della Rivoluzione, la storia giuridica corre continua dal medioevo a oggi; e il motore della evoluzione giuridica appare tutt'oggi soprattutto il giudice.
- ³⁹ L'articolo 12 delle 'Disposizioni sulla legge in generale' premesse alla vigente Codice Civile del 1942 parla della 'interpretazione della legge' e lega decisamente le mani all'interprete: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».
- ⁴⁰ Questo spiega perché, nella prima fase costituzionale, sia stato poco avvertito il problema di un conflitto fra legge e carta costituzionale, di una possibile caducazione della legge violatrice di principi e valori costituzionali; e questo spiega la difficoltà a disegnare e a realizzare un organismo giudiziario che si ponesse come giudice delle leggi (a metà Novecento, la vicenda della Francia, testardamente fedele alla eredità rivoluzionaria, è eloquentissima). Taluno potrebbe cogliere una smentita di queste affermazioni nella vicenda statunitense, dove un controllo giudiziario di costituzionalità emerge nei primi anni del secolo XIX. Ciò è indubitata-

mente vero, ma è altrettanto vero che la previsione di un controllo da parte del potere giudiziario non è affatto previsto dai costituenti nordamericani. Il merito fu della Corte Suprema e soprattutto di colui che la presiedette ininterrottamente dal 1801 al 1835, John Marshall, il quale, confermandosi erede della tradizione inglese fondata sul protagonismo del giudice, sulla base di vaghe asserzioni contenute nella Costituzione Federale del 1787, cominciò a sancire il principio a cominciare dal caso *Marbury/Madison* del 1803, rimasto famoso negli annali giurisprudenziali. Per chi volesse maggiori notizie, più che alla specifica, antesignana ma confusionaria monografia di M.

Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 47-48, potrebbe affidarsi alle lucide pagine di N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, Utet, 1988, pp. 131-132.

⁴¹ Quella che oggi si chiama, con termine abusato, 'globalizzazione giuridica' altro non è che una prassi economica forte, la quale, prescindendo dai diritti ufficiali prodotti dagli Stati o da organismi internazionali e transnazionali, si dà da fare nel produrre un suo diritto congeniale ai proprii traffici, un diritto che corre parallelo, che ha proprie regole, proprii istituti, proprii giudici privati

(arbitri). Su questo fenomeno dei nostri anni, che ha aspetti positivi ma di cui non debbono dimenticarsi i grossi rischi, per un primo approccio, cfr. P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il Foro Italiano*, maggio 2002, nonché M. R. Ferrarese, voce *Globalizzazione. Aspetti istituzionali*, in *Enciclopedia di scienze sociali*, Roma, Treccani, 2001, vol. IX.

⁴² Abbiamo riflettuto su questa lucida diagnosi romaniana in *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 117-18.

⁴³ Qualche chiarimento può essere offerto da alcune mie pagine: P. Grossi, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

Protagonisti



Testimonianza

GIULIANO VASSALLI

Nell'evocare, come gentilmente mi si è chiesto, alcuni miei ricordi della Corte costituzionale, chiedo anzitutto venia per le lacune e per le imprecisioni che sarà facile trovarvi. Ho voluto affidarmi alla sola memoria personale, nel senso più stretto, perché se avessi consultato per riscontro libri o documenti, avrei rischiato di confondere nel ricordo genuino elementi di informazione e avrei alterato i caratteri della testimonianza.

Ad una Corte costituzionale per quella che sarebbe stata l'Italia del dopoguerra pensai, ma distrattamente, sin dai tempi della resistenza. Mi vien fatto di ricordare quanto mi raccontava Alberto Simonini, deputato di Reggio Emilia e poi cospiratore del PSLI dopo la scissione del gennaio 1947. Egli, non più giovanissimo socialista della «Critica sociale», era rifugiato sulle montagne della sua zona quando ascoltando la radio clandestina sentì la parola «Assemblea Costituente». «Non sapevo bene che cosa volesse significare – mi narrò – ma mi dissi subito: là ci sarò».

Né prima né durante l'Assemblea Costituente mi trovai a studiare il problema relativo all'istituzione di una Corte Costituzionale. Non fui membro dell'Assemblea Costituente (alle cui elezioni neppure mi candidai) né partecipai ai lavori preparatori della stessa. Mi limitavo a leggere i libretti che il Ministero della Costituente, sotto l'impulso di Massimo Severo Giannini che era capo di gabinetto di Pietro Nenni al Ministero omonimo, venivano stampati e che contenevano soprattutto le notizie sulle costituzioni straniere. Mi occupavo allora soltanto di politica in senso stretto, a parte gli impegni universitari e i rari impegni professionali, e non avevo tempo per altro. Avevo fatto parte della direzione del PSIUP (così allora si chiamava il partito socialista) dal giorno della sua costituzione (25 agosto 1943) ininterrottamente sino al suo primo consiglio nazionale (Roma, Collegio romano, luglio 1945) quando si delineò la prima rottura tra le correnti autonomistiche e quelle troppo precipitosamente da noi definite fusioniste. Fui tra i fondatori della cor-

rente di «Iniziativa socialista» con Matteo Matteotti, Mario Zagari, Leo Solari e molti altri. Partecipai alla scissione di Palazzo Barberini e fui segretario politico del PSLI dal gennaio al settembre 1947 quando Saragat assunse la segreteria ed io venni nominato direttore del quotidiano «L'Umanità». Contro l'istituzione di una Corte costituzionale in Italia ricordo la perplessità iniziale di Togliatti e dello stesso Nenni, i quali esprimevano avversione all'idea che vi fosse un organismo composto da persone non nominate direttamente dal popolo che potesse giudicare sulle leggi varate dal Parlamento e porle nel nulla.

Io (ma sempre vagamente) non ero d'accordo; e d'altra parte ero convinto che una Corte costituzionale sarebbe stata istituita. Mi sembrò felice la scelta fatta dall'Assemblea Costituente con l'articolo 135 comma primo relativamente alla composizione della Corte e su questo punto, in cinquanta e più anni, non ho mai mutato opinione.

Ricominciai a pensare alla Corte costituzionale con gli anni Cinquanta, soprattutto dopo che la messa a punto delle due leggi del marzo 1953 cominciavano a garantire che effettivamente la Corte sarebbe stata costituita e sarebbe entrata in funzione. D'altra parte erano cominciate ad uscire opere e saggi che non potevano non interessare ogni studioso di diritto. Il 15 dicembre 1955 le prime nomine ed elezioni dei giudici costituzionali erano già state effettuate. Purtroppo due di essi non poterono prender parte alle sedute del 1956: Giuseppe Capograssi, venuto a morte la mattina stessa della prima udienza (23 aprile 1956) e Giuseppe Lampis, mancato ai vivi il 30 maggio dello stesso.

Sicuramente nel 1955 era già andata svi-

luppandosi una polemica circa l'oggetto dei giudizi di legittimità costituzionale. V'era chi sosteneva specialmente in seno all'alta magistratura, che tali giudizi non avrebbero potuto che essere emessi sulle leggi successive all'entrata in vigore della Costituzione, mentre l'esame delle leggi anteriori era compito del potere legislativo, che avrebbe dovuto procedere, quando ritenuto del caso, alla loro abrogazione. Piero Calamandrei avvertì immediatamente il pericolo di una involuzione conservatrice e in ogni caso del tradimento dello spirito della Costituzione. E si dette con eccezionale impegno e vigoria di parola ad una campagna svolta in tutta Italia per svegliare la coscienza dei giuristi, e non solo dei giuristi, e sostenere che il compito di sindacare la costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge competeva alla Corte costituzionale anche – e soprattutto – sulle leggi del periodo anteriore, cioè sulle leggi del periodo fascista e di quello prefascista, oltre che, ovviamente sui decreti-legge e i decreti legislativi emanati tra la caduta del fascismo e l'entrata in vigore della Costituzione.

Il punto culminante di questa grande battaglia si ebbe in uno dei primi mesi del 1956 quando Calamandrei espose la sua tesi nella grande aula al piano terreno del Palazzo di Giustizia in Roma, presenti nelle prime file tutti i magistrati della Corte di Cassazione e i magistrati della Procura generale.

Fatto si è che per il 23 aprile 1956 il presidente della Corte fissò le prime cause, che concernevano (ed erano molto numerose) tutte, la legge di p.s. del 1931, anteriori dunque alla Costituzione. Facevo parte del manipolo degli avvocati incaricati di sostenere le ragioni delle numerosissime ordi-

nanze di remissione delle parti private costituite dinanzi alla Corte. Ricordo con certezza che le ordinanze sollevavano l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 113 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931 soprattutto in relazione alle affissioni di stampati (e conseguentemente dell'art. 663 codice penale del quale le parti erano state imputate), ma non riesco assolutamente a ricordare quale delle parti mi avesse conferito l'incarico. Certamente, però, si trattava di una difesa collegiale e vi dovette essere un comitato che scelse gli avvocati. L'impegno principale di tutti era quello di sostenere la competenza della Corte anche per le controversie relative alle leggi anteriori alla Costituzione, pur se ognuno si era ritagliato il proprio compito specifico. L'impegno principale era quello affidato preminentemente a Piero Calamandrei, che era il capofila di quel manipolo. Di esso facevano parte Achille Battaglia, Federico Comandini, Costantino Mortati, Vezio Crisafulli, Massimo Severo Giannini e l'avvocato Francesco Mazzei. Purtroppo tra i professori io sono l'unico superstite.

Massimo Severo, mio compagno d'Università e mio amico fraterno aveva la stessa mia età, un mese e mezzo di più, ed è dolorosamente scomparso nei primi giorni dell'anno 2000. In quei giorni ero per breve tempo presidente della Corte; e gli rendemmo solenni onoranze, come era dovuto ad uno dei più grandi maestri del diritto pubblico in Italia e nel mondo. Ed era un uomo molto buono e generoso. Non volle mai essere giudice costituzionale, pure avendo accettato in vari tempi altri incarichi pubblici molto importanti compreso quello di ministro della funzione pubblica nel governo Cossiga.

Costantino Mortati, invece, e Vezio Crisafulli, costituzionalisti puri, fecero, in tempi diversi, rispettivamente i loro dodici e nove anni di giudici della Corte.

Vorrei tornare un momento all'udienza del 23 aprile 1956. Essa cominciò, la mattina alle 9.30, con un annuncio doloroso e del tutto inatteso. Entrarono tredici giudici (Giuseppe Lampis era già gravemente ammalato) e il presidente De Nicola dette notizia della morte del giudice costituzionale Giuseppe Capograssi, avvenuta quella stessa mattina, e dichiarò la sospensione dell'udienza in segno di lutto rinviandone la ripresa alle ore sedici. A quell'ora fummo tutti puntualissimi. Verso le 18.30, mentre parlavo io, mancò la luce elettrica e, pure essendo aprile avanzato, l'aula d'udienza precipitò nel buio più profondo. In quel buio e nel generale silenzio, ignorando tutti se e quando la luce sarebbe tornata, dissi, rivolto al presidente, che sarei stato egualmente in grado di continuare il mio discorso. De Nicola stette sopra pensiero uno o due minuti, dopo di che, rivolto a me, disse: «Continui». Io continuai per almeno un quarto d'ora, forse anche venti minuti, nel buio più fitto senza il minimo inceppo né esitazione: trattavo un aspetto penalistico e la preparazione era stata molto approfondita. La luce tornò, fortunatamente, prima che io avessi finito.

L'udienza durò fino a sera, terminò verso le 20 o anche più tardi. Tuttavia Calamandrei voleva prendere il treno per Firenze, com'era sua abitudine, anche quando doveva usare, come in quel caso, un treno della notte. Lo accompagnai alla stazione Termini guidando la mia «1500». Era in macchina con me l'avvocato Giuseppe Gianzi, mio valoroso giovane collaboratore, che come altri amanti del diritto aveva desi-

derato seguire quella udienza eccezionale, potremmo dire unica nella storia giudiziaria italiana. Gianzi divenne poi libero docente in procedura penale (era l'unica mèta a cui era interessato nel campo universitario) e fece (e la prosegue tutt'oggi) la carriera di grande penalista, da tutti meritatamente ricercato ed apprezzato.

A quel treno per Firenze fu l'ultima volta in cui vidi Calamandrei. Non l'avrei mai immaginato. Egli venne infatti a morte nel settembre successivo per una operazione che sembrava cosa banale. Nell'estate aveva compiuto un lungo viaggio in Cina. Quando mancò ai vivi non aveva che sessantasette anni ed appariva in ottima salute. Mi ricordai di quanto mi aveva detto un giorno, due o tre anni prima, incontrandomi negli ambulatori della Cassazione e avendomi domandato notizie di mio padre, allora gravemente malato: «Ricordati, Giuliano, che quando si passano i sessanta anni ogni giorno la morte ci attende». Oggi, fortunatamente, almeno qui da noi in Europa, non è più così.

Vorrei accennare un momento ad altre cause vissute dinanzi alla Corte come avvocato, dopo la grande comune vittoria della primavera del 1956, nella causa n.l. La sentenza, redatta dal relatore Gaetano Azzariti, è sobria e di estrema chiarezza, nella motivazione come nel dispositivo. Dedicò un breve passo alla distinzione tra abrogazione e declaratoria di illegittimità che ancora può fare testo. Ci parve esemplare, facendo ben sperare per i futuri compiti della Corte.

Non ebbi più l'onore di comparire dinanzi alla Corte come avvocato nel corso

dell'anno 1956 e dell'anno seguente. Di ciò ho memoria precisa, sia pure negativa, perché altrimenti mi ricorderei d'aver discusso altre volte durante la prestigiosa presidenza di Enrico De Nicola (dimessosi nel marzo 1957) o durante quella non meno prestigiosa di Gaetano Azzariti. Non partecipai quindi alla difesa delle cause, pur penalistiche, sulla traduzione per rimpatrio, sull'ammonizione e sulla responsabilità del direttore di stampa periodica. Però su quest'ultima vorrei raccontare un episodio del quale fui testimone e che forse altre volte ho già avuto occasione di ricordare.

La sentenza n. 3/1956, relatore Cassandro, ebbe un esito molto combattuto perché alcuni giudici volevano (ed avevano ragione) che fosse dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 57 n.l. c.p. relativamente ai direttori di giornali perché in contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale. Vinse viceversa una linea di prudenza perché nel caso di una decisione di incostituzionalità sarebbero «saltati» tutti i processi per diffamazione a mezzo stampa allora pendenti in Italia; che a quell'epoca non erano davvero pochi.

Tuttavia la sentenza, riconoscendo espressamente le difficoltà della questione, raccomandò al legislatore, non solo nella motivazione ma perfino nel dispositivo, di modificare la disposizione, come da più parti richiesto, in modo da renderla congrua eliminandone le anomalie.

In quel tempo, tra gli altri lavori, ero impegnato in una commissione di riforma del codice penale, creata dal ministro Aldo Moro presso il ministero della giustizia e i cui lavori si svolgevano con impegno ma senza particolari urgenze. Un pomeriggio, irruppe nella stanza in cui lavoravamo l'indimenticabile, geniale, fraterno amico

Gino Bianchi d'Espinosa, che seguiva i nostri lavori quale vicecapogabinetto del ministro. A nome di quest'ultimo egli ci disse che, previa interruzione dei nostri studi su altre questioni, avremmo dovuto subito metterci all'opera per redigere un nuovo possibile testo dell'art. 57 n.l.: e ciò perché il presidente De Nicola aveva creduto di dover comunicare al ministro della giustizia (non ho mai saputo in che forma, ma credo *ad aures*) che per una volta la Corte aveva ritenuto di poter superare (e non senza sforzo) la questione, ma che ad una nuova (e probabile) riproposizione della stessa la avrebbe sicuramente dichiarata fondata ove il Governo non avesse nel frattempo provveduto. Effettivamente ci applicammo subito al tema e da quel nostro lavoro uscì la legge 4 marzo 1958 n. 127, che modificò l'art. 57 codice penale in un modo che, nonostante le sue imperfezioni, ha resistito al tempo e ad una serie di eccezioni che nel corso dei successivi decenni sono state tutte dichiarate infondate dalla Corte costituzionale.

Vorrei tornare un momento ad Enrico De Nicola, primo presidente della Corte costituzionale, così come era stato il primo presidente della Repubblica italiana e più tardi, per circa un anno, presidente del Senato (e della Camera dei Deputati nei difficili anni 1920-1923). Indubbiamente una figura singolare, i cui difetti sono stati qualche volta enfatizzati; ma in ogni caso un grande gentiluomo. Lo avevo incontrato varie volte, negli anni precedenti al 1956, nei Convegni del Centro nazionale di prevenzione e di difesa sociale in Lombardia, convegni che poi presero il suo nome e che continuano ancor oggi. Così pure, dopo che egli era stato presidente della Repubblica e dopo che era stato presidente del Senato lo

incontrai qualche volta nelle aule della Casazione penale mentre attendeva di discutere indossando, in mezzo agli altri avvocati, la toga tanto amata. Chiamato che fui all'Università di Napoli dall'anno 1956-57 alla cattedra di diritto penale, succedendo a Biagio Petrocelli e risiedendo De Nicola a Torre del Greco, ebbi la fortuna di incontrarlo ancora: una volta con mia moglie presso altri amici proprio a Torre del Greco. Mi onorava della sua amicizia e voleva che mi trasferissi definitivamente a Napoli.

Venne a morte nel 1959 e le sue esequie furono impressionanti per l'amore che i suoi concittadini gli dimostrarono. La salma, esposta nella grande chiesa di San Francesco di Paola, fu meta di un pellegrinaggio ininterrotto di migliaia e migliaia di persone. Al funerale, nel momento in cui il corteo di folla cominciò a muoversi dietro il feretro sulla Piazza del Plebiscito, si rischiò di rimanere schiacciati. Non so quanto queste memorie di vita vissuta siano confacenti a ciò che mi si è richiesto. Ma certamente il nome di De Nicola, già grande avvocato, dimostrando come giudice indipendenza, fermezza e sentimento del diritto, giovò al prestigio iniziale della Corte e rimane legato alla sua storia.

Come avvocato frequentai ben raramente la Corte anche negli anni successivi. Ricordo solo una movimentata udienza presieduta da Caspare Ambrosini, direi verso l'inizio degli anni sessanta, in cui si discusse da vari avvocati, di varia provenienza politica, il problema dell'obbligo di soggiorno introdotto dall'art. 3 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423 e che alcuni chiamavano con disprezzo «confino». Perdemmo, perché la legge del 1956 superò (anche dopo) tutte, o quasi tutte, le eccezioni di costituzionalità. Il disagio fu crea-

to quella volta da alcune intemperanze dell'avvocato Vittorio Ambrosini, il cui intervento imprevisto mise in imbarazzo il presidente, suo fratello, che tuttavia superò anche quella prova.

Ho inoltre il vago e impreciso ricordo d'aver discusso una causa di fronte ad una Corte presieduta da Giuseppe Chiarelli e, più tardi, un'altra causa dinanzi alla Corte presieduta dall'amico Leonetto Amadei, che era succeduto a Paolo Rossi nella carica dopo la *prorogatio* di quest'ultimo dovuta al lungo «processo Lockheed». Non riesco a ricordare l'oggetto né dell'una né dell'altra causa. Viceversa, risalendo nel tempo, ricordo benissimo d'aver discusso, come molti altri avvocati, una delle tante cause in materia di rapporti tra diffamazione con *exceptio veritatis* e amnistia, in una udienza del 1971 presieduta da Giuseppe Branca, che fu dedicata prevalentemente a temi posti in occasione dell'amnistia del 1970 e affidata in relazione a Costantino Mortati; e d'averla perduta dopo aver contribuito a sollevarla, in sede di merito, al Tribunale di Milano.

Ricordo infine anche un'altra causa degli anni Settanta, in cui ero al fianco di Egidio Tosato, professore di diritto costituzionale a Milano, deputato della Democrazia cristiana e già sottosegretario di Stato alla giustizia negli anni dell'immediato dopoguerra. La ricordo proprio per il fatto che Tosato fu festeggiato, con segni di simpatia, da alcuni giudici che erano stati suoi colleghi quando insegnavano la stessa materia.

Così, nel reciproco rispetto, si discutevano le cause alla Corte, in una atmosfera molto seria e al tempo stesso molto cordiale. E così è sempre stato, sino ad oggi. Grandi avvocati, che erano abituali frequentatori della Corte come difensori delle

parti private costituite o delle regioni, divennero giudici, dimostrando sempre grande senso di indipendenza e dispiegando la propria saggezza e la propria dottrina nelle camere di consiglio. Tra questi, nel periodo più recente, Valerio Onida, che della Corte divenne presidente, e Carlo Mezzanotte, che nello stesso periodo ne fu vicepresidente.

Un caso a sé fu quello del processo Lockheed, unico giudizio della nostra storia ad essersi svolto, nei confronti di ministri della Repubblica e di loro coimputati, davanti alla Corte costituzionale ai sensi del vecchio articolo 96 della Costituzione e la composizione fissata sino allora dall'articolo 135 (31 giudici!). Non che i rapporti non fossero parimenti cordiali tra avvocati e giudici (e perfino con i tre pubblici ministri), ma una tensione particolare, propria degli autentici processi penali gravi effettivamente vi era. Io difendevo un coimputato, mio collega d'Università, e il carico di lavoro si era manifestato sin dall'inizio dell'istruttoria (prima in sede giudiziaria e poi presso la Commissione inquirente per i procedimenti d'accusa) così pesante e impegnativo che per l'udienza, destinata a durare molti mesi, chiesi l'aiuto di altro collega.

Mi fu lasciata libertà di indicazione e scelsi Giovanni Maria Flick, che proprio in quel torno di tempo, lasciata la magistratura per la carriera universitaria, si era rivolto anche alla professione forense. Ebbi così un collega impareggiabile per competenza e per impegno, quale ci voleva in un processo di quella fatta. Se ci fosse stato un secondo processo contro i ministri, la Corte (che di quella lunga durata del processo Lockheed portò i segni per vario tempo), avrebbe potuto chiudere i battenti per l'at-

tività ordinaria. La fortuna fu che non molto tempo dopo la chiusura di quella parentesi si trovò a presiedere la Corte Francesco Saja che con la sua straordinaria energia riuscì ad ottenere la forte riduzione e poi l'eliminazione dell' «arretrato».

Dei nove anni in cui fui giudice della Corte (1991-2000) non mi sembra che sia il caso di scrivere. Tra l'altro i ricordi sarebbero troppi e troppo intensi e rischierei di sfiorare i segreti delle Camere di consiglio. Della Corte fui sempre ammiratore, anche quando, per tre decenni, ne ebbi a commentare non sempre favorevolmente alcune sentenze nella rivista «Giurisprudenza costituzionale», egregiamente diretta da Leopoldo Elia prima che egli diventasse giudice costituzionale, e poi presidente, della Corte.

È stato per me un grande onore essere nominato giudice costituzionale, come avvocato cassazionista dalla lunga carriera, dopo la conclusione della mia vita universitaria per limiti di età.

Ed ora dovrei venire alla parte più consistente e meno facile dei quesiti che mi sono stati rivolti. «Che cosa ha rappresentato per me l'esperienza di giudice costituzionale e quella di presidente della Corte? Come si sono evolute le mie concezioni della Costituzione, dei valori costituzionali e democratici, del sistema politico? Come ho interpretato il mio ruolo?».

Risponderò nel modo più sintetico possibile, anche perché temo d'aver già troppo tediato il lettore, soprattutto con i riferimenti personali.

Nominato che fui giudice costituzionale, mi ambientai immediatamente. Avevo

superato i settantacinque anni, avevo avuto numerose esperienze nel campo giuridico (legislativo e giudiziario, per qualche anno anche nell'esecutivo), conoscevo la giurisprudenza della Corte, anche se mi ero tenuto lontano dalle materie più estranee ai miei interessi di studio e che, quando leggevo di alcune controversie, mi sembravano estremamente noiose.

Avevo immaginato di trovarmi come in una corte di cassazione, magari a sezioni unite (ai miei tempi quei giudici erano giusto quindici) e tale mi apparve subito la realtà. Chiaramente, v'erano caratteristiche diverse a cominciare proprio dal numero dei componenti (quindici giudici invece che cinque: io mi ero peraltro abituato per lunghi anni a vederne sette) e dalla provenienza. Le differenze erano soprattutto nel ruolo perché non si trattava di sorvegliare sulla applicazione della legge, ma se del caso di censurare la legge mettendo la stessa in tutto o in parte nel nulla o ampliandone le dimensioni e l'incidenza. Molto mi giovò per l'individuazione del compito essenziale la domanda che – anche per contribuire all'abbreviamento delle discussioni e per evitare possibili dispersioni – poneva sempre Mauro Ferri: «qual è il parametro che dovremmo considerare?», cioè, quale è la disposizione costituzionale che si assume per violata?

Anche il *modus procedendi* credo che fosse diverso da quello dei collegi giurisdizionali. Sulla questione sottoposta, dopo una relazione tendenzialmente lunga ed analitica, si doveva prendere tutti la parola, cominciando dal meno anziano e finendo con il presidente. Spesso v'era un vero e proprio «secondo giro». E poi v'era quasi sempre qualche componente che, prima delle ultime conclusioni del relatore, messe

ai voti dal presidente, richiedeva ancora la parola e giustamente la otteneva.

Anche se il nostro compito aveva una mèta «legislativa», l'andamento della discussione e delle decisioni aveva molto del giudiziario. A me – come credo agli altri – giovò grandemente avere per assistenti di studio magistrati di carriera: nei primi anni erano due, poi salirono a tre per ogni giudice costituzionale. Colgo l'occasione per ricordare, in ordine alfabetico, coloro che nei nove anni mi hanno tanto aiutato e sorretto: Gianni Conti, Gino de Roberto, Alberto Macchia e Lucia Tria. Tutti divenuti magistrati di cassazione, e di forte calibro. Tutti studiosi profondi e ricchi di esperienza preziosa.

Ricordo a me stesso che il compito preliminare degli assistenti di studio è di preparare le cosiddette «ricerche». In esse viene accumulato in modo ordinato un materiale giurisprudenziale, normativo e dottrinale, qualche volta di gran mole. Talvolta esso può apparire eccessivo, ma poi ci si accorge che tutto può servire e si fanno ricerche aggiunte, una seconda ed anche una terza ricerca. Qualche volta si tratta di ricerche collettive su tematiche di carattere generale. A causa conclusa si sarebbe talvolta tentati di portarsi qualche ricerca a casa per motivi di consultazione e di studio. Ma poi si deve desistere sia perché il diritto continua a cambiare sotto i nostri occhi sia per ovvie ragioni di spazio.

Nel merito ho notato sempre indipendenza dei giudici, volontà di approfondimento, alto senso di responsabilità. Molte decisioni vengono assunte a maggioranza, ma v'è per lo più una *concordia discors* o una *discordia concors*.

In genere si cerca di tenersi legati ai precedenti (e le ricerche servono anche ad

averli ben presenti), ma tutti i cultori della materia sanno quante volte la Corte, nel corso della sua storia ormai cinquantennale, ha ritenuto di dover «riesaminare la questione» mutando avviso rispetto ai propri precedenti. E in molte decisioni, sin dai primi tempi, si menziona espressamente questa necessità di addivenire a un riesame.

Come tutti sanno, vi sono state, nella storia della Corte e a seconda delle materie e delle questioni, decisioni caratterizzate da estrema prudenza e da molto rispetto per le ragioni delle leggi esistenti, e decisioni caratterizzate invece da notevole decisione e portatrici di forti innovazioni. E questo va detto non solo per le questioni di legittimità costituzionale, ma anche per la risoluzione dei conflitti di attribuzione e per le decisioni sulla ammissibilità dei referendum.

Nel complesso, tanto la Costituzione e le leggi costituzionali del 1948 e del 1953 quanto la Corte costituzionale hanno dato buona prova.

A disposizioni ed istituti propri della Costituzione sono state recate, in ormai quasi sessant'anni, modificazioni che erano indispensabili, quali le disposizioni per i procedimenti penali a carico di ministri e, forse, l'abolizione dell'autorizzazione a procedere per i reati ascritti a parlamentari e le regole sul giusto processo; ed altre su cui si dovrebbe invece riflettere e avere il coraggio di compiere passi indietro, cosa che non avverrà: così per le competenze assegnate alle regioni e per la maggioranza qualificata che è stata richiesta per le leggi di amnistia e indulto.

Anche la Corte costituzionale va bene così come è. Nei nove anni in cui ne ho fatto parte si è avuto qualche volta motivo di riflettere sull'assenza di un ricorso diretto,

come in Germania e in Spagna, su una funzione consultiva prima dell'emanazione delle leggi, come in Francia, e su altre caratteristiche; e si è ampiamente dibattuto, due volte e con ricchezza di contributi e di discussioni, sulla eventuale introduzione dell'opinione dissenziente. Per motivi vari, la cui indicazione richiederebbe troppo spazio, direi che è il caso di soprassedere ad ogni riforma nonostante la validità di alcune proposte innovative.

Da ultimo mi si è richiesto di esporre i risultati della mia esperienza come presidente. Il periodo è stato troppo breve perché io possa fornire qualche utile riflessione. Come per il mio predecessore nel seggio alla Corte, Giovanni Conso, il periodo è stato di tre mesi, mentre, come nel caso di Conso, sono stato per tre anni vicepresidente attivo e con molti incarichi sotto la presidenza dell'insigne magistrato di Cassazione e fraterno amico Renato Granata, che mi onorò della sua fiducia.

Posso ricordare di aver provveduto al lavoro normale di fine anno e alla preparazione dell'annuale conferenza stampa del gennaio sull'attività della Corte nell'anno precedente, ma soprattutto di avere presieduto le udienze e le camere di consiglio su ventuno referendum abrogativi, portando la Corte a depositare tutte le sentenze (sette di ammissibilità e quattordici di inammissibilità) una settimana prima che scadesse il termine stabilito dall'art. 33 della legge 23 maggio 1970: e ciò grazie all'abnegazione dei colleghi e, negli adempimenti esecutivi, grazie alla collaborazione di altissima classe del segretario generale della Corte consigliere di cassazione Pasquale Ciccolo, del capo della mia segreteria dottor Francesco Troncelliti e del direttore della cancelleria dottor Giuseppe

Di Paola. Poi, come si ricorderà, per i sette referendum ammessi non fu raggiunto il *quorum* stabilito dall'art. 75 della Costituzione.

Parlerei più volentieri dei presidenti che ho avuto nel novennio: Ettore Gallo, Aldo Corasaniti, Francesco Paolo Casavola, Antonio Baldassarre, Vincenzo Caianiello, Mauro Ferri, Renato Granata; così come dei vicepresidenti e degli altri colleghi. Ognuno aveva una sua personalità e tutti lasciarono forti orme del lavoro personalmente compiuto.

Non voglio dire con questo che problemi non esistano e che tutto sia andato nel migliore dei modi. Durante gli anni in cui mi trovai a far parte della Corte (e certamente negli anni successivi) il problema dei rapporti con la giurisprudenza comunitaria, già affacciatosi in precedenza, ha dato luogo a non poche preoccupazioni. Per ora la Corte le ha arginate, con una giurisprudenza che non esiterei a chiamare sapiente, anche se forzosamente provvisoria. Sviluppi maggiori assumerà il problema in avvenire. Però, prima di disciplinarlo con leggi *ad hoc*, bisognerà usare la stessa prudenza di cui ha dato prova la Corte.

Un'altra esperienza tormentata è stata quella che ha condotto la Corte alle sentenze additive di principio. Esse sono anche un rimedio ai difficili rapporti tra rispetto di parametri costituzionali e possibilità dell'esecutivo e del legislativo, e non solo in materia di oneri finanziari. Ma sono anche, a mio avviso, in linea con le funzioni che la Costituzione ha inteso affidare alla Corte. Motivo di notevole turbamento è stato il tema della efficacia (soprattutto quella di carattere temporale) delle sentenze della Corte; e qui, dopo qualche tentativo di una disciplina dettata dalla Corte

in calce alle proprie sentenze, si è dovuti tornare sui nostri passi e lasciare il compito agli organi della legislazione o eventualmente al legislatore. Forse l'articolo 136 della Costituzione meriterebbe d'essere rivisto. Ci vorrebbe un legislatore di estrema competenza e di pari delicatezza.

La dottrina costituzionalistica ha individuato da tempo tutti questi ed altri problemi e sarebbe arduo da parte mia dire qualcosa di più. A mio avviso la Corte è stata sinora all'altezza dei propri compiti in un mondo che ha visto e vede trasformazioni profonde. Ed è riuscita persino a sopportare, sinora, il peso crescente delle decisioni sui rapporti tra Stato e regioni nonostante le difficoltà createle da un legislatore piuttosto improvvido. Le preoccupazioni di coloro che ai tempi della Assemblea costituente non avrebbero voluto quest'organismo di garanzia si sono rivelate, a mio avviso, infondate. Al contrario, la Corte ha molto aiutato il potere legislativo ed ha contribuito, fin dove possibile, alla tenuta del sistema votato negli anni 1946 e 1947. Tutti riconoscono che per il futuro dell'Italia non si vedono ancora trasformazioni di sicura utilità e sufficientemente chiare.

3 settembre 2005

La ricerca dell'essenziale

Intervista, 2 marzo 2006.

MAURO FERRI

LACCHÈ: Che cosa ha rappresentato la nomina a giudice costituzionale per chi, come Lei, prima è stato deputato (per cinque legislature), presidente di gruppo parlamentare, ministro della Repubblica, parlamentare europeo e presidente di commissioni, membro del CSM? È stato un punto d'arrivo?

FERRI: Ha rappresentato moltissimo, riconosco al periodo della Corte una rilevanza molto grande nella mia lunga esperienza pubblica. Del resto, posso dire che sin da giovane ho guardato alla Costituzione e alla Corte con molta attenzione.

LACCHÈ: Quando ha iniziato a prendere coscienza del significato della Corte?

FERRI: Posso dire, come le dicevo, che l'interesse c'è stato sin dall'inizio, sia come uomo politico che come avvocato. Anche se poi c'è stata una lunga fase nella mia vita politica e pubblica in cui la politica mi ha preso completamente nel senso che diceva

Nenni, di *politique politicienne*. Però anch'io sono partito dalle istituzioni, perché il mio primo impegno politico è stato di sindaco. Dopo la Liberazione sono stato prima assessore poi sindaco del paese di mio padre, Castel San Niccolò in provincia di Arezzo, la bellezza di 61 anni fa. Io era già sindaco eletto impegnato nel Partito socialista italiano, poi segretario della Federazione di Arezzo. Diedi anche le copie del verbale del Consiglio comunale al prof. Pombeni dell'Università di Bologna. C'era un'istruzione prefettizia che evidentemente proveniva dal Ministero dell'interno: i sindaci dovevano convocare il primo gennaio 1948 in seduta straordinaria il Consiglio comunale e illustrare i principi della Costituzione che entrava in vigore; adempimento che io feci con grande impegno e anche, devo dire, con un grande consenso dei consiglieri, ma anche del pubblico che era stato convocato e che era soprattutto — eravamo un'amministrazione di sinistra — formato da contadini, operai, braccianti, piccoli coltivatori diretti che avevano fatto

mediamente fino alla terza elementare e che però capirono – mi è rimasto impresso questo dato –, ed evidentemente io riuscii a spiegare in maniera convincente, che la costituzione era un punto fermo che consacra certi loro diritti, diritti di tutti, che dovevano essere attuati.

Nel 1942 mi ero laureato in giurisprudenza, avevo fatto gli esami da procuratore nel 1946 e seguivo già allora, parallelamente all'attività politica, l'attività professionale, ma i temi costituzionali mi interessavano molto. Seguivo molto da vicino la 'lotta' tra coloro che sostenevano il carattere puramente programmatico di tanta parte della Costituzione e chi invece si batteva – e allora si identificava con la sinistra che era all'opposizione – per l'immediata prescrittività della Carta. La Costituzione del resto in quel periodo trovava presso i giudici di merito, salvo qualche eccezione, scarsa fortuna perché aderivano alla tesi della programmaticità delle norme e seguivano la linea espressa dalla Corte di cassazione. Quindi questo mio interesse per la Costituzione fu piuttosto forte, del resto avevo seguito molto i dibattiti alla Costituente.

LACCHÈ: In questo contesto quali furono la sua visione iniziale della Corte costituzionale e quali i rapporti con questa istituzione?

FERRI: Lei sa meglio di me che durante la Costituente la sinistra non fu sostenitrice entusiasta della Corte costituzionale, poi però cambiò posizione subito dopo il 1948 e quelli che erano istituti di contrappeso al potere centrale vennero visti in maniera diversa. Prima delle elezioni politiche la sinistra sperava di vincere e di fare le grandi riforme mentre la Democrazia cristiana

temeva questa evenienza e dopo il '48 la posizione sulla Corte e sulle regioni si invertì, con una sinistra, specie socialista, che rifletté parecchio su questi temi.

Io sono stato deputato a partire dal 1953, quindi quando già la legge attuativa era stata votata ma ho partecipato personalmente alle estenuanti vicende per arrivare alla formazione della prima Corte costituzionale e ciò avvenne solo alla fine del 1955, quasi tre anni dopo. Ho anche seguito la vicenda relativa alla nomina dei primi giudici della Corte. Ricordo vicende assai note, certo poi si giunse a quel compromesso finale che vide stranamente l'ingresso come candidato dei comunisti, o perlomeno che doveva soddisfare i comunisti, di Nicola Jaeger che peraltro non c'entrava assolutamente niente con loro.

Poi ho seguito molto alla Camera, sempre come membro della Commissione interni prima, poi degli Affari Istituzionali, anche l'attuazione del Consiglio superiore della magistratura, e sempre a proposito di Corte ero già diventato presidente del gruppo parlamentare, alla fine del 1967, quando fui uno dei protagonisti della riforma perché c'era la scadenza imminente e c'era il dibattito sulla interpretazione da dare al problema della *prorogatio* dei giudici e quindi del ricambio della Corte. La tesi della scadenza fu ribadita dalla nomina da parte di Saragat del giudice Oggioni, già Primo Presidente della Corte di cassazione a riposo, che avvenne nel 1966 proprio perché si pensava che avrebbe dovuto scadere di lì a meno di due anni. E la soluzione che varammo fu patrocinata da me e il gruppo che se ne occupò era formato da deputati e senatori: io per i socialisti, Bozzi per i liberali, Terracini per i comunisti, Carlo Russo per i democristiani e Luzzatto per il neonato

Psiup. Varammo dunque quella riforma che, vista a distanza, potrebbe apparire discutibile, ma allora ci servì per uscire dall'*impasse*; poi si è dibattuto molto sul voto con maggioranza dei 3/5 dei componenti, disposizione che non trova riscontro presso la magistratura dove si elegge a maggioranza semplice nel ballottaggio. Però era una norma di garanzia. Noi in quel momento eravamo al governo; essa fu pretesa non tanto dai comunisti quanto soprattutto dal Psiup e da Lucio Luzzatto, mio vecchio amico da quando eravamo insieme nel Psi. Quindi i miei legami indiretti con la Corte furono forti fin da allora. Conoscevo bene Mario Bracci che era di Siena ed aveva verso di me stima e fiducia. Ricordo i suoi funerali nel 1959 e in quell'occasione conobbi Azzariti, Sandulli, Perassi con il quale avevo sostenuto l'esame di diritto internazionale nel lontano 1941.

Questo legame con la Corte non è venuto mai meno; ho seguito sempre la sua giurisprudenza, sia quando facevo l'avvocato, sia poi da parlamentare e, ripeto, un po' meno nel periodo in cui sono stato segretario politico, ministro e più tardi parlamentare europeo. Però anche dal Parlamento europeo seguivo molto l'evolversi della giurisprudenza della Corte sulla applicazione diretta della normativa comunitaria. Mi ricordo la gestazione della sentenza del 1984, allorché era presidente Elia ed estensore fu La Pergola. Io ero buon amico sia di Elia sia, soprattutto, di La Pergola. Fra l'altro al Parlamento europeo io fui Presidente della Commissione giuridica prima e poi della Commissione istituzionale che varò quel progetto di Trattato ideato da Altiero Spinelli dal quale sono partiti anche alcuni spunti notevoli, talvolta dimenticati, a cominciare dal nome Unione Europea,

e da principi come quello di sussidiarietà, che riconosceva la tendenza a spostare gradualmente l'integrazione dal piano economico a quello politico. Ed ora ci troviamo indubbiamente in una fase di crisi, difficile, ma questo non è il tema del nostro incontro.

LACCHÈ: Ritornando per un momento indietro, cioè alla fase costituente e a quella immediatamente successiva, come vedeva il modello della Corte che stava emergendo, un modello non certo privo di caratteri di originalità nell'ambito dei sistemi di giustizia costituzionale? Per molti versi la Corte fu una delle «invenzioni» più importanti e più innovative della Costituzione... Uno dei dibattiti ricorrenti in quella fase fu tra una Corte espressione prevalente del circuito della sovranità politico-parlamentare e invece una Corte come istituto che mettesse al centro i profili di garanzia. Ricordo una celebre affermazione di Nenni che dubitava del fatto che un certo numero di uomini, pur competenti e integerrimi, potesse 'stare al di sopra' del Parlamento.

FERRI: Nenni aveva questa posizione all'inizio, perché poi fu 'convertito' alla Corte dalla grande amicizia che aveva per Mario Bracci, e questo lo si può vedere anche dalla corrispondenza inedita. D'altra parte l'atteggiamento di Nenni fu strettamente legato anche all'evoluzione generale della posizione del partito. La discussione sulla Costituzione tra gli anni '50 e '60 era diventata un tema di fondo nei nostri dibattiti. Chi dava interpretazioni molto avanzate, epperò si batteva sempre sul piano della Costituzione, era Lelio Basso. Comunque su questo il partito era concorde.

Lei sa meglio di me che alla Costituente c'era chi voleva dare una prevalenza ai magistrati, mi pare che lo stesso Calamandrei pensasse a qualcosa del genere. Credo poi che i fatti hanno dimostrato che la soluzione finale era equilibrata, non trovando del tutto riscontro in altre Corti. In Italia quella soluzione ha abbastanza ben funzionato, anche per il ruolo equilibratore del presidente della Repubblica. Infatti fu Gronchi a completare la composizione della Corte; poi la modifica della legge ha fatto venir meno ciò, ma sin dalla prima formazione era chiaro che il Presidente riteneva che il suo potere di nomina dovesse avere un ruolo equilibratore nella composizione della Corte stessa. E questo mi pare che poi in pratica si sia sempre realizzato.

Io, per esempio, pur essendo di provenienza assolutamente politica, forse più di qualsiasi altro giudice che sia stato alla Corte - perché è vero che Oronzo Reale è stato segretario di partito e ministro, ma probabilmente non così politicamente impegnato come me -, sono stato nominato dal presidente della Repubblica. Devo la mia nomina al Presidente Cossiga, anche se, per usare un termine un po' di comodo, mi ero 'decantato' nei cinque anni di Parlamento europeo (dove avevo ricoperto cariche *super partes*) e nei quasi due anni di Consiglio superiore della magistratura. Insomma non ci fu un salto da ministro o segretario di partito alla Corte, anche se non era dubbia la mia prevalente storia di uomo politico. D'altra parte dobbiamo dire che qualche cosa si è poi nei fatti evoluta, per esempio la concezione teorica seguita dai Costituenti quando nella stessa categoria misero i magistrati, che hanno scelto sempre al loro interno, i professori e soprattutto gli avvocati. I professori sono stati spesso scelti anche e

soprattutto, specie nei primi tempi, per il loro valore scientifico, ma poi sui professori e soprattutto sugli avvocati si sono riversate scelte sostanzialmente politiche.

LACCHÈ: Ma questo rientra nella logica costitutiva di una Corte costituzionale...

FERRI: Non so, forse nel pensiero dei Costituenti non c'era questa idea, però è stata di fatto una correzione di quello che era un difetto annunciato o temuto. In fondo, attraverso l'immissione di questi elementi, c'è stato un avvicinamento più diretto al suffragio universale. E quindi credo che, tutto sommato, questo triplice modo di scelta abbia funzionato bene, anche se il Parlamento, che in un primo tempo si era dato carico di scegliere proprio dei politici, nel periodo che va dal 1968 al 1986, poi se ne è un po' allontanato scegliendo anche professori non legati alla politica. Questo da molti può essere stato visto come un bene; io personalmente credo di no perché l'apporto alla Corte di uomini di esperienza politica diretta (e tutti i colleghi con i quali ho parlato si sono espressi a favore della mia linea) è stato, secondo me, di sicuro giovamento. Ci sono stati presidenti, miei illustri predecessori, che venivano anch'essi dalla politica e come presidenti hanno fatto benissimo. Basta citare Leonetto Amadei o Paolo Rossi.

LACCHÈ: Passiamo alla sua attività di giudice. Lei è stato nominato dal Presidente Cossiga il 27 ottobre del 1987, ovvero in una fase delicata, dopo il cd. 'caso Ferrari' che ha rappresentato anche uno snodo importante nella storia della Corte. Come ricorda questo Suo ingresso nella Corte assieme ai giudici Luigi Mengoni ed Enzo Cheli?

Ferri

FERRI: Guardi, io non ero ancora alla Corte, ma ho seguito direttamente la vicenda Ferrari, sia perché conoscevo bene Ferrarini, avevo parlato con lui molte volte, era angustiato, quasi ossessionato da questa idea di diventare Presidente, sia per l'amicizia con il Presidente di allora Antonio La Pergola. Certo al momento la cosa fece un'impressione terribile: sembrava che la Corte non si sarebbe risollevata da quella crisi. Fortunatamente, invece, per quanto io so, giocò un ruolo di grande abilità Saja, poi anche l'*entourage* di Ferrari, probabilmente i suoi stessi assistenti, nel persuaderlo a dimettersi perché la Corte ebbe una reazione molto dura, aveva messo in moto la procedura di destituzione. E per quanto io so, anche coloro che avevano votato per Ferrari, dopo quell'episodio furono tra i più duri nel sostenere che si dovesse procedere; poi con le dimissioni una soluzione si è trovata e come spesso succede in Italia dopo una settimana non ne parlava più nessuno – salvo gli addetti ai lavori – e oggi sembra un 'incidente di percorso' e non possiamo dire che abbia influito sul prestigio della Corte. Allora sembrò una catastrofe insuperabile, così non è stato e credo che la Corte in quel caso abbia dimostrato fermezza e saggezza.

Quando io sono arrivato alla Corte la vicenda era alla spalle, se ne parlava, ma Saja era un presidente di grandi doti, io lo ho avuto per tre anni e devo dire che per me è stato un grande presidente.

LACCHÈ: È stato il presidente dell'abbattimento dell'arretrato della Corte...

FERRI: Sì, aveva saputo ricostituire sostanzialmente un clima di concordia all'interno della Corte e poi aveva fatto

quello che sembrava impossibile, il miracolo dell'abbattimento dell'arretrato. E come sempre avviene in queste cose si può dire che Saja aveva scoperto l'uovo di Colombo. Aveva messo insieme le questioni per materie e le più di mille sentenze che uscirono nel 1988 furono il frutto di un lavoro duro al quale partecipai anch'io per la mia parte. Però la situazione era meno grave di quello che appariva, perché molte cause riguardavano questioni identiche o affini e quindi si riuscì in un tempo che certamente nessuno avrebbe osato prevedere.

LACCHÈ: In effetti questo passaggio della storia della Corte è di solito enfatizzato.

FERRI: A me fa impressione, perché la prima causa di cui sono stato relatore nel dicembre del 1987 mi ricordo che mi colpì perché era una questione sollevata dal Tar del Lazio dieci anni prima e la persona interessata al riconoscimento di un diritto era scomparsa.

LACCHÈ: Bene, veniamo alla Sua nomina.

FERRI: Ho giurato il 3 novembre del 1987 assieme a Luigi Mengoni e a Enzo Cheli, ed io ero il più anziano di età.

LACCHÈ: Come considerava il criterio dell'anzianità nell'elezione del presidente?

FERRI: Guardi, negli anni precedenti aveva influito meno l'anzianità, c'era stato quel principio considerato irrinunciabile che la presidenza avesse almeno un anno di tempo. Si è detto che si era già fatta eccezione per Paladin e per La Pergola, ma erano eccezioni di quindici giorni. Invece le gros-

se eccezioni cominciarono proprio nei nove anni in cui io fui alla Corte. Ma giocava sì l'anzianità, però giocava anche il fatto di non scavalcare persone particolarmente meritevoli, cioè certe elezioni per pochi mesi sono state fatte anche e soprattutto direi con riguardo alla valutazione della persona, per la quale la presidenza sembrava non solo fosse un riconoscimento per la persona stessa ma onorasse anche la Corte. Non so, faccio un esempio recente: il mio caro amico Giuliano Vassalli, che non voleva accettare e che ha fatto il presidente per lo stesso periodo di Giovanni Conso, poco più di tre mesi. Io ero già fuori dalla Corte, però sono orgoglioso di aver contribuito a persuaderlo ad accettare, anche se poi non fu una elezione unanime. Sotto questo profilo io sostenevo che Vassalli accettando onorava la Corte.

Quindi ha giocato anche questo fattore perché poi dei 'salti' furono fatti ancora: per esempio durante il mio periodo, dopo la presidenza Corasaniti, si saltò parecchi giudici per eleggere Casavola e poi invece ci furono le due presidenze brevi Baldassarre e Caianiello, quest'ultima brevissima, e fu anche il riconoscimento per il grande lavoro svolto. Certo, mi rendo conto che dall'esterno non deve fare una bella impressione anche per il funzionamento della Corte, per quanto non è che ci siano poi stati grandi effetti negativi. Comunque, anche venendo alla mia esperienza, la mia presidenza è durata un anno e dieci giorni. L'ottimo sarebbe una presidenza che durasse intorno ai due anni, tre già diventano lunghi, però questo non si può realizzare perché indubbiamente il fattore umano è fondamentale, e prescinde molto spesso anche dalle doti puramente scientifiche, perché se guardiamo la storia della Corte due dei maggiori giuristi che più hanno influenzato la

Corte non sono stati presidenti, Mortati e Crisafulli. Anche in tempi più recenti penso a Mengoni e Cheli, due grandi giuristi, l'uno civilista, e dal punto di vista della Corte Enzo Cheli era, secondo me, un giudice di eccezionale capacità. Sa, anche qui gioca quello che le accennavo prima e che ora è il momento che io riprenda. Io, nei ruoli, diciamo, non direttamente politici che ho rivestito alla fine della mia lunga vita politica, a cominciare dalle presidenze del Parlamento europeo, che già erano qualche cosa di meno politico in senso stretto, poi dal Consiglio superiore della magistratura e infine alla Corte, ho trovato nella politica una maestra solidissima; l'esperienza, l'abitudine alla politica rappresentava un apporto quantomai utile. E in questo ho trovato riconoscimento sia al CSM sia dai miei colleghi alla Corte che poi mi hanno eletto, preferendomi a due colleghi che naturalmente sul piano scientifico valevano molto più di me, ma nella presidenza di un organismo collegiale l'esperienza che dà la politica, soprattutto per chi ha fatto già il presidente – nel mio caso per cinque anni, al Parlamento europeo, di due commissioni, con diverse lingue, partiti e culture – è una esperienza notevole.

LACCHÈ: Il Presidente Giuliano Vassalli nella testimonianza che ci ha voluto dare con estrema cortesia, osserva: «Molto mi giovò per l'individuazione del compito essenziale la domanda che, anche per contribuire all'abbreviamento delle discussioni e per evitare possibili dispersioni, poneva sempre Mauro Ferri: qual è il parametro che dovremmo considerare, cioè qual è la disposizione costituzionale che si assume per violata?». Come commenta queste parole?

FERRI: Beh, sono molto amico di Giuliano che è stato sempre molto affettuoso con me. Ancora ieri eravamo insieme per ricordare Mario Zagari. E Giuliano è straordinario, con la sua capacità di lavoro che ha ancora, l'energia, la lucidità intellettuale, se solo si pensa che sta per compiere novantuno anni. È un uomo estremamente modesto. Entrò alla Corte con l'aria di dover imparare. Talvolta mi diceva: «ma come fai ad inserirti così?». Vede, una caratteristica che distingue i giudici della Corte è questa: ci sono alcuni bravissimi che però si chiudono nel loro campo. Faccio un esempio di una persona che non è più e che io ho stimato molto più conoscendolo alla Corte come giudice di quanto non lo stimassi come parlamentare e uomo politico, Renato Dell'Andro, a cui si devono sentenze importantissime, anche di grande senso di apertura e di progresso.

Ma per Renato Dell'Andro, al di fuori dei problemi penali e processuali, il resto non esisteva. E questa è una tendenza, secondo me, negativa. Lo specialismo è importante, però se diventa prevalente allora diventa una qualità, non diciamo negativa, ma limitatrice. Questa tendenza si accentua quando il presidente nomina un giudice come relatore solo in quel campo specialistico. Invece, quando io sono entrato il giudice Greco che coadiuvava Saja nella formazione dei ruoli mi domandò: «ma tu di che ti vuoi occupare? Di che cosa sei specialista?» «Di niente» gli risposi, «io farò il lavoro che sarò capace di fare in tutti i campi». Del resto me l'avevano detto anche al CSM, quando qualcuno mi faceva i complimenti ed io rispondevo dicendo che andavo avanti sulla base dei principi generali e di un po' di buon senso. Non voglio esagerare, certo, mi sono messo anche,

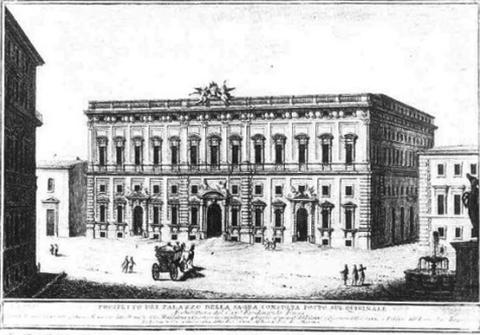
come era mio dovere, a studiare e a scrivere. Mentre ammiravo la sapienza, la conoscenza di molti colleghi a cui mi sentivo inferiore, tuttavia senza voler fare il superbo posso dire che talvolta ci si poteva perdere nei dettagli. Credo che mi si riconoscesse la capacità – che poi è una dote politica – di cogliere il punto essenziale.

LACCHÈ: Che è quello che il Presidente Vassalli sottolineava...

FERRI: Sì, cogliere l'essenziale. Faccio riferimento a quel bellissimo libretto di Zagrebelsky uscito recentemente, che però a mio avviso forse eccede sul punto della visione collegiale, della ricerca dell'accordo. Io personalmente mi battevo per la mia tesi, insomma, alle volte anche con ostinazione se ero convinto e si dà il caso che sono stato presidente un anno con una Corte formata sempre da un numero pari di giudici.

LACCHÈ: Era la Corte a dodici...

FERRI: Prima a dodici, poi a quattordici quando arrivarono Onida e Mezzanotte. Il primo periodo era a dodici e non ho mai esitato a far prevalere il mio voto se era necessario. Lei pensi che con dodici abbiamo fatto la sentenza sul ricorso Mancuso. Beh, io sono abbastanza orgoglioso di quell'anno di presidenza che si chiuse con la sentenza – relatore Cheli – sulla non reiterabilità dei decreti legge. Ricordo anche la sentenza – relatore Guizzi – sulla illegittimità dell'art. 698, secondo comma, del codice di procedura penale e del trattato di estradizione Italia-USA, che consentivano, a determinate condizioni, l'extradizione anche quando era prevista la pena di morte nello Stato richiedente.



Palazzo della Consulta, incisione di Giovanni Domenico Campiglia

LACCHÈ: è stato un anno importante...

FERRI: Direi di sì. E poi sono stato relatore spesso in materia di leggi elettorali dove era difficile trovare un equilibrio. La tendenza che ha prevalso e che io sostenevo era che le cause di ineleggibilità dovevano essere ridotte al minimo. Il principio generale doveva essere questo: semmai risolvere le questioni attraverso l'incompatibilità. Alcune norme di ineleggibilità erano veramente vessatorie e tali da negare il diritto elettorale quando si richiedevano per esempio le dimissioni in largo anticipo.

LACCHÈ: anche la questione referendaria fu molto importante...

FERRI: Sì, io mi sono trovato di fronte soprattutto i referendum elettorali. Mentre nella prima tornata referendaria dichiarammo inammissibili i primi due e ammissibile il terzo sulla preferenza unica, io ero uno dei capofila – sono passati molti anni e credo lo si possa dire – del no a tutti e ho continuato a dire no anche in seguito,

quando la maggioranza è cambiata e ha ammesso i successivi referendum. Io ero convinto – ed era la tesi sostenuta molto bene la prima volta da Azzariti per l'avvocatura dello Stato – che per sua natura la legge elettorale doveva intendersi sottratta alla votazione referendaria. I referendum erano tutti manipolativi. Comunque...

LACCHÈ: Su questa linea vorrei farle un'altra domanda. Nel novennato e specie durante la sua presidenza l'osservatorio offerto dalla Corte credo fosse un osservatorio privilegiato rispetto alla crisi del sistema dei partiti e, sotto certi versi, alla crisi istituzionale. Come vedeva quello che stava accadendo?

FERRI: In effetti il periodo 1987-1996 è stato molto difficile. Vedevamo quei fatti con grande preoccupazione, specie per uno come me che aveva fatto parte integrante, per così dire, della prima repubblica. Vede, io non ho difficoltà a dire che poi su molte cose si cambia opinione. Io per esempio ero un difensore accanito della proporzionale. Quando nella Corte mi battei per l'inammissibilità dei referendum elettorali, sostenni proprio che la proporzionale faceva parte della Costituzione materiale, tutto portava a ritenere che il nostro sistema costituzionale nella parte riguardante il Parlamento fosse fondato sul principio della proporzionale. La dimostrazione era che lo stesso Senato che inizialmente si voleva come eletto a collegio uninominale era stato poi, attraverso la legge, trasformato in un sistema proporzionale, salvo le candidature uniche, ma il riparto dei seggi ne faceva un sistema proporzionale. Adesso questo ritorno alla proporzionale, a questo tipo di proporzionale, mi lascia molto perplesso e

tutto sommato, vedendo quello che sta succedendo, quello che si diceva essere un male della prima repubblica si è moltiplicato con la proliferazione dei partiti, delle liste, delle pretese, di veri e propri ricatti politici. Non è che non ci fossero anche con il sistema immediatamente precedente, ma se dovessi pronunciarmi oggi tutto sommato penserei che ancora ciò che potrebbe eliminare qualcuno di questi vizi sarebbe un sistema uninominale a doppio turno come in Francia, col ballottaggio... Ma questo è fuori del nostro tema... Ma era per dire che la situazione cambia rapidamente. Una cosa che devo confessare è che nei miei anni più giovani anch'io ho sacrificato all'idea che la Costituzione andasse riformata. Una cosa che mi colpiva da parlamentare, per esempio, era il moltiplicarsi delle cd. 'leggine', il fatto che il Parlamento dovesse occuparsi o volesse occuparsi per legge di cose che sembravano di nessuna importanza.

Mi era rimasto impresso un paio di queste, che citavo sempre: per legge si era stabilito che doveva cadere il divisorio nei taxi (che oggi si vorrebbe reintrodurre...), oppure si prescriveva l'orario delle sale d'attesa negli aeroporti. Da questo punto di vista mi pareva che una soluzione coraggiosa fosse quella della Francia che di fronte all'onnipotenza del Parlamento in materia legislativa aveva stabilito in Costituzione i limiti tra potere regolamentare e potere legislativo in senso proprio, naturalmente tenendosi piuttosto 'larghi' sul tema della legge. E quindi ho sacrificato anch'io all'idea delle riforme, per es. ad un certo momento ero favorevole alla elezione diretta del presidente della Repubblica, pur senza cambiargli i poteri che mi sembravano e mi sembrano già importanti come vediamo in questi ultimi tempi.

Gli anni della Corte, invece, mi hanno portato ad una convinzione, che la Carta costituzionale – non voglio dire perfetta perché nell'umano non c'è niente di perfetto – per quanto è umanamente possibile si avvicina alla perfezione. E la grandezza della nostra Carta lo dimostra il fatto che, votata e approvata in un'Italia che era ancora un paese agricolo rovinato dalla guerra, ha funzionato e ha saputo adattarsi a delle trasformazioni profondissime, pensiamo soltanto che grazie all'art. 11 si è potuto compiere quel cambiamento radicale fatto di fonti e di competenze normative che ha contrassegnato il processo di integrazione europea. Anche qui la Corte con sentenze varie è arrivata alla soluzione definitiva.

La materia regionale era un po' una questione di indirizzo: noi lo vedevamo benissimo dall'atteggiamento del governo; c'è stata, è vero, per molti anni una tendenza all'interpretazione riduttiva anche, in una certa misura forse, secondata dalla Corte, ma già con la formulazione iniziale o con pochissimi ritocchi le regioni potevano funzionare benissimo. Non parliamo delle altre modifiche, quella per esempio che fu votata a furor di popolo, in una contingenza particolare, dell'art. 68, che oggi anche a detta di molti magistrati ha creato una situazione peggiore. In fondo, allora l'unica cosa che si sarebbe dovuto fare era forse stabilire per Costituzione che se il Parlamento non si pronunciava entro un certo termine l'autorizzazione si intendeva concessa. L'unico comma d'aggiungere sarebbe stato questo. Ma per il resto è una Costituzione che è durata cinquant'anni e, se posso dire, se fosse possibile tornare indietro su certe modifiche, ci sarebbe da levar di mezzo anche queste. Non lo so se questa è la saggezza dell'età o una sorta di conser-

vatorismo che ci prende da vecchi, comunque quando oggi si tratta di dire un'opinione sulla Costituzione, la mia è questa.

LACCHÈ: Ecco, tornando agli anni '90, alla fase della disgregazione dei grandi partiti storici e alla crisi del sistema istituzionale, che avrebbe potuto indebolire anche la Corte, si può dire che ciò non è avvenuto. Che ne pensa?

FERRI: Ma sa, questo secondo me trova una spiegazione. C'è stato un momento di crisi anche per la Corte nel senso che ci sono stati periodi lunghissimi durante i quali il Parlamento non riusciva a eleggere i giudici. Lei pensi, per citare il caso più grave, al caso del presidente Marini, che è il successore di Caianiello come giudice, il quale è stato eletto dopo una vacanza di venti mesi. Un anno era normale. Io ho vissuto in prima persona il periodo, credo, della Corte più ridotta; all'inizio del mio mandato eravamo dodici.

Certo anche la Corte ne ha un po' risentito, ma poco perché era un'istituzione che aveva funzionato e il cui funzionamento rispondeva all'interesse generale.

Quindi per me la Corte è stata una grande esperienza; e poi mi sono reso conto di una cosa che forse non avevo avvertito, ovvero dell'enorme potere che ha la Corte.

LACCHÈ: Questo è un tema molto importante.

FERRI: E che tutto sommato, devo dire, salvo in qualche caso specifico, la Corte ha usato sempre con misura e con grande equilibrio e discrezione. Ricordo quel convegno che si tenne a Bellagio nel 1990 con la Corte francese. Io dissi una battuta su

questo potere: stiamo attenti a non creare l'invidia degli Dei. Nel nostro caso la divinità che potrebbe invidiare il nostro potere, è il Parlamento. Nella riforma c'è, mi pare, un tentativo di cambiare la composizione, però io spero, mi auguro – sono stato tra i promotori del Comitato per il referendum – che questa riforma non passi. Alcune proposte distruggono il fondamento della Costituzione.

LACCHÈ: Sotto il profilo tecnico come lavorava alla Corte, che rapporto ha intrattenuto con i suoi collaboratori?

FERRI: Guardi, io ho avuto la fortuna di avere due assistenti ottimi, tanto è vero che sono stati con me dal primo all'ultimo giorno. Uno diciamo che l'ho trovato, aveva assistito La Pergola e poi Saja. È un magistrato, Biagio Virgilio, figlio di un magistrato, avvocato generale in Cassazione, veramente bravo, preciso, sicuro nelle ricerche. E l'altro l'avevo conosciuto quando ero al CSM, magistrato anche lui ma con esperienza di avvocato, infatti tornò all'avvocatura dopo il periodo alla Corte. Si chiama Maurizio Nucci. Virgilio più impegnato, Nucci in certe cose più estroso, capace di fantasia, però anche lui collaboratore impagabile. Le cause di cui ero relatore passavano attraverso una prima disamina a tre, poi la redazione della parte del fatto l'affidavo a loro, e dopo i primi tempi anche nella parte di diritto scrivevo il nocciolo della motivazione e il resto lo facevo completare. Un'altra cosa che avevo detto ai miei assistenti era: «Badate, io mi fido delle riletture vostre, ma non voglio che capiti mai – e in effetti ho l'orgoglio che non mi sia mai capitato – di dover fare la sentenza per correggere l'errore materia-

le», il quale purtroppo si verificava e si verifica ancora. Per le cause di cui erano relatori gli altri giudici, io davvo una scorsa preliminare e quelle che mi sembravano più delicate e importanti si discutevano insieme. Ma da questo punto di vista mi sono sempre avvalso della capacità di riuscire a cogliere subito il problema. Perché alle volte c'era il vizio di strafare e una volta lo dissi anche: richiamiamo i nostri assistenti perché sembra che qualcuno per apparire bravo deve fare ricerche monumentali che poi non servono a niente, nessuno le legge. Io raccomandavo una ricerca che riguardasse l'essenziale.

LACCHÈ: In genere, dalle varie esperienze che ho avuto modo di conoscere, tutti i giudici parlano del gran lavoro da fare...

FERRI: Sì, è vero. Un lavoro impegnativo anche sotto il profilo della tensione intellettuale. Poi, sa, questo dipende anche dal temperamento dei singoli giudici, perché ce n'erano alcuni che si studiavano i fascicoli dalla prima all'ultima parola, ma secondo me questo non serviva a niente. Io non voglio passare per presuntuoso, ma per esempio un giudice di grande capacità e abilità in questo senso è Gabriele Pescatore e mi ricordo che quando lui aveva le sue cause in camera di consiglio cominciava così: «Andate a pagina tale, rigo tale della ricerca, la questione sta tutta lì».

LACCHÈ: Nove anni sono lunghi...

FERRI: Sì, sono lunghi, però poi ci si affeziona... Al principio un po' sgomenta, poi però quando si va via, dispiace. Ricordo che quando dicevo ai colleghi che io ero stato uno degli autori della riforma che aveva

abbreviato il mandato, mi dicevano «Ah, è colpa tua!». A parte gli scherzi, è una istituzione che 'prende'. Poi c'è un rapporto particolare. L'ha descritto molto bene Gustavo Zagrebelsky. Ci sono momenti di tensione, specie dopo qualche elezione presidenziale contrastata. Anch'io ho avuto un momento di tensione subito dopo l'elezione di Casavola, durò un anno, grosso modo. Ma, per esempio, ho avuto la fortuna, nel periodo della mia presidenza, di avere una concordia straordinaria. Con i giudici che pure erano stati votati – io fui eletto con il minimo, sette voti su tredici –, parlo di Mengoni e Cheli, c'era un rapporto di amicizia e finita l'elezione non rimase niente che fosse di contrasto. Fu un bel periodo, anche con i nuovi giudici. Conservo una lettera di Onida che considero il più bell'elogio, provenendo da parte di un uomo del suo valore scientifico. Il tenore della lettera è: «sono stato con te alla Corte solo dieci mesi ma ho imparato molto da te in questo periodo». Sentirmelo dire da Onida mi lusingò molto. I colleghi, anche dopo, mi riconoscevano una capacità, in camera di consiglio, di regolare il dibattito sull'essenziale. Tutte doti che – se è vero che le ho avute – le devo soprattutto alla mia esperienza politica e al CSM.

LACCHÈ: Quest'ultima è stata un'esperienza molto importante...

FERRI: Assolutamente. Mi ha messo in contatto con magistrati di grande valore, con alcuni dei quali poi ho conservato rapporti di amicizia. Io avevo tra i miei colleghi la Paciotti, Borrè, Maddalena, Caselli, Abate, D'Ambrosio, poi presidente delle Marche. Tutte persone notevoli. Dopo un po' di tensione iniziale – entrai al CSM per

designazione del Partito socialista – trovai una grande apertura e molte manifestazioni di amicizia.

LACCHÈ: La provenienza dei giudici nella Corte quale valore ha?

FERRI: Beh, la provenienza si nota. Il magistrato si porta dietro le sue attitudini, in positivo e in 'negativo', chi più chi meno naturalmente. Saja, per esempio, quasi non lasciava trasparire la sua provenienza. Del resto anche i professori hanno le loro caratteristiche. Per ritornare al discorso della specializzazione, quando entrai alla Corte di costituzionalisti puri c'erano Baldassarre e Cheli. Mi ricordo sempre che Saja, con la sua voce un po' nasale, diceva - non si capiva se lo diceva sul serio o ironicamente -: «Sentiamo i nostri costituzionalisti». Poi sono arrivati Zagrebelsky, Onida, Capotosti, Mezzanotte.

LACCHÈ: Come ha vissuto il momento dell'udienza?

FERRI: È un momento tranquillo, ovattato. Io cercavo di ridurlo proprio all'essenziale. Gli avvocati sanno come comportarsi, tranne qualcuno che viene alla Corte per la prima volta... Del resto, il cuore della Corte è la camera di consiglio. È il momento del confronto, della decisione.

LACCHÈ: Il caso Mancuso è stato un caso importante sul piano della riflessione sulla forma di governo e certamente un caso delicato ed eclatante per i risvolti politico-istituzionali.

FERRI: Il ricorso di Mancuso arrivò alla Corte dopo la metà di ottobre del 1995,

Caianiello scadeva il 23 ottobre e prima di scadere fissò la camera di consiglio per l'ammissibilità. Poi chiamò me che ero Vicepresidente: «Guarda, io ho fissato la camera di consiglio per il giorno 24 ottobre», cioè lui scadeva il 23 ed io entravo in funzione il 24. So che io iniziavo la presidenza e la mattina mi trovai i carabinieri di scorta davanti alla porta: quella mattina avevo camera di consiglio e all'ordine del giorno mi trovavo l'ammissibilità del ricorso Mancuso. Io dissi a Caianiello: «Va bene, è giusto farlo subito». Per dirle i tempi: abbiamo deciso la mattina stessa e abbiamo fatto un breve comunicato alla stampa, visto che c'era molta attesa. E poi nell'ordinanza abbiamo dimezzato i tempi per gli adempimenti. E appena questi sono stati fatti, ho fissato un'udienza speciale ai primi di dicembre. Io sono dell'opinione che le cose importanti bisogna risolverle prima possibile.

Abbiamo discusso, è prevalsa la tesi per la quale mi ero battuto in sede di ammissibilità, con buona maggioranza, e poi abbiamo fatto un'udienza storica. Io me la ricordo perché le parti costituite erano da una parte Mancuso, dall'altra il presidente della Repubblica, il presidente del Consiglio, il Senato e la Camera dei deputati! Gli avvocati delle Camere erano Feliciano Benvenuti, Paolo Barile, Giuseppe Guarino, Giuseppe Abbamonte. Per Mancuso c'era Gaetano Scoca che lo difese molto bene. A me piacque molto Abbamonte. Mi ricordo poi che Barile scrisse il fondo su «La Repubblica»: «La Corte scrive la Costituzione». Io ne resto convinto, perché secondo me il perno – che poi la riforma farebbe saltare – del nostro sistema Parlamento-Governo è il rapporto di fiducia. E quindi la sfiducia data anche ad un singolo ministro mette

Ferri

questi nella condizione di doversi dimettere; se non si dimette, di essere sostituito. Io sono convinto che, senza modificare la Costituzione, il presidente del Consiglio possa revocare un ministro e sostituirlo. Mancuso era mio amico, poi mi tolse il saluto per almeno due anni...

LACCHÈ: La sua presidenza coincise anche con una delle più importanti delle sentenze della Corte, quella sulla reiterazione dei decreti-legge.

FERRI: Era tanto che se ne parlava, ma bisognava arrivarci. Occorreva una questione relativa ad un decreto che non fosse stato modificato dalla reiterazione. Il giudice ce l'aveva mandato per una questione di costituzionalità ma nel merito del decreto, per cui dovemmo sollevare la questione della reiterabilità dinanzi a noi stessi come pregiudiziale. Affidai la questione a Cheli. A molti sembrò un atto di coraggio. Il presidente del Consiglio la prese malissimo. Mentre i presidenti delle Camere, Violante e Mancino, furono d'accordo. Quando la sentenza fu depositata, decisi di telefonare in anticipo a Prodi. Gli preannunciai l'esito. Dall'altra parte sentii un silenzio profondo. Mi scappò una battuta scherzosa, del tipo «ma che ti senti male?» Prodi rispose: «Ci avete rovinati, non possiamo più governare». Insomma la prese molto male. E Cheli, che era in confidenza con lui per i rapporti in seno a Il Mulino, mi raccontò che Prodi, incontrandolo una volta, gli disse ironicamente: «Non sapevo che tu fossi un bombarolo». Ma, per divagare un po', oggi di veramente scandaloso trovo queste leggi *omnibus* in cui c'è di tutto, proroghe, norme penali, ecc., è una cosa pazza. Un articolo solo con centinaia di

commi. Non capisco perché non si sollevi la questione di costituzionalità. Poi c'è un vizio d'origine perché la legge finanziaria è servita ad aggirare la norma costituzionale. Finché la legge era contenuta entro certi limiti, poteva anche andare, ma adesso siamo a livelli scandalosi.

LACCHÈ: Dopo la Corte Lei ha ulteriormente approfondito gli studi storici, in particolare su Mazzini e la Repubblica romana. Ha donato la sua Biblioteca alla Corte.

FERRI: Sì, è vero.

LACCHÈ: Concluderei questa intervista con uno sguardo al futuro, anche se incombe il referendum.

FERRI: Siccome auspico e credo che la riforma sarà bocciata dal referendum, ciò mi tranquillizza anche sul futuro della Corte, che rimarrebbe così com'è, nella composizione e nei poteri attuali che, tutto sommato, mi pare siano stati esercitati con molto senso di *self-restraint*. Per i miei gusti, qualche volta, anche troppo... Però forse è giusto che sia così... Io ho creduto molto, per una parte della mia vita, all'Europa e alla sua integrazione. Io credo che la globalizzazione e la liberalizzazione commerciale su scala mondiale abbiano cambiato profondamente le condizioni. L'idea dell'Europa si è molto indebolita. Tutto viene rimesso in discussione, gli stessi ideali socialisti e socialdemocratici ai quali ho creduto e credo ancora. Però mi rendo conto che si potevano realizzare in un'Europa a dodici, non in una Europa a venticinque e in un mondo globalizzato. Certo, non si può tornare indietro. La realtà tragica, se oggi guardo ai miei tempi, è un indebolimento dei diritti

che erano stati conquistati faticosamente in campo economico, civile, politico dai lavoratori e ora sono messi in discussione. Sembra che ritorni quello che si considerava uno dei fallimenti di Marx, la legge ferrea dei salari. Adesso i sindacati sono sulla difensiva. La situazione, da questo punto di vista, non fa sperar bene. E vista la mia età, penso ai miei nipoti, alla mia pronipote. Ma finché dura la democrazia la Corte resta un istituto fondamentale.

LACCHÈ: Aveva ragione Dossetti quando in Costituente diceva che senza la Corte mancava l'architave...

FERRI: In fondo il fine essenziale è la tutela delle minoranze, dell'opposizione, che poi è sempre il vero problema della democrazia. C'è sempre il problema del ricorso diretto alla Corte...

LACCHÈ: Questo è un tema che non abbiamo toccato...

FERRI: Vede, agli inizi dell'attività, lei ricorderà che la Corte ha potuto prendere le decisioni, le prime, cominciando dalla sentenza n.1, grazie ai pretori. Poi però questo è cambiato, c'è stato quasi l'eccesso di mandare questioni alla Corte, anche là dove la Costituzione non c'entra assolutamente nulla. Quindi non si era sentito questo bisogno; però ci si accorge che ci sono certi settori dell'ordinamento che in questo modo restano sottratti al sindacato della Corte. La legge elettorale politica, come ci arriva alla Corte, fermo il principio che solo il Parlamento è giudice?

LACCHÈ: Lei pensa che per alcune materie...

FERRI: Non lo so, qualcosa bisognerebbe trovare. C'è la soluzione francese della minoranza dei parlamentari che li ha effetto sospensivo. Sono problemi grossi. E in quei casi si direbbe ancora di più che politicizzano la Corte. Pensiamo poi al caso dei referendum. C'è stato un periodo in cui gran parte dei professori erano per l'ammissibilità di tutto. Qui anche la giurisprudenza della Corte è stata, secondo me, debole, ondivaga. Ma sa, poi bisogna che ci sia anche il senso della misura in chi esercita un diritto. Ci sono casi in cui la richiesta è sacrosanta.

LACCHÈ: Zagrebelsky nel suo libro parla del peso della tradizione...

FERRI: I precedenti pesano, certo, però... Ci devono essere dei motivi gravi per discostarsi. Ma ciò non è raro. Perché generalmente la variazione della giurisprudenza si ha quando di fronte ad una giurisprudenza che ha ritenuto non fondate le questioni si arriva invece a ritenerne la fondatezza. Però la Corte sin dagli inizi ha ritenuto, per es. in ordine ad alcune norme del T.U. di pubblica sicurezza, di emettere sentenze interpretative. Poi c'è il problema dell'inammissibilità: certe volte c'è la sensazione che le ordinanze siano un modo per sfuggire alla responsabilità della deliberazione. Questo certamente non va bene.

LACCHÈ: Penso possiamo concludere presidente...

FERRI: Comunque, in conclusione, io devo molto alla Corte. Fin dagli inizi della mia vita politica ne sono stato un sostenitore, l'ho seguita sempre con molta attenzione, poi questa fortuna che mi è toccata

Ferri

dell'esperienza diretta la considero davvero un grande privilegio. Che forse è il miglior modo per concludere una vita pubblica. Mentre vedo piuttosto male l'inverso. Sarebbe meglio che i giudici fossero non troppo giovani...

LACCHÈ: *Nec spe nec metu...*

FERRI: Sì, un giudice 'giovane', dopo la Corte che fa, si rimette a fare l'avvocato o il professore? È legittimo pensare ad altro, ma forse non è sempre dignitoso. Mentre io trovo che abbia dato buona prova il percorso inverso; escludendo me, basta citare Giuliano Vassalli, Paolo Rossi, Oronzo Reale, Leonetto Amadei, Ugo Spagnoli: sono stati tutti presidenti e giudici di grande valore.

Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale

UGO DE SIERVO

1. A mio parere, ogni considerazione sul modo d'essere e di agire della Corte costituzionale esige necessariamente che si abbia una piena consapevolezza di ciò che essa fa effettivamente nella specifica contingenza storica nella quale essa opera.

Pertanto il mio contributo vorrebbe essere proprio in questa direzione, dal momento che altrimenti le pur opportune considerazioni teoretiche sul ruolo del nostro organo di giustizia costituzionale potrebbero rischiare di essere eccessivamente astratte. Se spesso perfino la lettura delle note dottrinali a commento di singole decisioni della Corte delude non poco per la mancata considerazione di tanti profili, pur evidenti, che hanno condizionato il giudizio o per la superficiale pretesa di sovrapporre proprie astratte teorie al complesso bilanciamento operato¹, ricostruzioni di insieme dell'intera esperienza di un organo di giustizia costituzionale necessitano ancora di più di un'attenta considerazione degli elementi conoscitivi relativi all'esperienza che vi si svolge.

Su questo piano, essendo ormai giudice costituzionale da un periodo consistente (quattro anni e mezzo), pari a metà del mandato complessivo, ma non tale da avermi fatto dimenticare l'impatto iniziale con la nuova attività alla quale ero stato improvvisamente chiamato dalle mie attività di docente universitario, spero di poter testimoniare con franchezza le mie personali riflessioni originate dalla nuova e tanto impegnativa esperienza in un organo costituzionale fino ad allora da me conosciuto solo sul piano dello studio (neppure specialistico: nei miei lavori di diritto costituzionale non mi ero mai occupato in modo specifico della Corte o della giustizia costituzionale) e dei rapidi racconti di alcuni amici che erano stati in precedenza chiamati a farne parte.

Anzitutto si tratta di un organo che opera con grande intensità, secondo modalità pienamente collegiali, giudicando su norme o su oggetti estremamente diversi tra loro sulla base di impugnative relative a specifiche norme o vicende.

Solo un accenno su ciascuno di queste fondamentali caratteristiche: i dati numerici relativi ai cinquanta anni di funzionamento della Corte costituzionale evidenziano che essa in questo lungo periodo ha adottato oltre sedicimila provvedimenti (circa metà sono le sentenze, contro un numero analogo di ordinanze, peraltro con non poche diversità nel tempo e soprattutto settore da settore), con una media negli ultimi quindici anni di circa 400/500 provvedimenti all'anno (le sentenze oscillano da un terzo a metà del numero complessivo)².

Ciò significa che la Corte lavora molto intensamente, poiché ciascun provvedimento assunto ha alle sue spalle ampie ricerche, confronti e decisioni collegiali, stesure dei provvedimenti e loro correzioni in sede collegiale, attente revisioni dei testi per la loro pubblicazione.

La collegialità del lavoro della Corte rappresenta la sua maggiore caratteristica strutturale: malgrado la presenza nel collegio di personalità certamente significative ed il ruolo indubbio del suo Presidente (peraltro eletto dal collegio e che non di rado – come ben noto ed ampiamente discusso – svolge questa funzione per periodi brevi), tutte le fondamentali decisioni della Corte vengono assunte dal plenum dell'organo: decisioni processuali e sostanziali, revisione analitica del testo delle sentenze, modifiche regolamentari, maggiori decisioni amministrative.

Tutto ciò impone la creazione ed il mantenimento di una forte rete di relazioni fra tutti i giudici (malgrado i continui mutamenti nella composizione del collegio), l'adozione di regole di reciproco rispetto e di correttezza (malgrado le non rare tensioni che si sviluppano), la condivisione di un sostanziale spirito unitario e di un certo sti-

le di riserbo sulle discussioni che pure si sviluppano – e non di rado vivacemente – all'interno del collegio. Non a caso, è molto rara la stessa utilizzazione da parte dei giudici relatori che siano rimasti in minoranza nel collegio, che quindi ha deciso difformemente dalle loro proposte (evento non particolarmente raro), del potere di rifiutare di redigere la sentenza³.

Questa particolare situazione, nella quale addirittura il relatore della questione da decidere resta in minoranza nel collegio rappresenta bene la normale esistenza di una dialettica fra i componenti del collegio: e ciò tanto più se le questioni da decidere sono nuove e di significativa rilevanza. Una dialettica che, a riprova definitiva della autonomia dei giudici, si manifesta in schieramenti maggioritari normalmente formati da componenti di volta in volta non identici.

Ma proprio la normale adozione a maggioranza delle più rilevanti decisioni della Corte spiega i motivi per cui non condividendo il pur apprezzabile auspicio di Zagrebelsky che le maggiori decisioni della Corte siano assunte, almeno tendenzialmente, dalla totalità dei componenti dell'organo, dal momento che in realtà esse integrerebbero il dettato costituzionale⁴: anche se spesso è del tutto opportuno che su temi particolarmente delicati si eviti che la decisione sia assunta da ristrette maggioranze, ricercando invece il massimo delle convergenze possibili, la prassi assolutamente pacifica è nel senso che le scelte sono infine adottate a maggioranza, ove la ricerca dell'unanimità si verifichi impossibile.

Infine, è da considerare la notevole eterogeneità delle competenze della Corte costituzionale e soprattutto la estrema diversificazione dei corpi normativi che

vengono in gioco nei suoi giudizi: sul primo versante, si rifletta sul non raro tecnicismo giuridico necessario per rispondere a molti ricorsi incidentali di costituzionalità, mentre i ricorsi in via diretta in materia regionale comportano in genere la considerazione di normative costituzionali o di legislazioni generali che spesso necessitano di rilevanti integrazioni interpretative; ma poi soprattutto i conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato, così come i giudizi sull'ammissibilità dei referendum abrogativi o, a maggior ragione, i giudizi in sede penale, spingono la Corte assai vicino alla necessaria considerazione del merito di vicende e conflitti.

Per di più, la incidenza dei diversi tipi di competenze della Corte muta nel tempo, in relazione all'insieme delle vicende istituzionali e politiche entro cui si opera: ad esempio, il sicuro primato quantitativo del giudizio incidentale di costituzionalità rispetto alle altre competenze della Corte negli ultimi anni è stato parzialmente eroso dall'accrescimento del numero dei conflitti fra i poteri dello Stato e soprattutto dalla vistosa crescita della conflittualità fra Stato e Regioni (i ricorsi in via principale relativi alla costituzionalità sulle leggi ed i ricorsi per conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni hanno originato dal 2003 circa metà del numero complessivo delle sentenze della Corte, allorché in precedenza erano pari a poco più del venti per cento). Con formula sintetica, magari un po' esagerata come molte semplificazioni, si è parlato di una Corte che si trasforma da «Corte dei diritti a Corte dei conflitti».

Ma poi soprattutto i giudici della Corte si trovano a dover decidere specifiche questioni di costituzionalità sorte in settori normativi o in segmenti istituzionali tra

loro estremamente differenziati e comunque spesso alquanto o molto complessi: l'esperienza insegna che solo l'effettiva capacità di orientarsi bene nell'estrema articolazione dei sistemi normativi e istituzionali esistenti permette di considerare correttamente i profili di costituzionalità posti alla Corte ed anche di giungere a efficaci esiti processuali. Ciò mentre troppo spesso risultano inutilizzabili molte ricostruzioni dottrinali, eccessivamente astratte o comunque non sufficientemente attente alla complessità normativa esistente.

Ciò è alla base della necessità che il collegio disponga al suo interno (e non solo fra i suoi collaboratori, peraltro in questo evidentemente essenziali) di adeguate specializzazioni in tutti i maggiori segmenti dell'ordinamento giuridico, senza però che la necessaria specializzazione dei vari giudici giunga ad equivalere alla pratica attribuzione ad essi della competenza esclusiva nelle diverse materie (correttivi di ciò sono, oltre la collegialità nelle decisioni, una opportuna ripartizione fra più giudici, ad opera dei Presidenti, del compito di istruire le questioni sorte anche nelle materie più «specialistiche»).

2. In questo contesto sono chiamati ad operare i giudici costituzionali, con le loro professionalità giuridiche e le loro sensibilità e culture. Se certo i componenti di ogni organo giurisdizionale in qualche misura integrano il sistema normativo che devono applicare attraverso la loro attività interpretativa nel contesto della vicenda che sono chiamati a giudicare, i giudici della Corte costituzionale dispongono naturalmente, sulla base dei parametri costituzio-

nali che devono utilizzare e della stessa natura di molte vicende su cui la Corte deve giudicare, di un potere relevantissimo di attualizzazione-integrazione delle disposizioni costituzionali e delle norme collegate o interposte.

Le professionalità dei giudici costituzionali sono state e sono molto diverse, non solo per le specializzazioni in diversi segmenti materiali (comunque non poco incidenti), ma anzitutto per la diversa provenienza professionale: ad esempio, i giudici costituzionali provenienti dalle carriere giudiziarie dispongono in genere di un'eccezionale capacità tecnico-giuridica nell'affrontare i giudizi nei loro termini specifici e nel redigere le sentenze e le ordinanze, ma, almeno all'inizio della loro esperienza, non di rado denotano qualche difficoltà a utilizzare i parametri tipici del giudizio di costituzionalità (le norme costituzionali, specie là dove esigono forti integrazioni culturali), ben diversi dai parametri usualmente utilizzati nell'ordinaria attività giurisdizionale (le leggi ordinarie, se non le disposizioni dei codici), assai più puntuali e specificamente vincolanti.

Al tempo stesso, i giudici costituzionali provenienti dalle carriere universitarie nell'ambito giuridico, anche se decisamente più attrezzati nell'utilizzazione dei parametri costituzionali, in genere sono assai meno capaci, almeno all'inizio della loro esperienza, di affrontare puntualmente gli specifici oggetti loro affidati, evitando di farsi dominare da considerazioni e sviluppi argomentativi troppo generali od addirittura teorici. Gli stessi professori universitari con significative esperienze nell'avvocatura (comunque non molti fra i 94 giudici che dall'inizio della storia della Corte ne hanno fatto parte) hanno forse avuto

meno problemi pratici iniziali, ma hanno anch'essi dovuto entrare nella prospettiva di cercare di calare le loro concezioni di tipo generale nelle tante specifiche fattispecie che sono state loro sottoposte.

Quanto ad alcuni giudici provenienti da un lungo impegno politico, per lo più riconducibili sul piano professionale all'avvocatura, il loro problema spesso è stato quello di doversi impegnare a recuperare la professionalità originaria, parallelamente operando un distacco dalla mentalità e dalla rete di relazioni che sono tipiche del ceto politico.

Ma tutto ciò evidentemente dipende in ultima istanza dalla volontà, dal carattere e dalla storia personale di ciascuno, che è impossibile ricondurre a categorie generali, malgrado che dalla Corte siano passati alcuni dei più autorevoli giuristi italiani⁵: basti qui accennare al fatto che lo stesso lungo periodo della durata in carica dei giudici può evidentemente incidere in opposte direzioni (progressiva sempre maggiore capacità ad operare in modo pienamente efficace, lenta decadenza professionale anche per l'effetto del passaggio degli anni in soggetti in genere piuttosto anziani). Tanto meno è possibile anche solo tentare di distinguere i giudici a seconda della loro maggiore o minore autorevolezza nel collegio. Semmai, rilevante per una valutazione in senso negativo può essere una solo parziale capacità professionale collegata ad una mancanza sostanziale di un adeguato senso autocritico, che renda sostanzialmente impermeabile il giudice ai tanti stimoli che gli giungono dal collegio, dai colleghi, se non dai diversi collaboratori.

Di per sé le norme vigenti assicurano al giudice uno status di larga indipendenza sia sul piano giuridico che di fatto dagli altri

poteri; analogamente operano vaste ipotesi di incompatibilità durante il suo mandato. In quest'ultimo ambito semmai anzi, è oggetto di diffusa (e condivisibile) critica la assenza di una previsione legislativa relativa ad adeguate incompatibilità successive per i giudici, che potrebbero eliminare il sospetto (in concreto spesso infondato) di comportamenti volutamente prudenti o eccessivamente rispettosi verso il sistema politico nella speranza di successivi riconoscimenti.

Peraltro, come giustamente da tanti affermato, le norme giuridiche – pur essenziali – non assicurano da sole l'indipendenza effettiva del giudice, ove non esista un suo adeguato atteggiamento etico, tale da escludere nella sostanza l'esistenza di legami tali da ridurre la sua autonomia di giudizio: atteggiamento meno agevole di quanto appaia, dal momento che non esistono soltanto i vincoli di cui si è pienamente coscienti, ma anche quelli che quasi inconsapevolmente scaturiscono da appartenenze a gruppi culturali o politici, a ceti sociali o corporazioni professionali. E tutto ciò è certamente reso più complesso dal fatto che in particolare il giudice costituzionale non può certo astrarsi dalla vita politica e culturale del suo paese, né pretendere di vivere al di fuori dei normali rapporti sociali.

Semmai alcuni dei trattamenti privilegiati connessi allo status di giudice costituzionale e che lo equiparano almeno in parte al vertice delle massime istituzioni nazionali, lo espongono a qualche rischio di integrarsi eccessivamente in un sistema di relazioni che – ove mal praticato – potrebbe contribuire a ridurne in parte l'autonomia di giudizio.

Da tutto ciò l'estrema importanza che

dovrebbe avere la scelta particolarmente attenta dei giudici da parte degli organi che devono nominarli: ma l'uso del condizionale indica che, invece, le prassi seguite nei cinquanta anni non sono sempre state soddisfacenti o comunque pienamente consapevoli della notevole delicatezza delle scelte personali da operare, dal momento che non di rado hanno prevalso acritici criteri di mera appartenenza politica o corporativa (il che non ha escluso anche qualche ottima scelta, peraltro frammista ad altre, assai più opinabili).

Vorrei però notare che proprio le assai ridotte polemiche pubbliche sui singoli componenti della Corte costituzionale sono una delle prove che la forte collegialità esistente in quest'organo e la sua stessa altissima funzione di garantire il primato delle disposizioni costituzionali, sembrano essere in genere riuscite ad omogeneizzare i diversi giudici (anche qualcuno di quelli nominati magari nella speranza che potessero «normalizzare» la Corte) in modo sufficiente da garantire quella indipendenza e quella complessiva buona funzionalità che sono in genere riconosciute a quest'organo.

3. Essendo questi alcuni fra i dati che caratterizzano l'attività della Corte, è evidente che la sua attività non può che essere quella di un organo di giustizia, seppure a livello costituzionale, dai poteri decisamente importanti ma delimitati e non quella di un organo che possa pretendere di far evolvere il paese verso principi e valori sostanzialmente nuovi, come pure qualche sollecitazione culturale o politica di volta in volta avrebbe desiderato. Ogni tentazione di spingere la comunità nazionale verso nuo-

vi poteri e valori non solo è del tutto estranea al disegno costituzionale, e quindi è in radice errata, ma sarebbe destinata ad una sicura e naturale sconfitta, poiché la Corte non dispone né delle capacità professionali né della forza politica che sono indispensabili per esercitare vere e proprie funzioni di indirizzo politico.

Ma forse molte ricostruzioni assai enfatiche dei poteri della Corte costituzionale sono il frutto di un'errata rappresentazione della situazione ad opera di studiosi che forse per la diuturnità con l'oggetto di studio sembrano non riuscire più ad avere una realistica visione dell'insieme dei rapporti fra i massimi organi costituzionali. Ancora peggio fanno evidentemente quei deplorabili politici che, a distanza di sessant'anni dalla Costituente, ricollegandosi alle più rozze ed arcaiche posizioni contrarie al controllo di costituzionalità, denunciano la pretesa prevaricazione della Corte sugli organi rappresentativi, allorché invece essa fa semplicemente «il suo mestiere», dichiarando l'illegittimità costituzionale di qualche legge o di qualche comportamento di immediata rilevanza politica.

E, invece, al di là degli indubbi risultati conseguiti nel cinquantennio su tanti importanti filoni giurisprudenziali e relativamente alla stessa complessiva legittimazione da essa conseguita presso gli altri organi fondamentali dell'ordinamento repubblicano e presso la stessa pubblica opinione, il ruolo della Corte resta solo quello di essere la fondamentale tutrice del primato effettivo della norma costituzionale (e solo là dove essa esiste effettivamente) sull'attività degli organi espressivi del potere politico, pur legittimati dai procedimenti elettorali o di nomina fiduciaria.

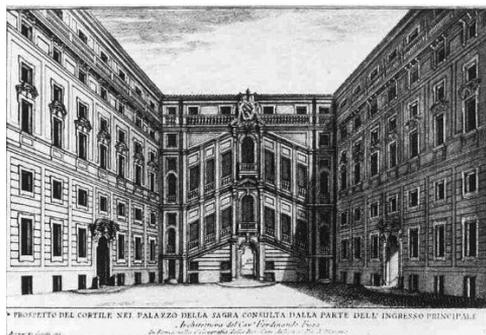
Ciò non significa minimamente disco-

noscere gli enormi passi in avanti compiuti, anche attraverso l'utilizzazione di tecniche decisorie assai innovative anche solo rispetto a pochi decenni fa (basti pensare alla attuale non rara adozione di sentenze additive o alla pacifica utilizzazione del canone della ragionevolezza). Del pari, sono certamente significativi gli importanti ruoli di supplenza a cui la Corte è stata ed è tuttora ancora chiamata per evidenti difficoltà del sistema politico (si pensi alla forte espansione dei conflitti fra i poteri nell'ultimo decennio) o per riforme costituzionali assai complesse come quella del Titolo V, non poco tecnicamente carenti e comunque abbandonate a sé stesse per una intera legislatura, senza gli indispensabili atti di attuazione/integrazione ad opera del legislatore nazionale e dello stesso Governo.

Ma – a ben vedere – è proprio il suo ruolo di garante della legalità costituzionale che suscita tuttora resistenze e reazioni significative tra gli organi espressivi delle istituzioni politiche, al di là della naturale e quasi fisiologica permanenza in ogni ordinamento costituzionale di una tensione fra gli organi di indirizzo politico e l'organo di giustizia costituzionale. Anche al di là del facile possibile florilegio di possibili citazioni e vicende tratte dalla quattordicesima legislatura, resta tuttora nel fondo del nostro sistema politico una profonda insofferenza del sistema politico nazionale (e regionale) verso limiti di legalità costituzionale al proprio operato: solo per accennare a qualche esempio, potrebbe citarsi la perdurante abnorme utilizzazione da parte degli organi parlamentari del primo comma dell'art. 68 della Costituzione per cercare di sottrarre i parlamentari a possibili responsabilità anche in ambiti estranei all'esercizio delle funzioni parlamentari (e

qualche tendenza analoga è perfino riscontrabile a livello regionale); potrebbe rimandersi ad alcuni casi evidenti di interventi legislativi di elusione di sentenze costituzionali o finalizzati a far slittare alcuni giudizi della Corte; potrebbero ricordarsi le vistose forzature delle disposizioni costituzionali e della relativa giurisprudenza costituzionale da parte di tanti Governi in tema di delega legislativa e di decretazione d'urgenza; a livello regionale potrebbe notarsi la evidente tendenza di molte Regioni addirittura ad operare in via amministrativa e non tramite le necessarie fonti legislative (un terzo delle Regioni che da oltre sei anni non adegua i propri Statuti alle riforme costituzionali intervenute, altre che non utilizzano, se non ai minimi termini, le fonti legislative).

Ma poi perfino la pericolosa presa di consapevolezza da parte del sistema politico nazionale della relativa facilità di apportare modificazioni al testo costituzionale, salvo il rischio del referendum popolare ove la riforma sia stata adottata senza la maggioranza dei due terzi dei voti a favore in ciascuna Camera (terzo comma dell'art. 138 Cost.), non solo ha evidentemente ridotto non poco la «sacertà» delle disposizioni costituzionali, ma ha veicolato anche la tendenza ad alterare – seppure in modi e misure diversi – il funzionamento della Corte costituzionale e a comprimerne i poteri: se nelle tre grandi leggi costituzionali in materia regionale (n.1/1999, n.2 e n.3/2001) che hanno modificato molto il nostro ordinamento regionale sono state fondamentalmente le loro non poche carenze tecniche e la genericità delle clausole di riparto delle competenze fra Stato e Regioni la causa di una pericolosa sovraesposizione della Corte, nel suo doveroso tentativo di far comun-



Palazzo della Consulta, prospetto della facciata interna verso la piazza del Quirinale, incisione di Bernardo Sghilli

que funzionare il nuovo sistema, nel testo costituzionale respinto dal referendum popolare del giugno scorso si mirava addirittura a sottrarre al giudizio della Corte il giudizio sulla regolarità di buona parte del procedimento legislativo, si aumentava significativamente il tasso di politicità dei componenti della Corte e li si spingeva a farsi carico della tutela di specifici interessi, si aumentava irresponsabilmente il numero dei soggetti che possono ricorrere alla Corte.

Ma che ci sia ancora da fare molto nella effettiva condivisione del concetto di Stato costituzionale è denotato dalla diffusa perduranza dell'idea, non solo nel sistema politico ma anche nello stesso sistema informativo (che pure non di rado afferma di condividere alcune delle decisioni della Corte di maggiore rilevanza), che «tutto è politica»: si spiegano così rappresentazioni ipersemplicate della composizione e delle scelte di volta in volta operate dalla Corte, troppo spesso rappresentata come una propaggine del sistema politico, mentre sembrano sfumare od addirittura non esistere le specifiche motivazioni delle decisioni derivate dal dettato costituziona-

le. E qui pesa pure non poco anche una diffusa troppo modesta capacità degli operatori dell'informazione di valutare la specificità dei problemi affrontati ed il significato reale delle soluzioni conseguite dalla giurisprudenza costituzionale.

4. Sulla base delle premesse prima accennate, può dirsi che la Corte, esercitando i poteri che la Costituzione le attribuisce, ha come propria essenziale funzione (peraltro tutt'altro che tradizionale nella nostra storia istituzionale ed anche adesso non poco contrastata) di garantire il rispetto e l'attuazione della Costituzione in ineliminabile dialettica (seppur più o meno vivace nelle diverse contingenze) con gli organi rappresentativi preposti all'esercizio dei supremi poteri normativi e di governo e con gli altri organi preposti al funzionamento delle altre istituzioni della nostra Repubblica.

Ed è evidente che l'esercizio di questa sua funzione comporta anche una indubbia ed importante funzione educativa sulla nostra società, specie in riferimento all'esistenza di limiti di legalità anche per i sommi organi del nostro ordinamento ed al sicuro primato nel nostro sistema istituzionale dei principi e dei valori costituzionali. Anzi, ogni volta che la Corte non riesce a contenere, se non ad eliminare, prassi ed atti di dubbia compatibilità costituzionale non solo rischia la sostanziale irrilevanza nel sistema istituzionale complessivo, ma si assume una grave responsabilità proprio in riferimento alla complessiva società italiana, già tanto profondamente dubbiosa dell'effettiva vigenza del principio di legalità specie in riferimento ai soggetti ed agli organi più forti.

Ma tutto ciò può essere operato dalla Corte solo tramite l'esercizio delle sue specifiche competenze, ampie, incisive, ma certo non illimitate: è una pericolosa tentazione da respingere quella di forzarne i confini, poiché in tal modo la Corte si esporrebbe a pericolosi confronti politici, da cui uscirebbe sicuramente sconfitta. Ma in genere la Corte è non poco prudente nel respingere le pur ricorrenti tentazioni che si sviluppano al suo interno, seppure con varie misure e modalità (è pericolosa la apparente sensazione di onnipotenza in un organo, logicamente privo di controlli esterni, ove non esista un forte senso di autocontrollo). Semmai è nella sapiente utilizzazione delle tecniche processuali e decisorie che un organo giurisdizionale altamente specializzato che la Corte può esercitare le proprie competenze in modo parzialmente espansivo: strada in realtà largamente utilizzata, seppure sempre nel sostanziale rispetto dell'ambito delle competenze determinate dalla costituzione e dalla legge n.87/1953.

Tutto ciò si muove ovviamente nell'ambito di una Corte nella quale le sensibilità sociali e collettive necessarie per la lettura delle disposizioni costituzionali passano attraverso la mentalità, la professionalità e la cultura dei giudici costituzionali, cittadini particolarmente qualificati ad interpretare i principi ed i valori costituzionali, tramite il filtro delle loro culture giuridiche, ma non certo «rappresentativi» di determinate frazioni sociali. In astratto nulla di diverso da ciò che rappresentano gli ordinari giudici nella indispensabile interpretazione dell'universo normativo che devono utilizzare, salvo che le disposizioni costituzionali esigono una integrazione interpretativa che normalmente è assai

più significativa. Ma poi non può neppure sottovalutarsi l'incidenza sulla psicologia e sulla volontà di tanti giudici dello specifico ruolo di tutori del dettato costituzionale: sembrano non esser stati rari i casi di giudici costituzionali che nell'esperienza alla Corte sono alquanto mutati rispetto al loro precedente impegno professionale.

Ed è evidente che i giuristi, per lo più dotati di moderne sensibilità, che hanno composto la Corte costituzionale negli ormai lunghi anni del suo funzionamento, hanno – almeno nella loro grande maggioranza – non poco contribuito ad un radicale svecchiamento di moltissime parti dell'ordinamento giuridico esistente (dal testo unico di polizia ai codici penale e di procedura penale, dal diritto di famiglia al diritto processuale, dal diritto del lavoro al diritto amministrativo, ecc., ecc.), notoriamente in genere espressivo della stratificazione di risalenti principi e modelli organizzativi, spesso al di là ed a prescindere dal dettato costituzionale.

Basti in questa sede fare il solo esempio della fortissima tradizione centralista esistente non solo nella burocrazia, ma nella stessa cultura politico-istituzionale (troppo a lungo del tutto dominata da approcci filosofici o ideologici o semmai economico-sociali) e spesso meccanicamente riprodotta dalla stessa cultura accademica (perfino nei primi decenni successivi alla Costituzione, nei quali si sono formati gli attuali quadri dirigenti del nostro Stato, fra cui anche non pochi giudici costituzionali): solo la immissione nella Corte di almeno alcuni giudici formati, invece, nella esperienza della lunga e difficile stagione dei tentativi di regionalizzare il nostro Stato alla luce dei principi costituzionali, ha contribuito a incidere sostanzialmente, se non ancora a rompere, il precedente solidissimo impianto

antiregionalista esistente nella cultura e mentalità a tutti i livelli istituzionali.

Ma poi non può assolutamente sottovalutarsi quanto le diverse generazioni di giudici costituzionali hanno contribuito a fare nella disciplina, in non piccola parte autonoma, relativa alle procedure utilizzate per l'esercizio dei poteri della Corte costituzionale e per la conclusione dei diversi tipi di processi: basti qui rinviare alla considerazione della ricchissima ed innovativa tipologia delle sentenze della Corte costituzionale, largamente eccedente le originarie ridotte (e spesso relativamente poco efficaci) forme di conclusione dei processi costituzionali relativi ai giudizi di costituzionalità sulle leggi. Innovazioni forse originariamente «passate» per la debolezza degli organi espressivi del potere politico in diversi momenti storici o per le funzioni di supplenza affidate alla Corte in fasi particolarmente difficili, ma che restano ormai permanentemente nella disponibilità della Corte e nel patrimonio del nostro sistema costituzionale.

Peraltro le situazioni difficili sono la regola nell'esercizio di molti giudizi della Corte.

Ad esempio, si dice – e certo non è inesatto – che la evidente espansione negli anni più recenti dei conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato esporrebbe molto la Corte rispetto agli altri organi costituzionali.

Ciò è vero poiché i conflitti fra i poteri dello Stato pongono quasi sempre problemi di grande delicatezza: ciò avviene anche quando occorre delimitare i confini entro i quali i parlamentari possono esprimere del tutto liberamente le loro opinioni (come noto, si tratta della categoria di conflitti decisamente più numerosa), ma certo avviene ancora di più quando si presenta-

no conflitti sollevati, solo per accennare a qualche esempio verificatosi negli ultimi anni, da un ex-Presidente della Repubblica che invoca la propria irresponsabilità anche in riferimento a valutazioni espresse durante il suo mandato ma al di fuori delle sue funzioni (secondo il giudizio dell'organo giudiziario che lo ha condannato in sede civile), o da un organo giudiziario che contesta la apposizione del segreto di Stato su un'area territoriale entro la quale intendeva svolgere un'ispezione, o dal C.S.M. che vorrebbe in tal modo fare annullare una legge che ritiene contrastante con i propri poteri, o dal Presidente della Repubblica che contesta che il Ministro per la giustizia gli impedisca di esercitare il potere di concessione della grazia. È evidente che la soluzione di conflitti del genere rischia di spingere la Corte a giudicare vicende nelle quali, almeno in alcuni casi, non è agevole distinguere i profili di legittimità costituzionale da valutazioni del merito politico.

Ma non meno difficile per la Corte è risolvere tanti giudizi di costituzionalità in materia regionale, in presenza di una disciplina costituzionale estremamente sommaria e neppure integrata da una sufficiente attività legislativa statale di cornice o di principio: ad esempio, molte volte, dinanzi a intere leggi statali largamente carenti sul piano della coerenza con il nuovo Titolo V della costituzione, non volendosi seguire la via più agevole della dichiarazione di incostituzionalità di intere parti di queste leggi (con il rischio, dalla Corte temutissimo, di perduranti vasti vuoti normativi), si è seguita la via difficile di molteplici dichiarazioni parziali di illegittimità costituzionale, molte delle quali di tipo additivo. Ma sentenze del genere, che nel complesso giungono in pra-

tica a sostituire nuovi testi normativi a quelli in precedenza approvati dagli organi legislativi statali, non solo sono assai difficili, ma espongono la Corte alla critica, in via di astratto principio ineccepibile, che le scelte legislative spettano solo agli organi titolari del potere legislativo (salvo che in casi del genere ci si trova dinanzi ad un evidente tentativo dello stesso potere legislativo di eludere il dovere di dare corretta attuazione ad una serie di disposizioni costituzionali).

Ma non meno complesse sono evidentemente le tantissime sentenze della Corte nella quale essa deve cercare di determinare i confini delle innumerevoli materie di competenza dello Stato o delle Regioni (tanto sommariamente definite dal Titolo V e mai integrate dal legislatore nazionale) ed i loro reciproci rapporti. Ed analogamente potrebbe dirsi per le valutazioni sulla correttezza delle «chiamate in sussidiarietà» da parte del legislatore nazionale o regionale di funzioni altrimenti di competenza comunale ai sensi del primo comma dell'art. 118 Cost.

Voglio dire che l'attuale forte esposizione della Corte deriva anche da evidenti difficoltà nei processi politici e da alcuni vistosi limiti esistenti nelle più recenti innovazioni costituzionali e nella legislazione ordinaria che dovrebbe attuarla ed integrarla.

A riprova della sostanziale fragilità dei pur rilevanti risultati conseguiti dalla Corte costituzionale, malgrado i tanti festeggiamenti e le diffuse valutazioni positive sul suo operato, viene naturale notare che il compimento dei cinquanta anni della sua attività è intervenuto al termine di una legislatura non poco problematica rispetto alla coerenza sostanziale dell'attività legislativa e di governo con non pochi valori e princi-

pi costituzionali e che si è segnalata anche per diversi pesanti polemiche del sistema politico maggioritario verso la stessa Corte.

Non potendo riferirmi a norme ed a comportamenti che in ipotesi potrebbero divenire anche oggetto di futuri giudizi, credo però che basti riflettere quanto il testo di revisione costituzionale votato dalle Camere nell'autunno 2005 e respinto dal referendum popolare del giugno 2006 evidenziasse (tra gli altri suoi difetti) un tale allarmante degrado sul piano della completezza e della coerenza delle ipotizzate nuove disposizioni costituzionali, da far seriamente temere che potesse ancora parlarsi di spazi significativi per una giurisdizione costituzionale. In assenza, infatti, di un

sistema di norme sufficientemente completo e coerente, sono i soggetti egemoni nel sistema politico che riassumono di fatto larga parte di quei poteri che in uno Stato costituzionale sono, invece, opportunamente articolati e suddivisi, con una conseguente chiamata in causa dell'organo di giustizia costituzionale nei casi di alterazioni di questo tipo di norme.

Vi è allora da chiedersi se la sorte futura della Corte non dipenda fondamentalmente da un necessario recupero a livello di pubblica opinione del significato e del valore dello Stato costituzionale.

¹ Resta purtroppo attuale quanto vivacemente scriveva Branca molti anni fa: cfr. Giuseppe Branca, *Quis adnotabit adnotatores? e Chiossa a chiusa*, in «Foro italiano» 1970, V, pp. 17 ss., pp. 145 ss.

² Molteplici dati conoscitivi sull'attività svolta e sulla composizione della Corte nei cinquanta anni di funzionamento sono ora nei tre tomi del volume edito dalla stessa Corte costituzionale, 1956 – 2006. *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma 2006.

³ Sulla collegialità si vedano le rappresentazioni di due noti giudici: Giuseppe Branca, *Collegialità nei*

giudizi della Corte costituzionale, (1969) ora in 1956 – 2006. *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, cit., tomo I, pag. 495 ss. e Gustavo Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino 2005, pag. 7 ss.

⁴ Gustavo Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., pag. 29 ss..

⁵ Anche l'esperienza da me fatta nel ricercare e selezionare gli scritti degli ex giudici della Corte da ripubblicare in occasione del suo cinquantenario anniversario (cfr. 1956 – 2006. *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, cit.) se evidenzia manifeste grandi diversità di sen-

sibilità e di cultura giuridica fra i vari giudici che hanno scritto durante il loro mandato, non esaurisce affatto l'analisi delle loro professionalità come componenti della Corte, che esigerebbe almeno anche un esame analitico (ed assai difficile) dell'attività giurisdizionale svolta da ciascuno. D'altra parte, è noto che anche alcuni dei giudici più attivi (specie provenienti dalle alte magistrature) non scrivono saggi scientifici, se non del tutto eccezionalmente.

La corte costituzionale nell'esperienza di un avvocato

ALESSANDRO PACE

1. *La trattazione della causa nelle pubbliche udienze*

A prima vista non vi sono, dal punto di vista dell'avvocato, rilevanti differenze tra la Corte costituzionale e le altre magistrature superiori nella trattazione orale della causa. Il giudizio viene infatti celebrato dinanzi ai quindici giudici costituzionali (la stessa composizione numerica che originariamente caratterizzava le Sezioni unite della Corte di cassazione) press'a poco con le stesse modalità seguite dinanzi a tutte le supreme magistrature. La trattazione è preceduta dalla relazione del giudice redattore designato, che in sostanza è costituita dalla lettura di quello che sarà il «Ritenuto in fatto» delle decisioni della Corte.

Il giudice costituzionale prof. Cassese, di recente eletto, ha però introdotto una nuova prassi: anziché leggere il «Ritenuto in fatto», come gli altri giudici, egli da un lato si limita ad indicare i punti nodali della causa (la questione di legittimità costituzionale [q.l.c.] e le eventuali sottoquestio-

ni), dall'altro evidenzia i punti delle rispettive difese che gli avvocati delle parti dovrebbero meglio chiarire. È però ancora troppo presto per poter affermare che ciò preluda ad un mutamento corale della prassi finora invalsa.

Dopo la relazione prendono per primi la parola i difensori (uno o più) della parte che ha interesse all'accoglimento del ricorso o della q.l.c., poi i difensori della parte convenuta o resistente, quindi i difensori degli eventuali controinteressati nel giudizio *a quo* e infine il rappresentante dell'Avvocatura generale dello Stato. In passato si ammetteva la possibilità di repliche, ancorché brevi. Ora non più.

Il Presidente interviene solo per governare la discussione e quindi, di massima, non si rivolge al difensore per chiedergli chiarimenti in punto di fatto o di diritto. Nella mia esperienza ricordo che mi sono state rivolte precise domande su aspetti fattuali della q.l.c. solo due volte, entrambe da parte di due ottimi presidenti del collegio provenienti dalla magistratura: la prima dal Presidente f.f.

Gionfrida nel corso dell'udienza che opponeva la Rai alla Rizzoli Editore s.p.a. nel giudizio relativo alla legittimità costituzionale del monopolio radiotelevisivo statale via etere terrestre su scala nazionale (causa che si concluse con la sentenza di rigetto n. 148 del 1981, rel. Maccarone); la seconda dal Presidente Chiappa nel corso dell'udienza concernente la q.l.c. di una norma che, ai fini dell'esonero dall'esame per l'iscrizione nel registro dei revisori contabili, non prendeva in considerazione la posizione di coloro che alla data di entrata in vigore della legge avessero ancora in corso la sessione d'esame per l'iscrizione all'albo professionale di ragioniere e perito commerciale (giudizio conclusosi con la sentenza d'accoglimento n. 35 del 2004, red. Onida, che sostituì la rel. Contri, evidentemente in disaccordo sul dispositivo della decisione).

In entrambi i casi la perfetta conoscenza dei fatti era della massima importanza: nel primo caso perché si discuteva della capacità interferenziale delle radiofrequenze utilizzate dalla rete PIN della Rizzoli a danno del servizio pubblico; nel secondo perché soltanto nel distretto Milano-Lodi - con riferimento al quale aveva preso le mosse il giudizio *a quo* - le prove orali degli esami professionali di ragioniere si erano protratte oltre la data ritenuta rilevante dal legislatore ai fini dell'esonero dall'esame per l'iscrizione nel registro dei revisori contabili (e cioè la data di entrata in vigore della legge).

2. La «spirito» della Consulta

Discutere una causa dinanzi alla Corte costituzionale rappresenta, per un avvoca-

to che sia anche studioso di diritto costituzionale, il *top* delle proprie aspirazioni professionali.

A parte il rilievo che per i giudici della Corte costituzionale la conoscenza del diritto costituzionale non rappresenta un *optio-nal* - e quindi il costituzionalista parla con la sicurezza di essere compreso (come non sempre accade con altre supreme magistrature) -, è lo stesso «ambiente» che è gratificante. La struttura dell'aula d'udienza - nella quale i quindici giudici, pur sedendo su tre dei quattro lati della sala, non sono così incommensurabilmente lontani dal banco dei difensori come nell'aula delle Sezioni unite della Corte di cassazione - e la sobria eleganza di essa danno una sensazione di vicinanza ideale e di comunanza di lavoro tra giudici e avvocati.

Una comunanza di lavoro che i Presidenti della Corte hanno sempre inteso sottolineare e ribadire nella cerimonia di commiato in onore dei giudici costituzionali che partecipano per l'ultima volta ad una pubblica udienza, ai quali viene rivolto il saluto di un avvocato del libero foro e di un rappresentante dell'Avvocatura generale dello Stato.

Ma c'è di più. Per uno studioso di diritto costituzionale ciò che rende particolarmente gratificante discutere una causa alla Consulta è che nel collegio decidente siedono invariabilmente alcuni (talvolta svariati) colleghi professori universitari dai quali non ci si aspetta certo un trattamento di favore, ma la cui comune provenienza accademica fa almeno presumere che gli *ex* colleghi staranno a sentirlo, quanto meno per curiosità.

E poiché non di rado anche i difensori della controparte sono colleghi universitari oppure avvocati dello Stato di grande pre-

stigio, la discussione ne trae vantaggio e si svolge in modo intelligente e garbato, come pervaso da uno spirito proprio di quel luogo.

3. *La mia prima causa davanti alla Corte costituzionale*

La prima causa da me discussa davanti alla Corte costituzionale è stata quella che portò alla famosa sentenza n. 202 del 1976 (rel. De Marco), con la quale la Corte dichiarò l'incostituzionalità del monopolio statale delle trasmissioni radiotelevisive via etere terrestre su scala locale.

Io difendevo la RAI insieme con due colleghi purtroppo scomparsi: il prof. Paolo Barile (che allora era mio prestigioso collega nella Facoltà giuridica fiorentina) e l'avv. Emanuele (Nello) Santoro, che dirigeva l'Ufficio studi della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e aveva fondato «*Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*», una pregevole rivista da lui diretta che aveva conquistato una buona notorietà tra gli esperti del settore.

La sconfitta fu bruciante perché la legge n. 103 del 1975, che venne con tale decisione dichiarata incostituzionale in alcune sue disposizioni, era stata approvata poco più di un anno prima, per giunta sulla base delle indicazioni fornite dalla stessa Corte al legislatore nella sent. n. 225 del 1974. Bruciante ma non del tutto inaspettata. Nel periodo intercorrente tra l'udienza di discussione (3 giugno) e la decisione della sentenza (15 luglio) si era infatti verificato un evento di grande rilievo politico, di cui la Corte probabilmente tenne conto: nelle elezioni politiche del 20 giugno il PCI, sotto

la guida di Enrico Berlinguer, aveva toccato il massimo storico dei suoi consensi elettorali (il 34,47 per cento, pari a 227 seggi alla Camera) avvicinandosi notevolmente alla DC (38,7 per cento, pari a 263 deputati). Si disse allora, da più parti, che la Corte aveva così garantito all'Italia un assetto radiotelevisivo pluralistico quand'anche il PCI avesse conquistato la maggioranza parlamentare.

Vera che fosse tale interpretazione, essa comunque confermava quel che Giuseppe Branca aveva, con la sua abituale schiettezza, dichiarato a più riprese come *ex* Presidente della Corte, e cioè che la Corte costituzionale, in conseguenza dei criteri previsti per la sua composizione e dati gli effetti delle sue decisioni, è sensibilissima alle conseguenze politiche delle proprie decisioni. Sul punto avrò modo di tornare più volte.

Gli altri ricordi indissolubilmente collegati a quella mia prima esperienza in Corte sono la brillantissima e incontenibile arringa del prof. Giuseppe Guarino, che assisteva uno degli imputati nei giudizi penali nel corso dei quali era stata sollevata la q.l.c. in discussione; il fatto che, per l'emozione, ad un certo punto del mio intervento...persi il filo del discorso (che però ritrovai, alla bell'e meglio, quasi subito); infine, l'inattesa assenza, nel collegio giudicante, del prof. Leopoldo Elia, che sulla carta avrebbe dovuto essere favorevole al rigetto della questione.

Quest'ultimo fatto merita una qualche considerazione perché solleva un problema attinente al funzionamento della Corte e alla sua indipendenza, che è un punto che sta molto a cuore agli avvocati. Sta di fatto che il prof. Elia si astenne in tale occasione in quanto, nella sua notoria onestà ed

indiscussa sensibilità, ritenne - essendo stato in precedenza consigliere d'amministrazione della RAI - di trovarsi in una situazione che non gli avrebbe garantito un'assoluta terzietà nei confronti della regiudicanda.

Per quanto direttamente mi risulta, della stessa sensibilità dette prova anche il giudice costituzionale Flick, che si astenne in un giudizio per conflitto tra poteri promosso dalla Sezione disciplinare del CSM contro il Senato della Repubblica (sent. n. 270 del 2002, red. Onida), perché nella sua precedente veste di Ministro di grazia e giustizia aveva promosso un giudizio disciplinare che costituiva appunto l'oggetto del conflitto (con riferimento al quale il Senato si era espresso in favore dell'insindacabilità delle opinioni del magistrato, successivamente eletto).

Della stessa sensibilità non hanno invece dato prova, in altre cause da me discusse, quei giudici costituzionali che come liberi professionisti avevano difeso - per giunta dinanzi alla stessa Corte e in cause consimili - una delle parti della questione sulla quale si trovavano ora a dover giudicare.

A loro difesa deve però ricordarsi che l'art. 16 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dispone espressamente l'inapplicabilità alla Corte delle norme relative all'astensione e alla ricusazione dei giudici, fuori dei casi dei giudizi penali a carico del Presidente della Repubblica.

È però obiettabile che, sebbene la Corte abbia più di una volta negato di poter essere qualificata come organo della giurisdizione (con la conseguente inapplicabilità degli obblighi di imparzialità e terzietà imposti ai giudici dall'art. 111 Cost.), essa

ha, ciò nonostante, ammesso di essere «disciplinata in modo da rendere possibile il contraddittorio» (sent. n. 13 del 1960), il che dovrebbe essere motivo più che sufficiente per indurre la Corte a fare doverosa applicazione della comune disciplina dell'astensione e della ricusazione: comune disciplina che, allo stato, risulta esclusa non già in conseguenza di una scelta costituzionale o legislativa, bensì, come già detto, di una norma integrativa dettata dalla stessa Corte.

4. *Varietà delle valutazioni «politiche» e delle conseguenti scelte che la Corte talora effettua. La «scelta politica», puramente ipotetica e comunque rientrante nei poteri della Corte, sottesa alla sent. n. 202 del 1976*

Ho ricordato le «voci» secondo le quali la Corte, nel pronunciare la decisione d'accoglimento n. 202 del 1976, sarebbe stata condizionata da valutazioni *lato sensu* politiche. Un fatto, questo, che in via di principio non trova mai favorevole chi ragiona con l'*habitus* mentale dell'avvocato laddove lo studioso è più duttile. Questi ne prende atto e, a seconda del tipo di costituzionalismo che professa - «irenico» o «polemico» (come direbbe Massimo Luciani)¹ -, lo giustifica e addirittura lo teorizza nel primo caso (in nome della razionalità del reale!) oppure, nel secondo, ne lamenta la portata derogatoria dei diritti di azione e di difesa e quindi cerca di limitarne concettualmente le ipotesi.

A proposito della sent. n. 202 devo però aggiungere, onestamente e per completezza del discorso, che la c.d. libertà d'antenna veniva già da anni sempre più sostenu-

ta da vasti settori della pubblica opinione e dello schieramento politico moderato (Tele Biella risale al 1972!) e che la Corte, con tale sentenza, tutto sommato, ribadì, con riferimento agli impianti via etere terrestre su scala locale, quanto da essa già deciso con la sentenza d'accoglimento n. 226 del 1974 relativamente al monopolio statale sulle trasmissioni radiotelevisive via cavo su scala locale. Anzi, le indicazioni di quest'ultima decisione erano state così restrittivamente seguite dalla legge n. 103 del 1975 (la quale si limitò a consentire ai privati il solo cavo monocanale!), che da taluni giudici costituzionali si ritenne – almeno così allora si vociferò – che vi fosse stata un'eclusione del giudicato della sent. n. 226 del 1974 che «andava sanzionata», per l'apunto, con un'ulteriore pronuncia d'incostituzionalità: la sent. n. 202 del 1976.

Se la Corte, con la sent. n. 202 del 1976, ebbe a compiere una «scelta politica», questa però avvenne senza abusare delle proprie attribuzioni costituzionali: da un lato il dispositivo d'annullamento riguardava solo il profilo penale dell'esercizio, senza concessione, di impianti radiotelevisivi via etere terrestre su scala locale; dall'altro la motivazione della sentenza non solo sottolineava esplicitamente che il «riconoscimento del diritto di iniziativa privata» postulava «la necessità dell'intervento del legislatore nazionale», ma indicava altresì i limiti che, nell'interesse generale, il legislatore avrebbe dovuto porre a tale diritto.

Ergo la Corte costituzionale, in coerenza con la propria giurisprudenza sull'inesistenza di un diritto costituzionale all'uso dei mezzi di diffusione, non riconobbe affatto, con tale decisione, in capo ai privati, un immediato diritto a trasmettere -

come invece si disse da politici e da imprenditori interessati e come fu ripetuto dai loro difensori nelle aule giudiziarie. E quando la Corte smentì questa tesi (sentenze nn. 237 del 1984, 826 del 1988 ecc.), era ormai troppo tardi².

5. *Le «notevoli» e «determinanti» scelte politiche della Corte sottese alle sentenze nn. 420 del 1994 e 466 del 2002 ovvero «le dichiarazioni d'incostituzionalità praticamente inutili»*

Mi sono soffermato sulla c.d. politicità della sent. n. 202 del 1976 perché ben diverse sono le decisioni rese dalla Corte nelle due cause in cui presi parte come difensore di TVI (titolare di TMC, poi La7) contro RTI (Fininvest prima e Mediaset poi): cause che concernevano entrambe l'illegittimità costituzionale di norme che consentivano al maggior gruppo televisivo privato italiano (e che praticamente gli consentono tuttora) di possedere ben tre reti nazionali con impianti via etere terrestre in tecnica analogica.

Pur dichiarando l'incostituzionalità delle norme sottoposte al suo giudizio la Corte evitò, nel primo caso, di dichiarare l'incostituzionalità di altre norme (aventi la stessa *ratio* e quindi parimenti incostituzionali: il d.l. n. 323 del 1993) che consentivano ad altro titolo, per quasi due anni e mezzo, il funzionamento degli impianti in questione (così la sent. n. 420 del 1994, red. Granata) dichiarativa dell'incostituzionalità dell'art. 15, comma 4, della legge n. 223 del 1990).

Nel secondo caso (e questa volta la TVI era difesa dal carissimo avv. Ottavio Grandinetti oltre che da me) la Corte utilizzò

invece, nel dispositivo, una formula che impediva l'immediata caducazione della norma dichiarata incostituzionale, che anzi veniva spostata al 31 dicembre 2003 «per determinare le modalità della definitiva cessazione del regime transitorio di cui al comma 7 dell'art. 3, comma 7, della legge n. 249 del 1997» (così la sent. n. 466 del 2002, red. Chieppa).

È evidente che, in entrambi i casi, la q.l.c. – come argutamente sottolineato in dottrina con specifico riferimento alla sent. n. 466³ – mentre era stata rilevante «in entrata», non lo era più «in uscita», nel senso cioè che, dato il tenore del dispositivo, alla parte vittoriosa dinanzi alla Corte costituzionale veniva sottratta la benché minima possibilità di utilizzare in suo favore, nel giudizio *a quo*, la sentenza che aveva accolto la q.l.c. da essa prospettata.

Contrariamente all'ipotesi della sent. n. 202 del 1976 (nella quale il contesto politico ha soltanto «agevolato» una certa decisione d'accoglimento), nei casi delle sentenze nn. 420 del 1994 e 466 del 2002 l'attenzione della Corte per le conseguenze politiche connesse alla propria pronuncia (cessazione dell'operatività in tecnica analogica della terza rete RTT) è stata «determinante». Anzi, è stata così esclusiva da farle dimenticare ciò che essa stessa aveva in precedenza rilevato in una famosa decisione – la sent. n. 232 del 1989 (red. Ferri) –, e cioè che «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effet-

to nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima».

Il che significa che, in un sistema di sindacato incidentale di costituzionalità, la decisione d'accoglimento dovrebbe spiegare sempre effetti (retroattivi) quanto meno nel giudizio principale, a meno di voler considerare una lustra di diritti di azione e di difesa costituzionalmente proclamati come inviolabile⁴.

Rilievi, quest'ultimi, che come di recente ricordato⁵, avevano già indotto la Corte a superare la sua precedente giurisprudenza intesa a limitare *pro futuro* gli effetti delle proprie decisioni d'accoglimento (sentenze nn. 266 e 501 del 1988, n. 50 del 1989)⁶.

Quanto alla natura delle valutazioni politiche connesse alle sentenze nn. 420 del 1994 e 466 del 2002, è comunque opportuno ricordare che entrambe furono decise quando il maggior beneficiario della permanenza in vigore delle norme dichiarate incostituzionali era anche Presidente del Consiglio dei ministri. Ne consegue che delegare al Parlamento il potere di «determinare le modalità della definitiva cessazione del regime transitorio» equivaleva, in effetti – soprattutto nel secondo caso, data la maggioranza di centro-destra della XIV legislatura –, a rinviare *sine die* la perdita di efficacia delle norme dichiarate incostituzionali.

In entrambi i casi la Corte costituzionale non si è invece preoccupata del gravissimo pregiudizio economico che una decisione di accoglimento praticamente inesigibile avrebbe determinato a carico del gruppo imprenditoriale vittorioso (e che, nel primo caso, ha in effetti determinato a

danno del gruppo Cecchi Gori) e, conseguentemente, a danno del pluralismo informativo.

6. *La «politicalità» come considerazione del rilievo ordinamentale o istituzionale delle conseguenze della decisione. Tre esempi*

Un diverso ma non minore tasso di politicalità presentavano tre importanti conflitti di attribuzione da me discussi ormai parecchi anni fa: due conflitti interorganici sollevati dalla Corte dei conti e un conflitto intersoggettivo sollevato dalla Regione Puglia: il primo proposto contro la Camera dei deputati, il Senato della Repubblica e il Governo a seguito della mancata sottoposizione a controllo preventivo di un decreto legislativo, in applicazione dell'esclusione di tale controllo introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 16, comma 1, legge n. 400 del 1988 (giudizio concluso con la sentenza di rigetto n. 406 del 1989, red. Corasaniti); il secondo proposto contro il solo Governo a seguito di atti e fatti impeditivi dell'esercizio delle funzioni di controllo della Corte dei conti a carico dell'IRI, dell'ENI, dell'INA e dell'ENEL, a seguito della loro trasformazione in società per azioni (giudizio concluso con la sentenza d'accoglimento n. 466 del 1993, red. Cheli); il terzo proposto dalla Regione Puglia contro lo Stato, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, per l'annullamento di un d.p.c.m. che dichiarava lo stato di emergenza ambientale asseritamente determinatasi nella Regione Puglia e di un'ordinanza emanata dallo stesso Presidente del Consiglio che delegava il Prefetto di Bari a predisporre il programma degli interventi

(giudizio concluso con l'annullamento parziale degli atti impugnati: sent. n. 127 del 1995, red. Guizzi).

Diversamente dai giudizi ricordati al n. 5, la politicalità, in tutti e tre questi casi, risiedeva quindi esclusivamente nella rilevanza «istituzionale» (nel primo e nel terzo caso) oppure «ordinamentale» (nel secondo) delle questioni coinvolte, nel senso che l'accoglimento del primo ricorso avrebbe implicato conseguenze sulla politica economica del Governo e forse addirittura sulla forma di governo; l'accoglimento del secondo avrebbe spiegato - come in effetti è accaduto - rilevanti conseguenze sull'intero sistema industriale; l'accoglimento del terzo mirava infine a salvaguardare l'autonomia costituzionale regionale nei confronti di provvedimenti governativi, in materia di protezione civile, assunti in falsa applicazione della legge n. 225 del 1992, che conferivano ad organi amministrativi statali amplissimi poteri.

7. *Illustrazione dei tre esempi*

Col primo ricorso, la Corte dei conti chiedeva infatti alla Corte costituzionale di dichiarare la spettanza ad essa, «ai sensi dell'art. 100, comma 2, Cost., (del) controllo preventivo di legittimità sui decreti legislativi delegati ex art. 76 Cost. in quanto atti del Governo» (non invece sui decreti legge, ancorché i dubbi di costituzionalità fossero praticamente gli stessi). Ciò infatti avrebbe consentito alla Corte dei conti di effettuare il controllo preventivo sull'attività normativa abitualmente delegata al Governo (discipline codicistiche, attuazione delle direttive comunitarie, riforma

della p.a.) nonché sui decreti legislativi implicanti una nuova spesa, i quali, per definizione, non hanno un controinteressato, con la conseguenza che, una volta emanati, sfuggono a qualsivoglia sindacato giurisdizionale, con grave nocimento per la finanza pubblica.

Di questo giudizio - nel quale io assistevo la Corte dei conti insieme al collega ed amico prof. Federico Sorrentino - posso dire che esso è stato uno dei più interessanti di quelli da me trattati sotto un profilo strettamente costituzionalistico sia per la varietà delle questioni, anche d'ordine processuale, sia per il valore dei colleghi avversari (i professori Paolo Barile, Feliciano Benvenuti e Alberto Predieri e l'Avvocato generale dello Stato Giorgio Azzariti)⁷.

La Corte costituzionale dichiarò preliminarmente inammissibile il conflitto nei confronti delle Camere in relazione all'approvazione dell'art. 16 della legge n. 400 del 1988, così facendo propria la tesi, fino ad allora respinta dalla dottrina prevalente, secondo la quale le leggi e gli atti con forza di legge non potessero costituire oggetto di un conflitto tra poteri (questa tesi, com'è noto, è stata poi in parte disattesa dalla stessa Corte costituzionale). Quanto invece all'ulteriore profilo del conflitto, nei confronti del Governo, avente ad oggetto la mancata sottoposizione alla Corte dei conti di un dato decreto legislativo (incidentalmente al quale veniva chiesto alla Corte costituzionale di sollevare la q.l.c. del cit. art. 16), la Corte costituzionale respinse tale q.l.c. come «manifestamente infondata».

La Consulta dette infatti una lettura restrittiva dell'art. 100, comma 2, Cost. («La Corte dei conti esercita il controllo

preventivo di legittimità sugli atti del Governo») escludendo dal novero di tali atti quelli equiparati alla legge, e ciò contro una prassi favorevole alla loro sottoposizione alla Corte dei conti, che si fondava, prima della Costituzione, sull'art. 17 del t.u. n. 1214 del 1934 e, dopo di essa, sulla lettura estensiva dell'art. 100, comma 2, Cost. (coonestata dalla stessa Corte costituzionale)⁸ che «costituzionalizzava», per l'appunto, quanto disposto dal cit. art. 17 (sent. n. 406 del 1989, cit.).

Col secondo ricorso, la Corte dei conti, difesa dal prof. Giorgio Oppo e da me, chiedeva invece alla Corte costituzionale di «dichiarare che spetta alla Corte dei conti - nella composizione della sezione del controllo sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria - l'esercizio del controllo, previsto dalla legge 21 marzo 1958, n. 259, sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni con partecipazione totalitaria o comunque prevalente dello Stato»⁹. In sostanza la Corte dei conti lamentava che il Governo si rifiutasse di sottoporre al controllo *ex art. 100, comma 2, seconda parte, Cost.*, l'IRI, l'ENI, l'INA e l'ENEL per il solo fatto che essi sarebbero stati formalmente trasformati in società per azioni pur restando saldamente in mano pubblica.

La Corte costituzionale accolse il ricorso sottolineando, tra l'altro, che «(d)iversamente da quanto asserito dallo stesso Governo, la semplice trasformazione degli enti pubblici economici di cui all'art. 15 della legge n. 359 del 1992 non può essere (...) ritenuto motivo sufficiente a determinare l'estinzione del controllo di cui all'art. 12 della legge n. 259 del 1958 fino a quando rimanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato alla strut-

tura economica dei nuovi soggetti, cioè fino a quando lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle stesse» (sent. n. 466 del 1993, cit.).

Infine, con il terzo dei ricorsi qui ricordati, la Regione Puglia lamentava la meno-azione, da parte dello Stato, delle proprie attribuzioni costituzionali prospettando che i problemi sanitario-ambientali erano stati solo il pretesto per «commissariare» la Regione Puglia, retta da una maggioranza politica diversa da quella di centro-destra allora al governo (c.d. Berlusconi I) del Paese. La Regione non contestava quindi l'applicabilità alla specie della legge n. 225 del 1992 (essa stessa aveva richiesto al Governo l'adozione dello stato d'emergenza e l'adozione di provvedimenti straordinari ed indifferibili); contestava invece la falsa applicazione di tale legge al fine di espropriare la ricorrente, in violazione degli artt. 117, 118 e 119 Cost., delle attribuzioni costituzionali spettanti¹⁰.

Nella sua decisione la Corte riconobbe che quanto accaduto in Puglia non realizzava né la previsione della calamità naturale, né quella della catastrofe. Si trattava bensì di gravi carenze strutturali, da tempo segnalate dalla stessa Regione, che riguardavano il ciclo idrico e lo smaltimento dei rifiuti, e che presentavano un alto rischio per un bene fondamentale come la salute. La Regione Puglia – con valutazione dei suoi organi tecnici, e con delibera della Giunta – aveva del resto segnalato l'urgenza di provvedimenti straordinari ben al di là dei pochi casi di colera registrati dagli uffici sanitari. Tale situazione giustificava quin-

di, per la Corte, l'esercizio di poteri straordinari per un arco di tempo ragionevolmente esteso, ma nel rispetto di quel nesso di congruità e proporzione, che sarebbe valso a garantire l'autonomia regionale.

In conclusione, la Corte, accogliendo il ricorso sia pure solo in parte, dichiarava che non spetta allo Stato, e per esso al Presidente del Consiglio dei Ministri, di introdurre prescrizioni per fronteggiare uno stato di emergenza che conferiscano ad organi amministrativi poteri d'ordinanza non adeguatamente circoscritti nell'oggetto, e comunque tali da derogare a settori di normazione primaria (oltre tutto richiamati in termini assolutamente generici) e a leggi fondamentali per la salvaguardia dell'autonomia regionale, senza nemmeno prevedere l'intesa per la programmazione generale degli interventi. Conseguentemente la Corte annullava l'art. 1 dell'impugnata ordinanza nella parte in cui non prevedeva l'intesa con la Regione per quanto attiene alla predisposizione, da parte del commissario delegato, del programma degli interventi, nei termini precisati in motivazione; e l'art. 2 della stessa ordinanza, nella parte in cui venivano derogati, per intero, numerose leggi statali in materia di valutazione dell'impatto ambientale, sul nuovo ordinamento delle autonomie locali, sull'uso delle risorse idriche nonché importanti leggi regionali in materia di programmazione regionale (sent. n. 127 del 1995, cit.).

La legge n. 225 del 1992 superava quindi l'esame di legittimità costituzionale a cui la Regione Puglia incidentalmente l'aveva sottoposta, ma al prezzo di una lettura riduttiva dei poteri che essa aveva originariamente conferito al Governo centrale.

8. *Il costituzionalismo «oppositivo» alla prova: a) la causa sul c.d. lodo Maccanico (o Schifani)*

Per chi ritenga che «il costituzionalismo implica un'impostazione metodologica sempre tesa ad esaltare il limite del potere per evitarne gli arbitri, quale che sia il problema in discussione: il contenuto dei diritti costituzionali o i poteri dell'esecutivo, l'immunità del Capo dello Stato o dei membri del Parlamento, le funzioni della Corte costituzionale e così via»¹¹ - e sia quindi essenzialmente «oppositivo»¹² o «polemico»¹³ -, le controversie nelle quali l'avvocato «costituzionalista» può dar prova del suo impegno civile sono soprattutto quelle nelle quali egli ha modo di utilizzare le sue conoscenze professionali per combattere le manifestazioni arbitrarie di potere.

In questo senso mi ritengo fortunato di aver potuto prestare la mia opera professionale in talune delle cause in materia radiotelevisiva da me discusse, da solo o con autorevoli colleghi - ad es. quelle ricordate *supra* al n. 5, alle quali vanno però quanto meno aggiunte la causa conclusa con la famosa sent. n. 826 del 1988 (red. Spagnoli)¹⁴ e quella conclusa «sotto tono»¹⁵ con l'ord. n. 438 del 1990 (red. Spagnoli), la quale, al momento della discussione dinanzi alla Corte, era politicamente non meno importante delle altre¹⁶.

In tale ottica, devo però soprattutto ricordare la mia partecipazione a due altri giudizi: il primo concernente la legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 140 del 2003 (c.d. lodo Maccanico o Schifani)¹⁷ e concluso con la sentenza d'accoglimento n. 24 del 2004 (red. Amirante); il secondo relativo al conflitto di attribuzioni tra pote-

ri sollevato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tempio Pausania contro il Presidente del Consiglio dei Ministri, on. Berlusconi, occasionato dall'apposizione del segreto di Stato sulla villa «La Certosa», residenza di villeggiatura del medesimo (ma di proprietà privata). Questo secondo giudizio non superò la fase dell'ammissibilità in quanto la Corte, con una discutibilissima decisione, ritenne che fosse cessata la materia del contendere (ord. n. 404 del 2005, red. De Siervo).

L'oggetto del contendere nel primo giudizio è troppo noto per doverlo qui ricordare ancorché sommariamente¹⁸. Basterà sottolineare la disciplina paradossale delle sospensioni penalprocessuali prevista dall'art. 1 della legge n. 140: l'immunità processuale, ancorché temporanea, delle cinque Alte cariche valeva per i fatti criminosi «extrafunzionali» addirittura antecedenti l'assunzione della carica o della funzione ma non per i fatti criminosi «funzionali» previsti dagli artt. 90 e 96 Cost. Il che chiariva, oltre ogni ragionevole dubbio, che ciò che aveva preoccupato il legislatore della XIV legislatura non era tanto di assicurare la funzionalità della carica (come ebbero a sostenere dinanzi alla Corte i difensori dell'on. Berlusconi), quanto creare, in ragione dell'alta carica ricoperta, «situazioni diverse da cittadino a cittadino», in sprezzo di quanto disposto dall'art. 3 Cost.¹⁹. Né - come in un primo tempo si tentò di sostenere - era fondata la tesi dell'esistenza di discipline analoghe, in favore del Presidente del Consiglio, in altri ordinamenti contemporanei di democrazia liberale, e in particolare in quello spagnolo²⁰.

È comunque significativo dell'essenza di privilegio insita nell'art. 1 cit., che l'allora Presidente Chiappa ebbe ad afferma-

re pubblicamente, in mia presenza, di ritenersi «profondamente offeso» che il Presidente della Corte costituzionale fosse stato esplicitamente annoverato tra i beneficiari di tale immunità²¹.

Mette conto di ricordare che la q.l.c. era stata sollevata dal Tribunale di Milano con ord. 30 giugno 2003²² nel corso di un processo penale a carico di Silvio Berlusconi, nel quale era parte civile la CIR s.p.a. La causa fu chiamata dinanzi alla Corte costituzionale il 9 dicembre 2003, e la discussione fu assai ampia e approfondita. Difensori della CIR eravamo l'avv. Giuliano Pisapia, il prof. Roberto Mastroianni ed io. Per l'imputato Berlusconi parlarono gli avvocati e parlamentari di Forza Italia prof. Gaetano Pecorella e Nicolò Ghedini. Per il Presidente del Consiglio intervenne l'allora vice Avvocato generale dello Stato (ora Avvocato generale) Oscar Fiumara, mio collega di corso nella Facoltà giuridica romana negli anni 1953-1957²³.

La Corte decise la questione nella camera di consiglio del 13 gennaio 2004 e il Presidente fece diffondere lo stesso giorno un comunicato contenente il dispositivo della sentenza²⁴ che pronunciava l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 2, della legge n. 140 e, in via consequenziale, l'incostituzionalità dei commi 1 e 3 dello stesso articolo.

Il 20 gennaio 2004 veniva depositata in cancelleria la sent. n. 24, a prima vista un po' deludente, in conseguenza delle perplessità che traspaiono dall'impianto argomentativo²⁵. Ci si sarebbe infatti aspettati che la Corte, ricollegandosi a precedenti sue decisioni - nelle quali aveva collocato il disposto dell'art. 3 Cost. tra i principi supremi dell'ordinamento²⁶ (come tali immodificabili da parte dello stesso legislatore costituzionale)²⁷ -, affermasse, in

maniera perentoria, che la sospensione prevista dall'art. 1, comma 2, della legge n. 140, quand'anche fosse stata approvata con legge costituzionale, sarebbe stata comunque annullata dalla Corte, appunto perché in contrasto con un principio supremo.

Il fatto è che la motivazione risente - come fu autorevolmente sottolineato - della «particolare difficoltà del contesto politico-istituzionale, di tipo intimidatorio del tutto peculiare» nel quale la Corte si venne a trovare al momento della decisione²⁸, ed è quindi assai probabile che il discutibile impianto argomentativo costituisse il prezzo del più elevato consenso tra i giudici²⁹.

Resta comunque agli atti (grazie a Dio!) l'annullamento «secco» della disposizione impugnata - e questo era l'obiettivo davvero essenziale per cui in quel giudizio la difesa della CIR si era battuta³⁰ -, con un dispositivo che ha pertanto un'indubbia eccellenza di valore «rispetto agli stessi motivi sui quali si è retta la scelta della Corte»³¹.

9. Segue: b) la causa sul segreto di Stato sulla residenza estiva del Presidente del Consiglio

La decisione che mi ha provocato, invece, una delle maggiori delusioni della mia carriera professionale è senza dubbio l'ord. n. 404 del 2005, con la quale la Corte costituzionale dichiarò l'inammissibilità del ricorso della Procura presso il Tribunale di Tempio Pausania, da me difesa, contro l'allora Presidente del Consiglio dei Ministri on. Silvio Berlusconi, il quale aveva negato l'accesso alla sua residenza estiva in località Punta Lada (Porto Rotondo) invocando a tal fine il segreto di Stato, ufficialmente per preservare la conoscibilità dei luoghi, ma

in effetti per impedire la tempestiva contestazione di reati edilizi, paesaggistici ed ambientali ivi posti in essere.

Le vicende che indussero la Procura di Tempio Pausania a sollevare il conflitto di attribuzione tra poteri sono bene evidenziate nella motivazione dell'ordinanza di inammissibilità e soprattutto sono riportate, con completezza, in un'ottima cronaca costituzionalistica dell'intera vicenda³².

Per quel che qui interessa, è sufficiente ricordare che su un quotidiano sardo del 5 maggio 2004 veniva pubblicato un servizio fotografico dal quale risultava che all'interno dell'area di circa 50 ettari denominata «Villa La Certosa», di proprietà della soc. Idra, con sede in Segrate, data in uso all'on. Silvio Berlusconi, erano in corso lavori edilizi che avrebbero potuto configurare reati in materia edilizia, ambientale e paesaggistica; che alla Procura di Tempio Pausania, la quale intendeva verificare lo stato dei luoghi e la sussistenza di eventuali reati, il difensore sia del rappresentante legale della soc. Idra che dell'on. Berlusconi eccipì tanto l'immunità dalle perquisizioni in quanto domicilio di un parlamentare, quanto la presenza di ragioni di sicurezza imposte dal CESIS; che inoltre l'esecuzione dell'ispezione della Procura venne ripetutamente procrastinata in attesa della produzione del più volte invocato decreto di asserita apposizione del segreto di Stato.

Va altresì ricordato che solo con nota del 2 ottobre del Ministero dell'Interno, veniva finalmente trasmesso alla Procura il decreto del Ministro dell'Interno appositivo del segreto di Stato, datato 6 maggio 2004 (e cioè il giorno successivo alle notizie di stampa!) al fine di «preservare la conoscibilità dei luoghi»³³. Essendo tale Ministro palesemente incompetente quan-

to all'apposizione del segreto di Stato, il Procuratore della Repubblica, nello spirito di una leale collaborazione tra i poteri dello Stato, ne chiedeva il 3 novembre 2004 la conferma al Presidente del Consiglio in tempi brevi, altrimenti avrebbe senz'altro proceduto all'ispezione.

Con nota del 23 dicembre 2004, il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dott. Gianni Letta, in nome e per conto del Presidente del Consiglio (astenuito in considerazione di «delicati profili di opportunità»!), confermava la «segretazione» delle residenze private, con le relative pertinenze, dell'allora Presidente del Consiglio e, in particolare, dell'area denominata «Villa La Certosa» «sede alternativa di massima sicurezza per l'incolumità del Presidente del Consiglio, dei suoi familiari e dei suoi collaboratori e per la continuità dell'azione di Governo».

La preservazione della conoscibilità dei luoghi era, a ben vedere, del tutto pretestuosa, dato che le immagini interne ed esterne della villa erano state oggetto di noti servizi fotografici e la villa era notoriamente frequentata da Capi di governo straniero, politici, cantanti, giornalisti ecc. Pertanto la Procura di Tempio Pausania, con ricorso del 15 gennaio 2005, lamentava alla Corte costituzionale di essere stata illegittimamente menomata nelle proprie attribuzioni costituzionali (art. 112 Cost.) in quanto, da un lato, le limitazioni legittimamente ammissibili, a tutela del segreto di Stato, concernono solo la testimonianza e il sequestro (artt. 202 e 256 c.p.p.) e, dall'altro, la legge n. 801 del 1977 consente l'apposizione del segreto di Stato solo su «atti, documenti, notizie, attività ed ogni altra cosa» e non su «luoghi»³⁴.

Il 10 maggio, e cioè pochi giorni prima della camera di consiglio del 25 maggio nella quale la Corte (dopo alcuni rinvii) avrebbe finalmente dovuto decidere dell'ammissibilità del ricorso, il Presidente del Consiglio, avvalendosi delle «prerogative previste dal decreto del Ministro dell'interno del 6 maggio 2004» (*sic!*), consentiva alla Procura di Tempio Pausania l'effettuazione dell'ispezione, alla quale la Procura procedeva nei giorni 20 e 23 giugno 2005, pur con esplicita salvezza di ogni diritto in relazione al ricorso pendente dinanzi alla Corte costituzionale. Ciò nonostante, la Corte, affermando che il compimento dell'ispezione aveva «rimosso l'ostacolo frapposto all'esercizio del potere d'indagine spettante alla stessa autorità giudiziaria», riteneva venuta meno la materia del contendere e dichiarava pertanto inammissibile il conflitto.

L'ord. n. 404 del 2005 si espone – e si è esposta – a severissime critiche³⁵. In primo luogo, pur pendendo la fase dell'ammissibilità, la Corte ha dato modo sia al Ministero dell'Interno che all'Avvocatura generale dello Stato di interferire nel procedimento³⁶; in secondo luogo, la Corte ha dichiarato la cessazione della materia del contendere prima ancora che il contraddittorio si fosse instaurato; in terzo luogo, la Corte ha ritenuto che il conflitto tra poteri fosse divenuto «ipotetico» ancorché il Presidente del Consiglio non avesse affatto disposto la revoca *ex tunc* del decreto impugnato; in quarto luogo, la Corte ha ritenuto – disattendendo il *leading case* che identifica i requisiti necessari per la cessazione della materia del contendere (sent. n. 150 del 1981, rel. Paladin)³⁷ – che l'atto o il comportamento menomativo delle altrui attribuzioni costituzionali debba (storica-

mente) sussistere al momento del giudizio della Corte, perché il ricorso possa dirsi attuale (con il che tutte le menomazioni *uno actu* finirebbero per esulare dai giudizi su conflitto tra poteri!); infine, la Corte ha ommesso di pronunciarsi sulla spettanza, alla data del 6 maggio 2004, del potere in contestazione, nonostante sia proprio il giudizio «sulla spettanza del potere» il contenuto essenziale delle decisioni risolutive dei conflitti di attribuzione.

Anche se irrilevanti ai fini di causa, vanno per completezza segnalati tre fatti che si connettono alle vicende processuali fin qui descritte e che, per così dire, ne completano il quadro. Con legge 15 dicembre 2004, n. 308, il Parlamento, per la prima volta nel nostro ordinamento, prevedeva il condono anche per reati ambientali «commessi mediante lavori compiuti su beni paesaggistici entro e non oltre il 30 settembre 2004» (art. 1, comma 37). Il 27 gennaio 2005 il rappresentante della soc. Idrà presentava la domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi del cit. art. 1, commi 36 e 37, della legge n. 308, ai fini dell'ottenimento del condono. Infine, con sent. n. 183 del 2006 (red. Finocchiaro) la Corte costituzionale dichiarava l'infondatezza della q.l.c. del cit. art. 1, sollevata con ricorso dalla Regione Toscana, basandosi sul rilievo che la potestà punitiva penale (e quindi anche la disciplina delle cause estintive del reato) rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte riteneva assorbiti in questo profilo anche i motivi d'incostituzionalità più direttamente lesivi dell'autonomia legislativa regionale.

10. *Per una più completa indipendenza della Corte costituzionale: riflessioni conclusive*

Gustavo Zagrebelsky, nelle pagine conclusive del suo recente saggio *Principi e voti*, si pone le seguenti domande: «Possiamo essere sicuri che, in questi cinquanta anni di attività, la Corte costituzionale del nostro Paese sia stata all'altezza del suo compito, un compito di natura, prima che tecnico-giuridica, storico-culturale? Ha essa dato un contributo alla formazione di una coscienza costituzionale nazionale, alla formazione di un "partito della Costituzione" al di là dei partiti ordinari, al quale ci si possa poter rivolgere con sicurezza e fiducia nei momenti difficili? Quante sue pronunce, quanti suoi concetti, quante sue massime, quante sue applicazioni della Costituzione sono entrati a far parte del patrimonio spirituale vivente del nostro Paese, sono entrati nella circolazione del flusso di energia vitale della nostra Repubblica? Peccherò forse di pessimismo, ma temo non molti. Eppure, non è proprio questo il metro su cui si dovrebbe misurare, in ultima e più profonda istanza, la vitalità della Costituzione e l'efficacia della sua garanzia da parte di coloro che l'hanno avuta in consegna, come loro compito specifico e precipuo?»³⁸.

Ho già avuto modo di esprimere il mio dissenso dalla pessimistica conclusione dell'amico e collega, e l'ho fatto motivatamente, elencando, a solo titolo di esempio, una quarantina di decisioni della Corte che, insieme a moltissime altre (centinaia), hanno praticamente guidato il cambiamento del nostro ordinamento adeguandolo ai principi e alle regole della nostra Costituzione³⁹.

Ci sono però dei settori (o meglio, degli

aspetti) della giurisprudenza costituzionale che lasciano perplessi, e sui quali non si può non convenire con Zagrebelsky. E sono appunto quelli - per così dire trasversali alle c.d. materie formalisticamente intese - nei quali la Corte viene a scontrarsi con gli esistenti assetti di potere.

Sia chiaro: non alludo alla sensibilità che *tutte* le Corti costituzionali e *tutte* le Corti supreme manifestano sempre, sia pure implicitamente, per le conseguenze «politiche» (ordinamentali o istituzionali) delle proprie decisioni⁴⁰ - per cui si potrebbe dire (rischiando di apparire impertinenti!) che gli organi giudiziari di vertice sono *sempre* alquanto «strabici»: un occhio alla Costituzione e l'altro alla politica (in senso alto, però).

Alludo piuttosto a quelle decisioni (come le ricordate sentenze nn. 420 del 1994, 466 del 2002 e l'ord. n. 404 del 2005) che non hanno avuto la forza di incidere su situazioni di vero e proprio privilegio: situazioni come tali già rifiutate sin dall'art. 1 della *Déclaration* del 1789 e, quindi, in palmare contrasto con gli stessi diritti (prettamente liberali) della c.d. prima generazione.

Mi si obietterà che la cit. sent. n. 24 del 2004, relativa all'art. 1 della legge n. 140 del 2003, costituisce l'esempio del contrario. E l'obiezione è certamente calzante, se ci limitiamo a leggerne il dispositivo; ma non lo è, come ho già avuto modo di dire, se guardiamo alla motivazione alquanto perplessa.

Quale allora il rimedio per rafforzare l'indipendenza della Corte? Sembrerà paradossale, ma a mio parere esso starebbe, innanzi tutto, nella riduzione, da quindici a nove, del numero dei giudici costituzionali, così come da quindici a nove è stato

da tempo modificato il numero dei componenti delle Sezioni unite della Corte di casazione. Quindi solo nove giudici costituzionali (tre eletti dalle Camere, tre di nomina presidenziale e tre eletti dalle supreme legislature) come i giudici della Corte suprema statunitense, il cui *Chief Justice* Hughes si ribellò contro l'aumento minacciato dal Presidente Roosevelt nel 1937 (il c.d. *Court-Packing Plan*), sottolineando che nove giudici erano più che sufficienti per una Corte di giustizia mentre quindici sarebbero stati davvero troppi⁴¹. E sono troppi anche perché ritengo che un numero così alto di giudici ne trasformi inevitabilmente alcuni in *frontbenchers* e altri in *backbenchers*, non sempre attenti, quest'ultimi, ai delicati profili di talune questioni. Beninteso, una siffatta riduzione del numero andrebbe compensata prevedendo la possibilità per il Presidente, eventualmente coadiuvato da un ristretto numero di giudici, di effettuare una scrematura delle questioni manifestamente inammissibili o infondate.

Sono certo, però, che un suggerimento del genere non sarà mai accolto, e ciò per la semplice ragione che le forze politiche hanno un interesse contrario a restringere i propri spazi di influenza.

Altri possibili rimedi di carattere tecnico – tutti, al contrario del precedente, nella diretta disponibilità operativa della Corte – sono, in primo luogo, l'auspicabile abrogazione, da parte della stessa Corte, dell'art. 16 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale relativo all'astensione e alla ricsuzione dei giudici (v. *supra* il n. 3)⁴² e, in secondo luogo, l'altrettanto auspicabile rigore col quale la Corte dovrebbe esercitare la verifica dei poteri dei giudici eletti o nominati. Depone

infatti assai male per l'indipendenza (e comunque per l'immagine) della Corte che i partiti possano impunemente far eleggere dalle Camere alla suprema magistratura costituzionale magistrati, avvocati o professori i cui requisiti *ex art. 135*, comma 2, Cost. non siano indiscutibili.

L'ultimo suggerimento sta nell'introduzione, tuttora controversa⁴³, del «voto separato» (*dissenting* o *concurring*) nelle decisioni della Corte costituzionale. Tale introduzione – che a mio avviso potrebbe avvenire anche in via di prassi (oltre tutto non essendovi né una sede dove contestarla né alcuno legittimato a farlo) – avrebbe un duplice merito: in primo luogo, quello di evitare quelle motivazioni che, avendo, per così dire, più «anime» in contrasto tra loro, peccano quanto meno nella linearità della *ratio decidendi*⁴⁴ e finiscono conseguentemente per contraddire proprio quel valore che il voto segreto vorrebbe garantire: la «monolitica solidarietà» del collegio giudicante⁴⁵ (o, il che è lo stesso, «l'unitarietà della voce della Corte»)⁴⁶; in secondo luogo, quello di responsabilizzare i singoli giudici costituzionali allo scopo di poter dimostrare *erga omnes* la loro indipendenza di giudizio⁴⁷, con conseguente garanzia per l'effettiva indipendenza della Corte.

È bensì vero che il «dissenso dichiarato» potrebbe diventare uno strumento intenzionale di indebolimento della decisione della maggioranza⁴⁸. Ma il punto non è questo. Il punto è un altro e sta nella «qualità» degli argomenti addotti dal dissenziente. Se gli argomenti sono deboli o aprioristicamente partigiani, essi infatti squalificano il *dissenter* e non la Corte. Se invece gli argomenti su cui il dissenso si basa sono fondati (o sono comunque più convincenti di quelli della maggioranza),

ben venga allora il dissenso, perché la sua funzione sta proprio nel porre le premesse per un futuro *overruling*. Ma, a ben vedere, le argomentazioni del dissenziente sono utili anche e soprattutto se serie e ben motivate. In tale ipotesi, esse avranno

infatti il merito – a tutto vantaggio della linearità e della stringatezza della decisione – di stimolare l'estensore ad eliminare dalla motivazione quei passaggi che potrebbero esporre la decisione a critiche⁴⁹.

¹ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, e in www.associazionedeicostituzionalisti.it

² Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici comuni in materia radiotelevisiva dal 1960 al 2005, considerata nel contesto politico, v. A. Pace e M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in Gius. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, Zanichelli – Foro it., 2006, pp. 575 ss.

³ P. Costanzo, *La libertà d'informazione non può più attendere*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3899.

⁴ Per una critica alla tesi secondo la quale la retroattività delle sentenze d'accoglimento della Corte costituzionale (art. 136, comma 1, Cost.) costituirebbe la conseguenza di una scelta del legislatore ordinario (art. 30 della legge n. 87 del 1953) e non l'effetto congiunto dell'incidentalità del giudizio (art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948) e dell'operatività dell'art. 24, commi 1 e 2, Cost., mi si consenta di rinviare al mio *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario tenuto a Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, Giuffrè, pp. 54 ss.

In questa linea di pensiero, dice assai bene M. Cartabia, *Nuovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, parte I, p. 1021, quando rileva che «...ogni situazione in cui sia esercitabile il diritto alla tutela giudiziaria richiede non solo che sia accordato il diritto di prospettare la questione di legittimità (costituzionale) delle norme, ma anche che essa sia definita sulla base di norme non invalide».

⁵ R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, relazione al Convegno dell'AIC su *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Roma 27 e 28 ottobre 2006, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁶ Le valutazioni politiche della Corte costituzionale sottese a tali decisioni si fondavano su esigenze di bilancio posto che esse riguardavano le nomine, i trasferimenti e i conferimenti di funzioni del personale della giustizia militare; il trattamento pensionistico dei magistrati e degli avvocati dello Stato; la pubblicità delle udienze per i procedimenti davanti alle Commissioni tributarie. Si può quindi dire che esse, per quanto criticabili in quanto prive di efficacia *ex tunc* quanto meno nel giudizio *a quo*, si fondavano pur tuttavia su esigenze di funzionalità («ordinamentali») del sistema.

Ben diverse, quindi, erano le valutazioni politiche (né ordinarie né istituzionali) sottese alle due decisioni di cui si parla nel testo.

⁷ Il ricorso della Corte dei conti è pubblicato in *Giur. cost.*, 1989, parte II, 943 ss.; le memorie delle parti sono invece pubblicate *ivi* 1989, parte I, p. 1842 ss.

⁸ V. ad es. la sent. n. 143 del 1968, in *Giur. cost.* 1968, pp. 2363 ss., spec. p. 2366.

⁹ Il ricorso della Corte dei conti e le successive memorie delle parti sono pubblicati in *Giur. cost.*, 1993, pp. 3845 ss.

¹⁰ Il ricorso della Regione Puglia può essere letto in calce alla sent. n. 127 del 1995, in *Giur. cost.* 1995, 1009 ss.

¹¹ A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel secolo XXI*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 898.

¹² A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo*, cit., pp. 898 s.

¹³ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit.

¹⁴ ...che è quella, per intendersi, con la quale «annunciò» l'incostituzionalità dei c.d. decreti Berlusconi, ma non la «dichiarò». In questa causa io difendevo la Rai con il prof. Paolo Barile e l'avv. Attilio Zoccali. Per una collocazione storica della decisione e per qualche ulteriore indicazione sul punto, mi permetto di rinviare a quanto da me scritto in A. Pace e M. Manetti, *Art. 21*, cit., pp. 593 ss.

¹⁵ Così P.A. Capotosti, *Tanto tuonò..., ma non piovette*, in *Giur.*

- cost., 1990, p. 2622, in nota all'ordinanza citata nel testo.
- ¹⁶ ...perché l'eventuale decisione (di accoglimento) di essa operò, in molteplici interviste dell'allora Presidente della Corte costituzionale Francesco Saja, come una spada di Damocle sul legislatore per indurlo ad approvare la legge di riforma del sistema radiotelevisivo entro l'estate del 1990. Il che appunto avvenne con la legge 6 agosto 1990, n. 223, parimenti deludente sotto il profilo del pluralismo televisivo a livello nazionale. In tale causa io difendevo l'ANTI. La causa fu discussa dinanzi alla Corte il 30 gennaio 1990; relatore fu il compianto giudice Ugo Spagnoli che aveva già redatto la motivazione della sent. n. 826 del 1988 cit. nella nota precedente. Per una contestualizzazione anche di questa vicenda v. ancora A. Pace e M. Manetti, *Art. 21*, cit., pp. 595 s.
- ¹⁷ Ripporto, a futura memoria, il testo dell'art. 1 della legge n. 140: «Non possono essere sottoposti a processo penale, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime: il Presidente della Repubblica, salvo quanto previsto dall'art. 90 della Costituzione, il Presidente del Senato della Repubblica, il Presidente della Camera dei deputati, il Presidente del Consiglio dei ministri, salvo quanto previsto dall'art. 96 della Costituzione, il Presidente della Corte costituzionale. // Dalla data di entrata in vigore della presente legge sono sospesi, nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 e salvo quanto previsto dagli articoli 90 e 96 della Costituzione, i processi penali in ogni fase, stato o grado, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime. // Nelle ipotesi di cui ai commi precedenti si applicano
- le disposizioni dell'art. 159 del codice penale».
- ¹⁸ Per critiche a tale disposizione, prima ancora del giudizio davanti alla Corte costituzionale, v. in ordine cronologico L. Carlassare, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in Aa.Vv., *Diritto e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, a cura di L. Carlassare, Atti del Convegno di Padova del 4 aprile 2003, Padova, Cedam, 2003, p. 39; A. Pace, *Conclusioni*, ivi, p. 187 ss.; A. Pugiotto, «*Lodo Maccanico*», una legge a rischio d'incostituzionalità, ivi, p. 195 ss.; S. Stammati, *Le immunità costituzionali: problemi attuali e tendenze di riforma*, relazione introduttiva al Seminario su «*I diritti fondamentali e le Corti in Europa*» tenuto il 6 giugno 2003 presso la LUISS, nell'ambito dell'Osservatorio Costituzionale curato dal compianto collega e amico S.P. Panunzio (www.luiss.it/semco-st/dirittifondamentali/newsletter.html); A. Pace, *Immunità politiche e principi costituzionali*, in Aa.Vv., *Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea*, Atti del Convegno del 14 e 15 luglio 2003, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, p. 108 ss., nonché in *Diritto pubblico*, 2003, pp. 393 ss.; G. Azzariti e R. Romboli, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 247 ss.
- ¹⁹ Così, ante litteram, C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 31. Questo importante passo del saggio di Esposito è stato ricordato, per primo, nel 2003, da F. Sorrentino, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, a cura di L. Carlassare,
- Atti del Convegno di Padova del 19-21 giugno 2003, Padova, Cedam, 2003, p. 221, e poi da me in *Immunità politiche e principi costituzionali*, locc. cit., rispettivamente pp. 108 s. e pp. 394 s. Giustamente, in questa luce, è stato sottolineato che la carica pubblica, nella specie, costituiva soltanto «il pretesto per assicurare il privilegio». Così G. Giostra, *Il "lodo Berlusconi" alla prova dei giudici*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2003, p. 827.
- ²⁰ Mi permetto di rinviare ad A. Pace, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 35 ss.
- ²¹ Il che contrasta frontalmente con quanto riferito da B. Vespa, *Storia d'Italia da Mussolini a Berlusconi*, Roma-Milano, Rai-Mondadori, 2004, pp. 510 s.
- ²² Si badi bene: la legge n. 140 era stata promulgata il 20 giugno e prevedeva, all'art. 9, l'entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione sulla G.U., avvenuta il 21 giugno, e ciò al fine specifico di «bloccare» la celebrazione del processo di Milano a carico dell'on. Berlusconi.
- ²³ Fiumara ed io avevamo già discusso insieme, esattamente due mesi prima, un altro importante giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri che aveva visto il ricorrente CSM, difeso da me, contrapporsi al Ministro *pro tempore* della Giustizia, on. Castelli, che si opponeva pervicacemente alla nomina del Presidente del Tribunale di Bergamo nella persona di un valente magistrato, il dott. Adriano Gallizzi (sent. n.380 del 2003, di accoglimento). Faceva parte del collegio decidente, in entrambi i giudizi, un altro *ex collega* di corso: il giudice costituzionale Alfio Finocchiaro, già autorevole presidente di sezione della Corte di cassazione. Di lì a poco il Presidente della

- Repubblica avrebbe nominato giudice costituzionale la prof. Maria Rita Saulle, anch'ella mia collega di corso, così come miei colleghi furono allora il prof. Lucio Valerio Moscarini e il prof. Franco Gaetano Scoca, per citare solo quelli con i quali ho avuto modo di discutere dinanzi alla Corte costituzionale.
- ²⁴ Non è frequente, ma nemmeno rarissimo, che la Corte diffonda la notizia dell'esito del giudizio prima del deposito in cancelleria della sentenza. Si fa luogo a questa pubblicità parziale e anticipata in caso di giudizi che rivestono grande importanza politica, il che serve ad impedire interventi, da parte...degli dei dell'Olimpo, quando la decisione è già stata raggiunta in camera di consiglio.
- ²⁵ Così S. Stamatii, *Una decisione condivisibile messa in forse da un impianto argomentativo perplessico e non persuasivo*, in *Giur. cost.* 2005, pp. 398 ss.; A. Pugiotto, *Sull'immunità delle "alte cariche"*, una sentenza di "mezzi silenzi". Dichiarate "assorbite" proprio le questioni più rilevanti, in *D&G*, n. 5, 2004, pp. 10 ss.
- ²⁶ V. le sentenze nn. 16 e 18 del 1982, 1146 del 1988, 388 del 1991, 62 del 1992 e 15 del 1996.
- ²⁷ V. La notissima sent. n. 1146 del 1988.
- ²⁸ L. Elia, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 394; nello stesso senso G. Giostrea, *Sospensione del processo a tutela della carica costituzionale? Strumento costituzionalmente e tecnicamente improprio*, in *D&G*, n. 5, 2004, 26.
- ²⁹ L. Elia, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, cit., p. 394.
- ³⁰ V. il mio articolo *Confermata la superiorità della Carta*, apparso su *Il Messaggero* del 14 gennaio 2004, p. 2, nell'immediatezza della diffusione del comunicato della Corte costituzionale.
- ³¹ L. Elia, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, cit., p. 394. In questo senso v. anche A. Pace, *La legge n. 140/2003 e i principi costituzionali violati*, cit., p. 33.
- ³² V. A. Masaracchia, *Lo strano caso del segreto di Stato sulla villa «La Certosa»*, in *Giur. cost.* 2005, pp. 4067 ss.
- ³³ Merita incidentalmente di essere ricordato che il contenuto del decreto del Ministro dell'Interno del 6 maggio 2004, appositivo del segreto di Stato, veniva, a sua volta, classificato «segreto» nella lettera del 2 ottobre 2004, con la quale il Ministro dell'Interno-Gabinetto del Ministro-Segreteria speciale, lo trasmetteva alla Procura di Tempio Pausania..
- ³⁴ Il ricorso e le successive tre memorie prodotte dalla Procura di Tempio Pausania sono riportate in *Giur. cost.*, 2005, pp. 3962 ss.
- ³⁵ V. le osservazioni, tutte fortemente critiche, di L. Elia, *Villa «La Certosa»: una inammissibilità che non convince*, di R. Chieppa, *Una discutibile cessazione della materia del contendere su apposizione di segreto di Stato*, di F. Sorrentino, *Inammissibilità del conflitto per cessazione della materia del contendere?*, e di P. Pisa, *Segreto di Stato: un caso anomalo*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 3983 ss.
- ³⁶ Ciò risulta, per quanto riguarda il Ministero, dalla I e dalla II memoria della Procura, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 3974 ss., e per quanto riguarda l'Avvocatura generale dello Stato, dalla stessa motivazione dell'ord. n. 404.
- ³⁷ Nella citata sent. n. 150 del 1981 (rel. Paladin) – più volte richiamata nella successiva giurisprudenza – la Corte aveva chiaramente impostato il problema della *perpetuatio iurisdictionis*, in un'ipotesi ben più controvertibile del caso concluso prematuramente con l'ord. n. 404. Sottolineò allora la Corte di aver già in precedenza chiarito che la pronuncia di cessazione della materia del contendere s'impone solo «quando l'atto denunciato risul-
- ti annullato *ex tunc*, facendo implicitamente venir meno le affermazioni di competenza che avessero dato luogo al conflitto e privando in tal modo il ricorrente dell'originario interesse ad ottenere una decisione sull'appartenenza del potere contestato». E, nel respingere il ricorso del Pretore di Genova, così la Corte concludeva la sua argomentazione: «Ne segue che il Pretore non ha annullato *ex tunc* l'ordinanza del 25 febbraio 1977, la quale ha pur sempre prodotto una serie di effetti quanto meno nell'ambito della competenza territoriale di quel giudice. E non vi è stato nemmeno un riconoscimento – sia pure implicito – che l'attribuzione contestata spettasse al potere esecutivo o non potesse comunque venire esercitata dal Pretore (...). Malgrado la sorte dell'atto impugnato, residua perciò l'interesse del ricorrente ad ottenere quella decisione sulla spettanza delle attribuzioni in contestazione, che rappresenta – specialmente nei conflitti tra i poteri dello Stato – l'oggetto principale del giudizio di questa Corte, in base all'art. 38 della l. n. 87 del 1953».
- ³⁸ G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2006, 130 s.
- ³⁹ A. Pace, *L'ultimo monito di Carlo Esposito e le «lezioni» della Corte costituzionale*, in *Aa.Vv., Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 711.
- ⁴⁰ V. già, in questo senso, il mio *Corte costituzionale e «altri» giudici tra «garantismo» e «sensibilità» politica*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, pp. 593 ss.
- ⁴¹ Le parole del Chief Justice Hughes sono riportate da W.H. Rehnquist, *The Supreme Court*, New York, Knopf, 2001, p. 128: «Un aumen-

to del numero dei giudici della Corte suprema, a parte ogni questione di principio su cui non voglio discutere, non aumenterebbe l'efficienza della Corte (...). Ci sarebbero più giudici da ascoltare, più giudici con i quali conferire e discutere, più giudici da convincere e con i quali decidere. Si è ritenuto che l'attuale numero dei giudici sia ampio abbastanza perché la Corte possa affrontare prontamente, adeguatamente e sufficientemente il lavoro che essa è chiamata a svolgere...».

Auspica la riduzione del numero dei giudici costituzionali anche G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., p. 69.

⁴² V. le attente considerazioni sul punto di A. Pertici, *Astensione e ricusazione dei giudici costituzionali: ragioni e limiti della loro esclusione ed ipotesi di una loro introduzione*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3105 ss.

⁴³ Cfr. gli interventi, in vario senso, riportati in Aa.Vv., *L'opinione dissenziente*, a cura di A. Anzon, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, il 5 e il 6 novembre 1993, Milano, Giuffrè, 1995. In particolare, v. A. Anzon, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, ivi, pp. 430 ss., spec. 435 e 437.

⁴⁴ Nella mia esperienza di avvocato mi è raramente capitato di leggere una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale con tanti *obiter dicta* di segno opposto, come la sent. n. 326 del 1988 (red. Onida), sulla quale v. criticamente F. Modugno, *La posizione dei consorzi di bonifica nell'ordinamento vigente. (Un commento critico alla sent. n. 326 del 1988 della Corte costituzionale)*, in *Giur. it.*, 1988, I, 2241 ss. e S. Bartole, *È possibile superare le ambiguità apparentemente presenti nella posizione della Corte costituzionale in materia di consorzi di bonifica?*, in

Giur. cost., 1998, p. 2390. Con la conseguenza, derivante appunto dalla perplessità della motivazione della decisione della Corte (con la quale era stata pressoché interamente annullata una legge della Regione Marche che trasferiva alle Province le funzioni dei consorzi di bonifica), che il Consiglio di Stato, giudicando su un'ipotesi applicativa dei principi contenuti nella sent. n. 326 del 1988 della Corte, fece suoi gli ambigui *obiter dicta* e non l'effettiva *ratio decidendi* della pronuncia. V. sul punto Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2003, n. 4286, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 2316 (solo massima).

⁴⁵ Così il noto giudice federale e autorevole giurista Learned Hand, *The Bill of Rights*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1958, p. 72, citato criticamente, con buoni argomenti, da A. Scalia, *Remarks on Dissenting Opinion*, in Aa.Vv., *L'opinione dissenziente*, cit., p. 413.

⁴⁶ Così G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., p. 69.

⁴⁷ G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, p. 92, rileva giustamente, alla luce della sua esperienza, che «(q)uando tra i giudici si constata irrigidimenti, costituzionalmente immotivati o artificiosamente argomentati, è facile pensare che ciò dipenda da fedeltà improprie. L'arrampicarsi sugli specchi in camera di consiglio è sempre un brutto segno così come lo è, al contrario, il rinunciare a motivare la propria posizione, per esprimere solo un voto brutto, come per stendere un velo sulle vere ragioni che spingono ad agire». Ciò nonostante, Zagrebelsky (*op. cit.*, pp. 70 s.), si esprime, sia pure problematicamente, contro l'introduzione del voto separato. Il che lascia perplessi.

⁴⁸ Così G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, cit., p. 71.

⁴⁹ Così, ancora, A. Scalia, *Remarks on Dissenting Opinion*, cit., p. 422, che sottolinea come questo aspetto positivo del sistema della *dissenting opinion* sfugga alla pubblica attenzione.

La Corte costituzionale vista «di là dal banco»

MASSIMO LUCIANI

1. - Già in altra occasione mi era capitato di osservare che in Italia è tutt'altro che frequente l'analisi in prospettiva storica delle questioni della giurisprudenza costituzionale (*Prefazione* a A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, XVII sg.; parzialmente riprodotta, con il titolo – redazionale – *La storia come categoria analitica*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 3/2006, 666 sg.). Qualche ricostruzione complessiva del ruolo della Corte e delle trasformazioni esperite dalla sua collocazione nel sistema istituzionale, certo, c'è stata (cfr., in particolare, C. Rodotà, *Storia della Corte costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999), ma studi organici dei vari filoni giurisprudenziali sono stati tutt'altro che frequenti (da ultimo, oltre ad A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, cit., v. i numerosi volumi pubblicati, con il concorso della Corte costituzionale e di altre istituzioni, per i cinquant'anni della Corte stessa).

Le ragioni di questo atteggiamento del-

la dottrina sono molteplici. Qualche eccesso di dogmatismo (cui nella letteratura più recente fa oggi da contraltare, per speculare reazione, un difetto di inquadramento dommatico del diritto positivo), certo, ha pesato, e certo ha avuto un ruolo anche un eccesso di fortuna del genere «nota a sentenza» intesa come commento alla *singola* pronuncia (sul punto, v. M. Luciani, *Le note a sentenza e l'esperienza di «Giurisprudenza costituzionale»*. *Prime riflessioni*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Milano, Giuffrè, 2006, 445 sgg.). Quel che più ha influito, tuttavia, è a mio avviso la (sotterraneamente) perdurante vitalità dell'idea della giurisdizione come attività di meccanica applicazione della legge (o di qualunque altra fonte, Costituzione compresa), a lungo assai radicata nei paesi di *civil law*, nei quali per molto tempo ci si è abituati a considerare i mutamenti della giurisprudenza come meri riflessi (registrazioni) delle trasformazioni

del diritto positivo, senza connessione con l'evoluzione del quadro sociale, politico, economico. Né si deve trascurare la pressochè totale assenza di una tradizione di «storia giudiziaria», volta ad indagare la personalità dei singoli giudici, gli equilibri interni ai collegi, *etc.*

2.- Se è largamente mancata una storia dei giudici e della giurisprudenza costituzionale, a più forte ragione è mancata una storia della difesa tecnica innanzi la Corte: una storia, insomma, del rapporto fra giurisprudenza costituzionale e avvocatura (ho cercato di svolgere qualche riflessione sui profili – diciamo così – teorici di questo rapporto in *L'avvocatura del libero foro e la Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2006).

Per la verità, almeno l'esame degli scritti difensivi delle parti sarebbe sempre molto utile, per non dire doveroso, per comprendere la vera sostanza degli interessi e della posta in gioco nei vari giudizi costituzionali. È proprio leggendo quelle difese, poi, che è possibile capire se e dove la Corte sia stata reticente o audace; se e quanto abbia risposto a tutti gli interrogativi posti nel corso del giudizio; se e in che misura abbia replicato agli argomenti delle parti. Qualche volta, va detto, gli annotatori mostrano di aver considerato la produzione delle parti, e qualche volta alcuni scritti difensivi sono pubblicati nelle riviste specializzate (è quanto è accaduto, in alcune occasioni, in *Giurisprudenza costituzionale*). Anche se vi è qualche segno di una più chiara consapevolezza dell'importanza della questione (v., da ultimo, L. Casini, *La prima sentenza della Corte costituzionale: le memorie processuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

2006, 13 sgg., ove si commentano – alleghandole – le memorie redatte, appunto, in occasione della prima controversia decisa dalla Corte), tuttavia, l'attenzione per la posizione e per gli argomenti delle parti resta alquanto occasionale e costituisce meno la regola che l'eccezione.

Sarebbe quindi molto utile far maturare la consapevolezza che le questioni di costituzionalità non si capiscono soltanto leggendo le pronunce che le hanno definite, così come sarebbe molto utile una storia del rapporto tra Corte e avvocatura.

Nel *call for papers* che il direttore di questa *Rivista* mi ha inviato, si prospetta la costruzione di un primo frammento di questa storia attraverso la raccolta delle considerazioni di alcuni «professori-avvocati» (per dirla con lo stesso Lacchè), caratterizzati da una qualche dimestichezza con la giurisdizione costituzionale, sul ruolo e sul funzionamento della Corte. Sulla Corte, insomma, vista «dall'altra parte del banco».

Sinora ho avuto modo di seguire (se i miei calcoli sono esatti) un po' più di cento giudizi costituzionali, tra incidentali, principali, per conflitto di attribuzione (sia tra enti che tra poteri), di ammissibilità di richieste di *referendum* abrogativo, da che (assai tardi, per la verità) ho affiancato l'attività professionale a quella di ricerca e di insegnamento, e sulla base di questa relativamente limitata esperienza (alla quale, però, mi piace aggiungere, perché maturata in una prospettiva completamente diversa, quella di assistente di studio di due giudici di finissima sensibilità giuridica e di ferrea dirittura morale come Alberto Malagugini e Ugo Spagnoli) credo di poter rispondere come segue almeno ad alcuni dei quesiti postimi dalla *Rivista*.

2.1. - Quanto al rapporto fra Corte costituzionale e società, e in particolare alla possibilità che la prima continui, ancora oggi, ad esercitare una «funzione educativa» sulla seconda, credo che la risposta dipenda molto dalla capacità della Corte di «chiamarsi fuori» rispetto alla contingenza della discussione politica occasionale. Solo una Corte capace di far valere la costanza dei principi costituzionali a fronte della volatilità e dell'occasionalità degli interessi politici del momento ha qualche *chance* di orientare la formazione dell'opinione pubblica nella prospettiva dei valori costitutivi dell'identità del nostro ordinamento.

Per far questo, tuttavia, c'è bisogno di una ferma volontà di affrontare direttamente qualunque problema, che nella storia della Corte non sempre è stato possibile registrare. La stessa crisi del giudizio incidentale dimostra, credo, la dimensione del problema.

In tutte le ultime conferenze stampa di fine anno, i Presidenti della Corte hanno messo in luce l'esplosione del contenzioso tra Stato e Regioni che ha accompagnato l'avvento del nuovo Titolo V. Non si è però notato con la stessa forza che ai fasti di quel contenzioso si accompagnava anche la contrazione (specie qualitativa) del sindacato incidentale. Questa contrazione mi sembra imputabile a due fattori.

Il primo è l'eccesso nell'applicazione del principio dell'interpretazione conforme a Costituzione. La stessa Corte ha duramente censurato i giudici che non avevano adeguatamente sondato la possibilità di un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni legislative da applicare, e questo, certo anche al di là delle intenzioni, ha contribuito a far maturare l'abitudine di condur-

re le possibilità interpretative del testo normativo anche oltre il loro limite estremo, sicché l'interpretazione conforme a Costituzione ha finito per sostituire la (necessaria) richiesta di una pronuncia del giudice costituzionale.

Il secondo è il sentimento di frustrazione che è nutrito dai giudici che si vedono sbarrato lo scrutinio nel merito delle loro questioni per un eccesso di rigidità nel vaglio dei requisiti di ammissibilità o - non si può certo escludere che, come frequentemente ha osservato la dottrina, talora sia andata proprio così - perché il problema che era stato posto era «scomodo» e sembrava opportuno rinviarne la soluzione. Anche questo, è chiaro, ha avuto effetti disincentivanti sull'accesso alla giustizia costituzionale.

L'interpretazione conforme a Costituzione e il controllo scrupoloso dei requisiti di ammissibilità delle questioni erano stati concepiti come strumenti per consentire la penetrazione della Costituzione a tutti i livelli dell'ordinamento e per la costruzione di un corretto rapporto tra la Corte e i «suoi» giudici: condotti all'eccesso, però, essi si rovesciano nel loro contrario, e possono determinare un appannamento del ruolo della Corte e la diminuzione della sua capacità di dialogare (anche in funzione «educativa», appunto) con gli altri operatori del diritto e con tutta l'opinione pubblica.

Aggiungo che, proprio nella chiave del dialogo, va vista con favore la giurisprudenza che ha ampliato l'accesso al processo costituzionale (si pensi, in particolare, all'accesso al giudizio di ammissibilità referendaria anche di soggetti diversi dai promotori, il che è importantissimo specie quando il Presidente del Consiglio non si

costituisce: ricordo ancora l'imbarazzo che si prova nell'essere costretto, in assenza di contraddittorio, a prospettare alla Corte tutte le possibili eccezioni di inammissibilità di una richiesta di *referendum*, per poi cercare di contestarle). Specularmente, va considerato con qualche preoccupazione un recente indirizzo – che sembra maturarsi – assai restrittivo in tema di intervento nei giudizi incidentali.

2.2.- Quanto al rapporto con gli altri poteri costituzionali, che la Corte svolga una funzione arbitrale non è certo una novità e – anzi – è una diretta conseguenza della scelta, operata già dalla Costituzione, di affiancare strumenti tipici della *Staatsgerichtsbarkeit* a strumenti propri della *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Semmai, quel che c'è di nuovo è l'aumento della conflittualità e la sua estensione a quasi tutti i settori dei rapporti istituzionali (rapporti magistratura-Governo; magistratura-Parlamento; Presidente della Repubblica-Governo, etc.). Qui vi sono sia ragioni di preoccupazione che di ottimismo.

La preoccupazione sta, evidentemente, nel fatto che il moltiplicarsi del contenzioso può essere la spia di un malessere delle istituzioni e di un indebolimento dello spirito di leale collaborazione. L'ottimismo, però, lo ravviso nella giuridicizzazione/formalizzazione dello scontro, che ha il pregio sia di consentire una soluzione diversa da quella della prevalenza del più forte, sia di rendere trasparente – e accessibile al controllo della pubblica opinione – la contesa.

2.3.- Quanto, infine, al rapporto fra giurisprudenza costituzionale e dottrina (e avvocatura), che potrei sintetizzare nella formula «chi ha influenzato chi?», la risposta

da dare, per banale che sia, è che un saldo dei debiti e dei crediti non lo si può fare.

Per ciò che riguarda i rapporti con l'avvocatura, è evidente che le parti orientano le proprie difese e anche il loro stesso modo di concepire la controversia a seconda del quadro di principi che la giurisprudenza costituzionale aveva già prima contribuito a disegnare. Nondimeno, chi volesse studiare seriamente qualche causa potrebbe cogliere, talvolta, il debito della Corte nei confronti della difesa dell'una o dell'altra parte, testimoniato dalla continuità tra argomenti difensivi e svolgimento logico della motivazione della pronuncia finale.

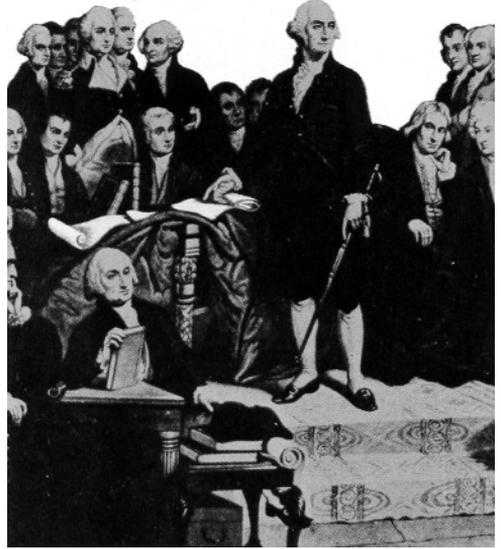
Quanto alla dottrina, le cose sono ancora più complicate. Direi che l'andamento dei rapporti con la Corte è stato altalenante. Per una lunga fase è stata la dottrina che ha svolto la funzione di pungolo nei confronti della giurisprudenza costituzionale, contribuendo a metterne in luce l'eccessiva timidezza, specie in materia di diritti di libertà, e la troppo rigida connessione con una tradizione dommatica (quella della giuspubblicistica di ascendenza tedesca di fine Ottocento) ormai inesorabilmente invecchiata. Altre volte, però, è stata la Corte a sollecitare un ripensamento delle categorie giuridiche più tradizionali: farei l'esempio della giurisprudenza sul nuovo Titolo V, in particolare per quel che riguarda la ripartizione per materia delle competenze, e anche quello di alcune sentenze in materia di libertà di coscienza.

3.- Concludo con qualche osservazione suggerita specificamente dalla prospettiva dell'avvocato. Cosa chiede un avvocato alla Corte? Lasciamo stare l'ovvia battuta che

l'avvocato chiede di vincere: quel che davvero chiede è che la Corte gli *risponda*.

La risposta della Corte, è ovvio, non è solo il *decisum*, ma anche e - in questa chiave - soprattutto la motivazione. Quel che maggiormente delude il difensore è la mancanza di una risposta ai suoi argomenti. Da questo punto di vista, quella che lascia l'amaro in bocca è soprattutto, la (non) motivazione *ex auctoritate*. Si pensi ad una questione che sia «coperta» - come in gergo si dice - da qualche, eventualmente saldo, precedente. Può succedere che la Corte si limiti a ribadire quei precedenti senza replicare agli argomenti del difensore, che magari aveva cercato di dimostrare come quei precedenti fossero da disattendere perché inconferenti, o non (più) condivisibili. Questo, credo, costituisce un cortocircuito in quel rapporto dialogico tra giudice e difensore che gli stessi Presidente della Corte hanno tante volte enfatizzato nelle loro conferenze stampa di fine anno e mette in dubbio l'effettiva sussistenza della häberliana società aperta degli interpreti della Costituzione, che in tanto può vivere e svilupparsi, in quanto sia costantemente nutrita dal confronto, anche critico, fra tutti gli appartenenti alla comunità degli esegeti del testo costituzionale. Il confronto, insomma, può anche essere duro. Ma non deve mancare.

Fondamenti



Un diritto «allo stato fluido».

Note storico-giuridiche su *aequitas* e ragionevolezza*

FERDINANDO MAZZARELLA

Quando, pertanto, rifiuto di obbedire ad una legge ingiusta, non nego affatto alla maggioranza il diritto di comandare; faccio appello soltanto dalla sovranità del popolo alla sovranità del genere umano. Vi sono alcuni che hanno osato affermare che un popolo, nelle questioni che interessano lui solo, non può mai, per definizione, uscire dai limiti della giustizia e della ragione, e quindi non si deve temere di dare tutto il potere alla maggioranza che lo rappresenta. Ma questo è un linguaggio da schiavi [A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, cap. VII, *Tirannide della maggioranza*]

1. *Storicità ed esperienza nello «stato fluido» del diritto*

Nel 1929, fra le pieghe del suo fortunato saggio su *Il diritto dei privati*, Widar Cesari-Sforza (1886-1965) distingueva due tipi di ordinamento: un primo tipo nel quale «le norme giuridiche non sono permanentemente differenziate da principi etici o, in genere, extragiuridici, e che corrispondono ad organizzazioni allo stato fluido o dif-

fuso»; un secondo tipo nel quale «le norme hanno un preciso valore giuridico, e che corrispondono ad organizzazioni specializzate, ossia allo stato solido» (pp. 29 ss.). L'azione di un'autorità, in primo luogo quella statale, avrebbe determinato una cristallizzazione dei rapporti giuridici, una trasformazione del diritto dallo «stato fluido» allo «stato solido».

Perciò – era il suggerimento del giurista emiliano – occorreva non solo valorizzare il diritto prodotto dalle organizzazioni diffuse (ordinamento dei giuochi, comunità sportive, cavalleria, etc.), ma anche impedire al diritto, una volta divenuto «solido» per l'intervento dell'autorità, di diventare granitico. Fuor di metafora, si sosteneva

* In considerazione della occasione, il cinquantenario della Corte Costituzionale, da cui hanno tratto origine le presenti *Note*, si è scelto di privilegiare il dialogo con i giuristi positivi. Perciò si è ritenuto che potesse essere utile, anche a costo di una certa sommarietà, muoversi lungo un arco temporale particolarmente ampio, al fine di offrire qualche riferimento storico che potesse contribuire a meglio comprendere il tema della ragionevolezza.

che un ordinamento, per quanto codificato potesse essere il suo diritto, mai avrebbe dovuto sottrarsi al confronto con l'esperienza, sottovalutare il *lebende Recht*, rinunciare a un'interpretazione adeguatrice.

Sotto questo profilo, l'entrata in funzione in Italia della Corte Costituzionale, nel 1956, fu l'evento che creò i presupposti per rendere effettivo e concreto anche il testo della Costituzione, per trasformare l'astrattezza della lettera costituzionale in esperienza giuridica quotidiana, in maniera tale, per dirla con Orestano (1909-1988), da ottenere un collegamento virtuoso fra «le più varie manifestazioni del 'giuridico' (fatti, situazioni, rapporti, strutture, istituzioni, produzioni normative, norme, adeguamenti spontanei o coatti e anche negazioni, attuazioni imposte e contravvenzioni, giudizi, forme coercitive di esecuzione e di repressione, e quanto altro si abbia a volere considerare ad esso riferibile e riferito; dal cosiddetto 'diritto dei privati' alle relazioni inter-ordinamentali, interne ed esterne, nella convivenza, nella pace, nei conflitti)» (Orestano 1985, p. 981).

Neppure la Carta Costituzionale, in altri termini, poteva considerarsi un punto di arrivo; era semmai, come ogni testo cartaceo, un punto di partenza, il parametro sul quale valutare la legittimità della legislazione ordinaria, ma un parametro da riempire e interpretare nel tempo in maniera conforme alle condizioni economico-sociali, alla coscienza giuridica, al patrimonio di valori spontaneamente formatosi. Una carta costituzionale – aveva già notato Santi Romano (1875-1947) – «non può avere che il compito, proprio di tutte le leggi, di raccogliere e dichiarare il diritto quale si è venuto lentamente e spontanea-

mente elaborando» e i suoi articoli vanno letti come «intestazioni di libri», in cima a «pagine bianche», da riempire con «i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola l'evolversi della nostra vita pubblica»: il diritto pubblico – e si noti qui l'assonanza con Cesarini Sforza – non può essere codificato perché è un diritto «allo stato, per dir così, fluido» (Romano, *Le prime carte*, pp. 163-165).

Nel 1959, dopo che le Corti avevano rimediato all'«ingiustizia legalizzata» delle persecuzioni razziali, anche Kaufmann vedeva nella storicità un connotato fisiologico del diritto, perché non si poteva rincorrere un diritto supertemporale, meta-storico ed eterno, ma «si consegue tuttavia ciò che si può in un luogo e momento determinato: *il diritto storicamente giusto*» (Kaufmann 1959, p. 196). Si era in piena «crisi del diritto» (Tarello 1957), in piena polemica con i dogmi legalistici, ma la Corte costituzionale italiana, proprio quello stesso anno, 1959, sentiva di dover escludere che fra i suoi compiti ci fosse quello di accertare «se la legge sia giusta, equa, opportuna, completa, tecnicamente ben fatta, etc.», inerendo, questo tipo di considerazioni, a un campo «riservato all'esclusivo apprezzamento del legislatore» (sentenza 15 luglio 1959, n. 46).

2. *Fra testo e realtà, la ragionevole mediazione della Consulta*

Tuttavia, già col passaggio da un'idea di eguaglianza formale ad una di eguaglianza sostanziale, con una valutazione sulla ragionevolezza del motivo che aveva portato il

legislatore a diversificare una fattispecie dall'altra, sorgeva legittimo il dubbio che l'esame della Corte non si esaurisse nella costituzionalità formale della legge, perché implicava valutazioni penetranti, a cominciare dalla scelta sulla *diversità* delle situazioni considerate o sulla *identità* della *ratio*, «uno scrutinio di costituzionalità più complesso e pervasivo di quello diretto a sanzionare solo le discipline internamente contraddittorie» (Scaccia 2000, p. 42). Già il collegamento fra principio di eguaglianza e parametro di ragionevolezza generava un campionario di processi argomentativi che consentivano alla Corte di sindacare la conformità di una legge rispetto al patrimonio giuridico complessivo, più o meno esplicitamente positivizzato, dell'ordinamento. Già questo bastava a sbiadire l'idea che la Corte costituzionale, ma più in generale le varie componenti di un ordinamento giuridico, si muovessero in un'ottica di tradizionale positivismo giuridico, perché la scienza giuridica e l'interpretazione giurisprudenziale erano lungi dallo svolgere una mera attività logica e perché non poteva parlarsi, per la giurisprudenza (nemmeno costituzionale), di un «atteggiamento avalutativo ... o eticamente neutrale» (Bobbio 1972, p. 106).

Col tempo, è divenuto chiaro che la Corte costituzionale non solo accerta, mediante processi di argomentazione razionale, la violazione del principio di eguaglianza, ma sanziona anche la contraddittorietà estrinseca di un provvedimento legislativo, la difformità della normativa dall'ordine costituzionale, l'ingiustificato sacrificio di un interesse. Essa dunque di volta in volta bilancia, pondera, valuta quale interesse debba essere sacrificato e quale principio ritenersi prevalente. Il che essa

fa, ovviamente, con un'adeguata argomentazione, che però si ispira non solo alla logica dimostrativa, ma anche, appunto, a criteri di ragionevolezza, perché si permea, dal momento che tiene nel dovuto conto le conseguenze dell'interpretazione, di scelte assiologiche, di «controlli di pertinenza e proporzionalità», di «valutazioni impegnative sul piano etico», di «considerazioni di "giustizia"» (Scaccia 2000, p. 20).

I principi costituzionali – è stato perfino osservato – postulerebbero una «realizzazione la più ampia possibile in relazione con le possibilità giuridiche, dunque segnatamente in relazione a principi opposti» (Alexy 2002, p. 41), perché i «Grundrechte» sarebbero norme di principio da considerare come «Optimierungsgebote», come precetti di ottimizzazione, nel senso che la loro più o meno completa realizzazione dipenderebbe dalle possibilità di fatto e di diritto in concreto esistenti (Alexy 1986, pp. 100 ss.). Le possibilità di fatto dipenderebbero a loro volta dal contesto socio-economico e dal momento storico, quelle di diritto dalla esistenza di altri principi, più o meno forti, con quelli collidenti.

La Corte costituzionale media quindi fra testi e contesti applicativi, scegliendo la soluzione più corretta «nella dialettica tra disposizioni costituzionali (assunte come norme che positivizzano valori fondamentali), disposizioni legislative, contesti» (Morrone, *Principio*, 2002, p. 287). In questo senso l'interpretazione ragionevole della legge conduce ad una verifica della sua legittimità alla luce di «elementi estrinseci alla nuda volontà legislativa» (*Ibidem*, p. 294), è una mediazione fra *lex* e *factum*, un sindacato che comprende «il giudizio di eguaglianza-ragionevolezza, il giudizio di

razionalità, il ragionevole bilanciamento di interessi» (Morrone, *Il Custode*, 2001), tre forme distinte che però – si badi bene – possono accomunarsi per l'implicazione di «scelte di valore, che comprendono processi di valutazione del diritto mediante l'argomentazione, condotta – è questo l'aspetto saliente – essenzialmente in funzione attuativo-applicativa, ossia in vista dei contesti o della realtà concreta» (Morrone, *Principio*, 2002, p. 286).

3. Ragionevolezza e interpretazione

Dinanzi a tale prospettiva, sono state sollevate «gravissime ragioni di dubbio» sulla eventualità che la Corte «possa anche sindacare la legittimità delle leggi sulla base di parametri esterni all'ordinamento», perché il suo compito sarebbe «quello di decidere alla stregua della Costituzione stessa, sia pure interpretata e reinterpretata di continuo» (Paladin 1997, p. 906). Ma è proprio questo il punto: l'interpretazione.

La Costituzione non è un *Dictatus* di proposizioni univoche, totalizzanti e monotetiche, perché contiene, come diceva Romano, un diritto «allo stato fluido», come «quelle sottili essenze, che riescono a svanire dal vaso più ermeticamente chiuso» (*Le prime carte*, p. 165). L'idea di positivizzare per intero, in una Carta costituzionale, la cifra morale di una civiltà è fallace come lo era stata la convinzione di relegare in un Codice l'intero diritto privato: è una negazione dello scorrere del tempo e della stessa storicità del diritto. E lo è ancor di più se si considera che il carattere pluralistico delle Costituzioni democratiche comprime al minimo i casi di giudizi ava-

lutativi, di giudizi cioè obbligati, meccanici, evidenti.

Sembra allora che il giurista contemporaneo continui a soffrire di un complesso di colpa nel riconoscere la portata creativa dell'attività ermeneutica, sia ancora parzialmente vittima di quella «mitologia giuridica» (Grossi 2001) che gli impedisce di affermare senza mezzi termini che mediante la ragionevolezza la Corte costituzionale, gli altri giudici e ogni altro interprete, introducono nell'ordinamento elementi di valutazione provenienti dall'esperienza, dal senso comune, da combinazioni di principi e valori costituzionali che possono cambiare nel tempo e che generano un preciso (e non unico) orientamento. Criteri sovente definiti metagiuridici o extragiuridici, ma più semplicemente criteri non legislativi, che consentono un'aderenza alla realtà – pluralista, dinamica e multiforme – di gran lunga maggiore di quella ottenuta dal legislatore contemporaneo con una legislazione tanto più alluvionale e frammentaria, quanto più ingovernabile e schizofrenica. Il giudice si presenta per quello che è, né un matematico né un pesatore, ma un «*interprete attivo* della cultura, della coscienza sociale, dei principi e dei valori del suo tempo» (Taruffo 2002, p. 154), artefice di una lettura delle norme immersa nelle cose, in un contesto storico concreto fatto di valori, prassi, linguaggio, condizioni socio-economiche, esperienza, riferimenti etici.

In antitesi ad un'idea formalistica e deduttivistica dell'interpretazione giudiziaria, ad una concezione legalistica e assolutistica del diritto, la ragionevolezza rappresenta un appiglio extralegislativo, conferma la storicità del diritto, la sua dimensione sociale, ontica e temporale. Una

dimensione che la cultura legalistica ha condannato ad uno stato di timidezza cronica, relegandola in un cantuccio dal quale operare, clandestina e silenziosa, ma che fino all'avvento, nel XIX secolo, dell'«assolutismo giuridico» panlegalista aveva occupato un posto di primo piano nei processi di produzione giuridica.

4. Aequitas, ratio e interpretatio

Nella costituzione giuridica medievale, ad esempio, la mancanza di una dimensione totalizzante e onnicomprensiva del politico aveva lasciato alle forze sociali, economiche e culturali il compito di realizzare e compiutamente sistemare l'universo giuridico (cfr. Grossi 1996). Lo «stato fluido» del diritto, la sua aderenza alla realtà e alla concretezza, era assicurato dall'azione incessante di fonti non accentrate ma diffuse, non occasionali ma costanti, a cominciare, appunto, dalla *interpretatio*. Era *interpretatio* quella offerta dalle consuetudini, era *interpretatio*, in omaggio ad una concezione del potere pubblico come *iurisdictio*, quella del *princeps*, la cui attività, difatti ritenuta giurisdicente, avrebbe dovuto esaurirsi, secondo l'immagine di Cino da Pistoia (1270?-1336/1337), nel passaggio dalla «materia argentea» al «cyphus argenteus» (*de legibus et constitutionibus Principum et edictis* l. *Inter aequitatem*, C.1.14.1, fol. 25r). Era *interpretatio* quella del *iudex*, ma era *interpretatio*, soprattutto, quella dei giureconsulti, veri artefici di un diritto «iustum» perché aderente alla realtà delle cose.

In questa dimensione interpretativa, i Glossatori e i Commentatori, con il largo

impiego della categoria dell'*aequitas*, altro non facevano, in fondo, che richiamare un complesso di principi alla luce dei quali esplicitare il *ius* («iustitiae fons et origo est aequitas», diceva Martino, p. 4, nota a), contribuendo in maniera determinante alla trasformazione dell'*aequitas* in *iustitia*: «differt autem aequitas a iustitia; aequitas enim in ipsis rebus percipitur que, cum descendit ex voluntate, forma accepta fit iustitia» (Irnerio, p. 1). Lungo il solco della tradizione giustiniana, l'*aequitas* galleggiava su un piano sovraordinamentale e astratto, si collocava su un piano metafisico, talvolta religioso («nihil enim aliud est equitas quam Deus»: Martino, p. 4, nota a), identificata con la *ratio naturalis*. Da qui, secondo la celebre spiegazione di San Tommaso (1225ca.-1274), la convinzione che la legge dovesse essere razionale («lex est aliquid rationis») e che tale razionalità andasse misurata in base alla conformità della *lex* a un *ius* naturale conoscibile dall'uomo attraverso l'uso della ragione:

quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et quid malum, quod pertinet ad naturalem legem, nihil aliud est quam impressio divini luminis in nobis
[*Summa Theologiae*, 1.2, q. 91, art. 2].

Il fatto è che l'*aequitas*, proprio in forza del suo collegamento con la *ratio* (Cortese 1962, pp. 289 ss.), lungi dall'esaurirsi in un ideale astratto, forniva agli interpreti – *princeps*, *universitas*, *iudex*, *iurisperitus* – contenuti ragionevoli perché suggeriti dall'ordine sottostante: la ragionevolezza del *ius* dipendeva dalla sua corrispondenza ad un ordine, sociale e in quanto tale giuridico, che l'interprete avrebbe potuto leggere e conoscere mediante la *ratio* (Grossi, *Modernità*, 1998, pp. 449-450). Ciascun

precepto, pertanto, avrebbe dovuto presentare una *causa finalis*, meglio ancora una *ratio legis*, che, per essere tale, avrebbe dovuto riflettere la realtà delle cose, unire e realizzare sia l'*aequitas* che l'*utilitas publica* (Cortese 1992, pp. 473 ss.).

L'interprete era dunque chiamato a individuare il contenuto etico della *lex*, a ricostruire le sue finalità sociali, a prevedere le conseguenze della sua applicazione, secondo alcuni a verificare perfino che il *princeps* avesse correttamente mediato fra principi metagiuridici dell'*aequitas* e realtà da disciplinare:

conditae leges intellegendae sunt benignius, ut mens earum servetur et ne ab equitate discrepent: legitima enim precepta tunc demum a iudice admittuntur cum ad aequitatis rationem accommodantur

[*Summa Trecensis*, in Fitting, p. 16].

Tali operazioni, com'è ovvio, conferivano all'interprete una significativa licenza ermeneutica nell'adeguamento del *ius* alla realtà storica e alle mutevoli esigenze economico-sociali. Il diritto, infatti, si sarebbe determinato, a livello normativo ed applicativo, per il tramite di una interpretazione ragionevole, perché avrebbe dovuto essere conforme a *rationes* suggerite dall'ordine sottostante, a cominciare dalle logiche dell'eguaglianza: «*aequitas est rerum, id est obligationum convenientia, que in paribus causis, idest negotiis, paria iura desiderat*» (Martino, p. 4, nota a). La *ratio aequitatis* imponeva l'eguaglianza sostanziale («*dicitur equitas quia equalitas*») e l'applicazione della stessa norma ai casi uguali («*ubi eadem ratio, ibi idem ius*») o simili (*extensio de similibus ad similia*). Il conseguimento di un efficiente *ordo iuris* era così raggiunto per il tramite di una continua ela-

borazione e reinterpretazione del materiale consuetudinario e di quello legislativo in forza di *rationes* rinvenute nei testi e di precepti desunti dall'*aequitas*, dalla *ratio aequitatis*, dalla *ratio naturalis*. Con la sua *interpretatio*, impregnata di motivi razional-equitativi, la *scientia iuris* finiva così col mediare fra *auctoritas* del testo e realtà concreta, forniva schemi ordinanti ad una società in fermento, offriva nuove soluzioni normative (come quelle in materia di *societas*), piegava il diritto romano alla nuova realtà economica (come nel caso del *dominium divisum*), leggeva il *ius scriptum* alla luce delle nuove dinamiche commerciali (come nella determinazione del campo d'applicazione del divieto canonico d'usura).

5. Una minaccia per interpretatio ragionevole e «stato fluido» del diritto: la sovranità statale

Il nesso con la ragione e col diritto naturale, peraltro, avrebbe costituito, nei secoli XVI-XVIII, la chiave di volta per un'ulteriore evoluzione in senso giusrazionalistico dell'*aequitas*. Solo che quando il giusnaturalismo moderno avrebbe riconosciuto l'esistenza di un complesso di diritti soggettivi innati e attribuito al principe il potere di desumere e proteggere quei diritti, la ragionevolezza del diritto si sarebbe prestata ad esiti contrapposti, liberali ed assolutistici: ragionevole, a rigor di logica, sarebbe stata solo quella *lex* che avesse rispettato i contenuti razionali del *ius naturale*, ma *lex* sarebbe comunque stata quella che, indipendentemente dal suo contenuto, fosse stata sanzionata dalla volontà del

potere sovrano. Era un'antinomia apparentemente insanabile, che non valse tuttavia ad annullare la dimensione equitativa, a ridimensionare la pretesa di *leges* ragionevoli, a solidificare lo «stato fluido» del diritto.

La convinzione, fin dal secolo XVI, che il diritto dovesse riflettere un ordine razionale, imponeva infatti, innanzitutto, che le sue disposizioni si impregnassero di contenuti ragionevoli. Come Hotman (1524-1590), che reclamava una compilazione del diritto nazionale francese conforme a «ratio» ed «aequitas», «rectitudo» e «iustitia», anche Donello (1527-1591) osservava come «l'*auctoritas* del diritto, che certo risaliva alla volontà del principe, doveva sempre sostanzarsi di contenuti individuati attraverso la ragione» (Birocchi 2002, p. 33). Nella *lex*, pertanto, Donello distingueva fra *verba*, «quibus *lex* quaeque scripta est», e *sententia*, cioè la volontà del legislatore, e fra i due, secondo l'umanista, l'elemento saliente non erano i *verba*, ma la *sententia*, perché la *lex* non era «quod scriptum est, sed quod legislator voluit, quod iudicio suo probavit et recepit» (Donello, col. 94). Poiché, tuttavia, non sempre la lettera della *lex* e la sua *sententia* sarebbero stati in piena armonia, ecco emergere, al fine di accertare la reale portata della *sententia legis*, il ruolo decisivo della *interpretatio*, che avrebbe dovuto e potuto espletarsi secondo quattro criteri: «ex aliis partibus ejusdem legis; ex ratione legis; ex aequitate; ex aliis legibus» (col. 96). La *lex* avrebbe dovuto essere ragionevole («nulla *lex* est sine ratione»: col. 107) e conforme alla *ratio* individuata dal legislatore, ma l'*aequitas* avrebbe contribuito in maniera determinante alla sua *interpretatio*, a definire cioè il *ius*, perché il «*jus*

iniquum, jus non esse», essendo il *ius* «*ars aequi et boni*» (col. 106). Attraverso l'*aequitas*, quindi, l'interprete avrebbe potuto cogliere la reale portata del *ius*, dare al *ius* un'applicazione benigna e ragionevole («*aequitas in jure spectanda est: jus benigne interpretandum; aequitas ratio potior, quam stricti juris*»), interpretare la *lex* secondo principi di giustizia e di ragione, perché «*aequitas est juris scripti emendatio et quasi interpretatio legis sententiam retinens*» (col. 103). Il che non significava che l'*aequitas* fosse altro dal *ius*, che «*aequitatem a jure separet*», ma che con l'*interpretatio*, interposta «*inter aequitatem et jus*», si poteva temperare la *lex*: l'*aequitas* non era separabile dal *jus* «*sed a verbis juris*» (col. 104).

La ragione umana, nel giusnaturalismo moderno, si candidava dunque a metro di giudizio della ragionevolezza della *lex*: il «*ius naturale*» – spiegava infatti Grozio (1583-1645) – discendeva dalla «*recta ratio*», che indicava, conformemente a «*ipsa natura rationalis ac socialis*», quali atti vietare e quali prescrivere (Grozio 1759, liber I, caput I, X, 1, fol. 8). Perciò, tramite l'*aequitas*, che si desumeva «*ex naturae ipsius principiis*», avrebbe dovuto esser corretto ciò in cui la «*lex propter universalitatem deficit*»: solo per suo tramite l'uomo avrebbe potuto approssimarsi alla *ratio naturalis* e i «*vaga et lubrica hominum ingenia ad eum finem, quo vera natura ducit*» (Ibidem, Grozio 1719, caput I, 1-5).

Eppure, con l'attribuire al principe il potere sovrano di dare la legge civile, all'occorrenza limitando anche «la libertà naturale dei singoli uomini» (Hobbes, *Leviatano*, parte II, cap. XVI, p. 237), la ragionevolezza del diritto finiva col rimanere appannaggio esclusivo della volontà del legisla-

tore. Hobbes (1588-1679), infatti, condivideva l'idea che «la legge non possa essere contro la ragione», ma quando si trattava di individuare quale fosse questa ragione, egli escludeva, ovviamente, che fosse «una ragione individuale» e concludeva invece che «perciò non quella *juris prudentia*, o saggezza di giudici disordinati, ma la ragione di questo nostro uomo artificiale, che è lo stato, ed il suo comando fanno legge» (*Leviatano*, p. 239). Sarebbe stato esclusivamente il sovrano, pertanto, a infondere equità, ragionevolezza e giustizia, perché

in mezzo alle contese dei privati, per dichiarare che cosa sia equità, che cosa giustizia, che cosa virtù morale, e per renderle obbligatorie, v'è bisogno degli ordini del potere sovrano e delle punizioni da imporre ai trasgressori: i quali ordini perciò sono parte della legge civile [*Leviatano*, pp. 236-237].

L'itinerario giusnaturalistico, alle prime venature di volontarismo, virava dunque verso approdi legalistici. L'incondizionato riconoscimento al principe del potere di decifrare la natura e di farsi nunzio della ragione conduceva a risvolti positivistici, al ridimensionamento, in particolare, di ogni fonte concreta, diffusa, spontanea. L'azzeramento della *interpretatio*, della *consuetudo*, di fonti spontanee e ascendenti che rendessero equo e ragionevole il diritto, fluido e conforme all'esperienza storico-giuridica, sembrava compiuto. La *consuetudo* veniva ricondotta nell'alveo della volontà sovrana, perché «quando un lungo uso acquista l'autorità di una legge, non la lunghezza del tempo dà quell'autorità, ma il volere del sovrano, espresso col suo silenzio» (Hobbes, *Leviatano*, p. 236); l'*interpretatio* cominciava vagamente ad assumere i

caratteri di deduzione sillogistica propugnati dall'illuminismo, perché «il giudice subordinato deve avere di vista la ragione che mosse il sovrano a fare la legge, affinché la sua sentenza vi si accordi, la quale allora è la sentenza del suo sovrano: altrimenti è una sentenza sua, ed ingiusta» (Hobbes, *Leviatano*, pp. 239-240). Il potere politico abbandonava l'indifferenza per il diritto e cominciava ad appropriarsene: il diritto ontico, ascendente e consuetudinario diventava diritto formale, discendente e volitivo. La *lex* perdeva il suo carattere dichiarativo per assumere il volto autoritario della sovranità politica. Il diritto si contraeva «nella legge: un sistema di regole autoritarie, di comandi pensati e voluti astratti e inelastici, insindacabili nel loro contenuto giacché non dalla qualità di esso ma dalla qualità del soggetto legislatore traggono la propria autorità» (Grossi, *Modernità*, 1998, p. 465).

6. Resistenze della interpretatio e ragionevolezza della lex

Non tutto, però, andò come Hobbes avrebbe voluto. Il diritto, anzitutto, continuò ad essere materia di consuetudini, prassi, *interpretatio* di testi e *decisiones* di Tribunali, con comparazione di *opiniones*, *solutio* di frammenti discordanti e bilanciamento di opposti principi. La *consuetudo*, sempre più spesso messa per iscritto, rimase comunque fonte primaria, materia di *interpretatio*, di ricostruzione equitativa e ragionevole. Il potere sovrano, principe o assemblea che fosse, continuò a incontrare significative limitazioni in una lettura del diritto che si finiva col considerare ragionevole solo se e

in quanto conforme ai diritti, alle libertà e alle prerogative sanciti dalla ragione naturale, dalla costituzione materiale, dalle consuetudini fondamentali.

In Francia, quando Luigi XIII (1601-1643) e la reggente Anna d'Austria (1601-1666), e per loro Richelieu (1585-1642) prima e Mazzarino (1602-1661) dopo, ritennero di poter aumentare unilateralmente la *taille* e di governare mediante *lits de justice*, senza più convocare gli Stati generali e in spregio ad ogni prerogativa del Parlamento di Parigi, le comunità contadine si sollevarono compatte e i membri del Parlamento diedero avvio nel 1648 a quel periodo di tensione e violenza che avrebbe preso il nome di Fronda. Lo stesso sarebbe accaduto, nel 1743, con la svolta assolutistica di Luigi XV (1710-1774), che avrebbe provocato, fra la corona e i parlamenti, frizioni talmente gravi da determinare, di lì a poco, la rottura del vecchio ordine.

Per quanto provvisto di una corazza volontaristica, il potere sovrano avrebbe dovuto fare i conti non solo con i limiti discendenti dalle leggi di Dio e della natura, ma anche con una ragionevolezza del diritto che si manifestava nella *interpretatio*, da parte di quelle riottose corti giudiziarie munite di potere di rimostranza che erano i parlamenti, di un deposito di norme consuetudinarie che rappresentava una sorta di costituzione materiale del Regno di Francia. Del resto, nella stessa visione di Bodin (1529/30-1596), l'assolutezza del potere si era arrestata dinanzi alla constatazione che «tutti i principi della terra sono soggetti alle leggi di Dio e della natura, oltre che a diverse leggi umane comuni a tutti i popoli» (Bodin, vol. I, libro I, cap. VIII, p. 357).

In Inghilterra, il tentativo di Carlo I Stuart (1600-1649) di sostenere la teoria

del diritto divino, di introdurre dazi di importazione senza il consenso del Parlamento e di esercitare prerogative regali che fossero in contrasto con l'*ancient constitution*, come quella di imprigionare senza un regolare processo o di estendere il diritto di guerra ai civili, si concluse, com'è noto, con la sua decapitazione. Quarant'anni dopo, con la *Glorious Revolution*, mentre da un lato si metteva un punto alle velleità assolutistiche dei sovrani inglesi e ad ogni ipotesi di fondamento divino della regalità, dall'altro si consolidava un modello di monarchia fondato sul primato della legge parlamentare e di una costituzione non scritta. Ma il trionfo del «rule of law», che sanciva senza alcun dubbio la vittoria del parlamentarismo sul potere regio, e dunque, sotto questo profilo, di un assolutismo sull'altro, significava ancora prima il trionfo di una costituzione giuridica anti-assolutistica, fondata sulla interpretazione giurisprudenziale del diritto inglese alla luce della tradizione, della storia, del diritto naturale, della ragione. Si approdò cioè a un sistema costituzionale nel quale le Corti, con un'interpretazione ragionevole, avrebbero letto e applicato la legge secondo la tradizione del *common law*, in maniera conforme a equità, ragione e giustizia.

Nel Dialogo fra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d'Inghilterra, scritto fra il 1665 e il 1666, Hobbes polemizzava con Sir Edward Coke (1552-1634), perché questi, come tutti i *common lawyers*, negava che il diritto si esaurisse nella legge scritta e opponeva al potere sovrano (ogni potere sovrano) il diritto fondato sulla ragione e sull'equità, tramandato dalla consuetudine ed elaborato dalle corti giudiziarie. Coke invocava espressamente l'«*aequitas*» e la «*ratio*», riteneva, anzi, che l'una

si risolvesse nell'altra e che «*nihil quod est contra rationem est licitum*», che il «common Law it self is nothing else but reason» (*Institutes*, Part I, section 138, p. 701). Ma la *ratio* cui egli alludeva – ed è questo il punto saliente – non era la semplice ragione dell'uomo comune, ma una ragione perfezionata con mezzi artificiali, «by long study, observation and experience», cioè, appunto, l'interpretazione ragionevole che i giudici realizzavano alla luce dell'*aequitas*, della *ratio*, della *consuetudo* (*ibidem*). A differenza di Hobbes, quindi, che si diceva convinto che solamente il potere sovrano, vale a dire «colui il quale ha fatto la legge, può correggerla, e perciò io affermo che l'equità corregge, non già la legge, ma solo le sentenze quando siano viziate di errore» (Hobbes, *A Dialogue*, p. 465), Coke attribuiva ai giudici il potere di correggere la legge grazie a un'interpretazione equitativa che accertasse in concreto cosa fosse ragionevole, conforme alla consuetudine e alla tradizione del *common law*, perché l'*aequitas* era la *ratio* – «perfecta» in quanto arricchita dallo studio, dall'osservazione e dall'esperienza – in virtù della quale il «bonus iudex» avrebbe dovuto e potuto interpretare la legge scritta:

aequitas est perfecta quaedam ratio, quae ius scriptum interpretatur et emendat, nulla scriptura comprehensa, sed solum in vera ratione consistens. Aequitas est quasi aequalitas. Bonus Judex secundum aequum et bonum iudicat, et aequitatem stricto juri praefert. Et jus respicit aequitatem»

[*Institutes*, Part I, section 21, fol. 24b, p. 682].

Perciò Hobbes, preoccupato, continuava a ripetere «come la ragione del re, sia essa grande o piccola, non è altro che quella *anima legis*, quella *summa lex*, della quale

parla Sir Edward Coke, e non la ragione, la dottrina o la sapienza dei giudici» (*A Dialogue*, p. 407): perché Coke aveva, già nel 1608, esplicitamente spiegato che al re che avesse sostenuto che «he and the others had reason, as well as the Judges», occorreva replicare che

his Majesty was not learned in the Laws of his Realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by naturall reason but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it

[*Reports*, Part XII, *Prohibitions del Roy*, 65, p. 481].

Un secolo dopo, nei suoi *Commentaries*, anche Blackstone (1723-1780) avrebbe conciliato il primato delle *laws*, «written» come «unwritten», con un controllo di ragionevolezza (*Introduction*, §. 3, pp. 77-92). Le stesse consuetudini, sulle quali si basava la costituzione inglese, avrebbero dovuto essere ragionevoli, «reasonable», o, meglio, in negativo, «they must not be unreasonable» (p. 77). Il che significava che esse avrebbero dovuto essere comprensibili e condivisibili non già da ogni ragione umana, ma, come già Coke aveva spiegato, dalla «artificial and legal reason» (*ibidem*): una ragione completata dall'esperienza, dall'osservazione, dall'equilibrio, dallo studio. È vero che il Parlamento era sovrano e che un potere giudiziario sovraordinato a quello legislativo sarebbe stato senz'altro «subversive of all government», ma è altrettanto vero che quando un suo atto avesse condotto ad «absurd consequences, manifestly contradictory to common reason», queste avrebbero dovuto evitarsi. Perciò i giudici, dinanzi a conseguenze «out of the

general words» e «unreasonable», avrebbero dovuto riportare lo *Statute* su un binario di ragionevolezza e concludere che quelle conseguenze erano «not foreseen by the parliament, and therefore they are at liberty to expound the statute by equity». Questi erano i «several grounds of the laws of England», ma più in generale, precisava Blackstone, prima e al di sopra di tutto «equity is also frequently called in to assist, to moderate and to explain» (pp. 91-92).

Concetti ribaditi, nel 1885, da Albert Venn Dicey (1835-1922), secondo il quale l'eventualità, paventata dai costituzionalisti inglesi, che i due principi della sovranità del parlamento e del dominio del diritto (*rule of law*) stessero fra loro in un rapporto di incompatibilità, o, per dirla con lo stesso Dicey, che «siano tra loro in contrasto», si dissolveva dinanzi al ruolo centrale che assumeva l'interpretazione delle corti, perché la legge del parlamento sarebbe divenuta diritto solo quando i giudici la avessero immersa nel corpo del *common law* (Dicey, p. 343). «Il parlamento», scriveva Dicey

è il legislatore supremo, ma dal momento in cui il parlamento ha manifestato il suo volere in qualità di autorità legiferante, tale volere viene assoggettato all'interpretazione che è posta in essere dai giudici del paese, e a loro volta i giudici, che operano sotto l'influenza della mentalità del magistrato non meno che sotto quella dello spirito generale della *common law*, sono inclini a interpretare le eccezioni legislative ai principi di *common law* secondo modalità che non riscuoterebbero l'approvazione di un collegio di funzionari della Corona o delle Camere del parlamento se queste fossero invitate ad interpretare le loro stesse statuizioni

[Dicey, pp. 348-349].

Fermo restando che mai il parlamento avrebbe violato l'*ancient constitution*, anche perché «una diffusa resistenza verrebbe provocata da una condotta legislativa che, per quanto giuridicamente valida, di fatto oltrepassi il raggio di estensione del potere parlamentare» (p. 67), Dicey dunque, lungo il solco tracciato da Coke e Blackstone, confermava il principio secondo il quale le Corti avrebbero dovuto non già eseguire la volontà del legislatore, ma amalgamarla con l'antico diritto consuetudinario, e ribadiva la tradizione «per cui il fatto che una norma sia diritto in modo stabile presuppone non solo che essa sia stata approvata dal Parlamento secondo determinate modalità – che sia cioè un *Act of Parliament* – ma che sia stata anche vagliata alla luce degli *standards*, dei valori e dei principi propri del *common law*» (Santoro 2003, p. 201).

La mediazione fra legge e contesto storico, la ricerca di un diritto ragionevole, permeabile alle correnti ascensionali dell'esperienza giuridica, erano dunque caratteri presenti tanto nell'Europa continentale che in quella insulare. L'apparente aporia, nella teorica di Dicey, fra la sovranità del Parlamento e il *rule of law*, è la stessa, in fin dei conti, che affiora talvolta nelle parole di Bodin fra sovranità del principe e limiti della sovranità (su tali limiti si rinvia a Quaglion, *La sovranità*, 2004, pp. 49-65, e *I limiti della sovranità*, 1992).

Sebbene convinto che il magistrato dovesse sempre eseguire i provvedimenti del sovrano e che fosse «meglio piegarsi in atto di piena sottomissione alla maestà sovrana piuttosto che dare esempio di ribellione ai sudditi col rifiutare i mandati del sovrano» (Bodin, vol. II, libro III, cap. IV, p. 172), mai Bodin giunse infatti a identificare il *droit*, che «riguarda l'e-

quità», e la *loi*, che «non è altro che il comando del sovrano nell'esercizio del suo potere» (vol. I, libro I, cap. VIII, p. 395). Il principe avrebbe emanato la *lex*, ma il magistrato, «nell'adattarla, addolcirne il rigore o inasprirne la dolcezza secondo il bisogno, oppure supplire alla lacuna che vi è», avrebbe, con la sua *interpretatio*, contribuito a realizzare una giustizia armonica complementare (vol. III, lib. VI, cap. VI, p. 575).

La «legge senza equità» sarebbe stato «un corpo senz'anima», perché essa «non riguarda che le cose di ordine generale, mentre l'equità riguarda le circostanze particolari, che sono infinite, alle quali bisogna adattare le leggi, sia in termini di giustizia sia in materia di cose politiche, in modo tale che non ne segua alcun inconveniente né assurdità» (vol. III, lib. VI, cap. VI, pp. 577-578). Riconosciuta all'*interpretatio* una valenza correttiva e integrativa, spettante in prima battuta al *princeps* ma consustanziale anche all'attività del *iudex*, anche il *causidicus* francese doveva così fare i conti, come Budé (1468-1540), Zasius (1461-1535), Connan (1509-1551) e Cujas (1522-1590), con quella «règle Lesbienne» (Bodin, vol. III, libro VI, cap. VI, p. 570), quella flessibile misura di piombo, usata su Lesbo, che, a differenza del rigido metro, si conformava alle cose anziché forzare queste alla propria struttura: «*jus quod omnia recta et inflexibilia exigit, aequitatis regula flexibilis est, ut structurae Lesbiae regula plumbea secundum Aristotelem*» (Cujas, col. 916).

7. Una cultura legalistica con in seno i sintomi di una crisi congenita

Il sipario sulla *interpretatio*, su possibili sindacati di ragionevolezza della *lex*, su fonti extratestuali ed extrastatali di produzione del diritto, calava ufficialmente con il sistema codificatorio. La polemica illuministica contro il "dispotismo giudiziale" non si limitava a mortificare l'interpretazione, ma pretendeva, soprattutto, di fissare lo «stato fluido» del diritto nel testo della legge, eliminando quella «commoda flessibilità» che i giudici avevano fino ad allora perseguito tramite «un'equità arbitraria» (Filangieri, p. 19). «*Equità, interpretazione, arbitrio*» – sentenziava dunque Filangieri (1752-1788) – «non sono altro che voci sinonime» (Filangieri, p. 25).

Eppure, sotto questo profilo, l'archetipo di uno Stato giuridicamente totalizzante appare in crisi fin dal suo inizio, perché il secolo XIX, e ancor di più il seguente, fu attraversato da moti, sussulti e insofferenze. L'ermetismo positivisticò nel quale pretese di chiudersi il sistema codificatorio dell'«assolutismo giuridico» vacillò subito, continuando ad oscillare anche in seguito, sotto i colpi, eversivi ed eretici, di giuristi decisi a fuggire le maglie asfittiche di un Codice immobile e di una legge generalizzante, statica, granitica, irragionevole nella misura in cui pretendeva di solidificare un diritto che era invece ontologicamente allo «stato fluido».

Lo stesso Portalis (1746-1807), principale artefice della fatica codicistica, aveva, presentando nel 1801 il progetto di *Code* al Consiglio di Stato, dato piena cittadinanza a «l'usage», a «la discussion des hommes instruits», a «l'arbitrage des juges», a «l'équité», quest'ultima da intendere

come «le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives» (Portalès, p. 46). «Les besoins de la société», infatti, erano così «variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout» (p. 41). Il diritto, realisticamente, mai avrebbe potuto fissarsi nella legge, che «considère les hommes en masse, jamais comme particuliers» (p. 47), richiedendo piuttosto una poliedricità tale da garantire un'incessante modellatura sulla realtà dinamica, lubrica: perciò si rendeva opportuno, da parte del giudice, il richiamo ad elementi extratestuali, il ricorso all'«*équité universelle*» o alla «*justice distributive*» (p. 46)¹.

Perfino Marcadé (1810-1854), che negli anni Quaranta dell'Ottocento si sarebbe dedicato alla *Explication méthodique et raisonnée du code civil*, avrebbe osservato, nel commentare l'art. 4 del *Code*, come fosse «impossibile che la legge prevegga tutti i casi che si possono presentare e che sia sempre tanto chiara da non dare mai luogo a qualche dubbio nel suo vero senso» (p. 217). Perciò il giudice avrebbe dovuto pronunziare «o con induzioni tratte dalla stessa legge, o facendo ricorso alla giurisprudenza de' tribunali, alla dottrina degli autori, alle decisioni de' romani giureconsulti», o comunque, infine, «decidendo secondo i propri lumi ed i principi della ragione e della equità» (pp. 217-218).

Ma ancor più significative, ovviamente, furono le opinioni espresse dal Savigny (1779-1861) del *Beruf*. Non solo, infatti, secondo il giurista di Francoforte era da escludere che la legge potesse seguire lo spontaneo fluire del diritto, ma andava combattuta con forza la stessa idea che il

diritto si risolvesse nella legge, o, peggio ancora, in quel codice francese che aveva cominciato «a diffondersi come un cancro» (*Beruf*, p. 93). Erano stati gli stessi Francesi a constatare come «in realtà ben pochi casi giuridici possono essere risolti direttamente in base a un passo del codice» e ad ammettere che invece «il vero fattore decisivo» nel dispiegarsi del diritto era rappresentato «da quell'elemento ignoto». Quell'«elemento ignoto», che Savigny rinveniva nella storicità del diritto, in una ragionevolezza che l'interprete avrebbe colto nella coerenza storica del fenomeno giuridico, i Francesi identificavano in «una grandezza indeterminata che può avere molti valori diversi», come l'«*équité naturelle*» la «*loi naturelle*», il «diritto romano», le «antiche *coutumes*», «*usages, exemples, décisions, jurisprudence*», «*droit commun*», «*principes généraux, maximes, doctrine, science*» (p. 139).

Più semplicemente – spiegava Savigny – l'«elemento ignoto» era la vita del popolo, da cui scaturiva un diritto «creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, poi dalla giurisprudenza, ... sempre opera dunque di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dell'arbitrio di un legislatore» (p. 101). Il diritto viveva spontaneamente nel «comune convincimento del popolo», nell'«uguale sentimento di una necessità interiore che esclude ogni idea di un'origine accidentale e arbitraria» (p. 97).

La codificazione avrebbe arrestato lo scorrere del diritto, la sua stessa storicità, giacché il diritto era per sua natura, al pari della lingua e dei costumi, in perenne trasformazione, aveva una natura ontologicamente consuetudinaria. Era consuetudinario il modo in cui il diritto emanava dalla storia, ma era consuetudinario pure il

lavorio della scienza giuridica, chiamata ad elaborare i concetti e i principi viventi nella coscienza storica del popolo. La scienza giuridica era l'unico interprete capace di leggere il divenire storico, di cogliere ed elaborare il materiale giuridico esistente, con «l'obiettivo di risalire fino alla radice di ogni materiale dato, per scoprirne così il principio organico per mezzo del quale ciò che è ancora vitale deve separarsi spontaneamente da ciò che è ormai morto e appartiene solo alla storia» (*Beruf*, p. 168).

Nel *System*, sebbene riconoscesse alla legge un posto di rilievo nel sistema delle fonti, Savigny avrebbe confermato la genesi sociale del diritto, l'immanenza del «diritto positivo», distinto dal «diritto meramente positivo» o «anomalo», nella «coscienza comune del popolo», anzi nel suo spirito, nel *Volksgeist* (*System*, pp. 42-43). È vero, infatti, che il potere politico avrebbe contribuito a produrre diritto, ma è altrettanto vero che la legge, «organo del diritto del popolo» (*System*, p. 63), avrebbe dovuto essere non già una *deviazione* ma una mera *derivazione* dalla comune coscienza popolare, con la conseguenza del riconoscimento al ceto dei giuristi del potere di riportare il diritto statale alla razionalità del diritto storicamente fondato. Paradossalmente (o ambigualmente), quindi, Savigny rafforzava il primato dell'interpretazione dottrinale, alla quale riconosceva in via esclusiva la funzione di descrivere un sistema di proposizioni giuridiche partendo dal «rapporto giuridico», vale a dire da ciò che di più concreto ci fosse, e risalendo poi all'«istituto giuridico corrispondente» da collegare infine ad una regola giuridica che poteva anche (ma non necessariamente) giacere in un atto legislativo (*System*, pp. 36-45). La legislazione dunque veniva

attratta nella dimensione storicistica del diritto, sottoposta al filtro di una scienza giuridica che, ponte fra «teoria» e «pratica», avrebbe ricondotto la legge, al pari della consuetudine, a «quella razionalità storica progrediente, che è sempre stata l'ideale scientifico e pratico di Savigny» (Marini 1978, p. 191).

La legge, in ultima analisi, avrebbe dovuto essere *ragionevole* nel senso di *coerente* al divenire storico e *conforme* al diritto concretamente posto dalla realtà sociale: un diritto che era e non poteva che essere, per la sua intrinseca storicità, «allo stato fluido», giusto e ragionevole in quanto conforme alla progrediente coscienza giuridica del popolo.

8. *Voci autorevoli per un recupero della dimensione interpretativa*: «un droit naturel à contenu variable»

Se non l'allergenica insofferenza per la forma "Codice", comunque la convinzione che il diritto dovesse esprimere la mutevolezza dei tempi e riprodurre dinamicamente la storicità del suo oggetto, passò da Savigny al secondo Ottocento, quando una nuova linfa rivitalizzò fonti alternative a quella legislativa, come l'interpretazione della scienza giuridica e della giurisprudenza. Il giurista – aveva già ammonito Savigny – avrebbe dovuto possedere «una duplice attitudine»: «senso storico per cogliere acutamente ciò che è peculiare di ogni epoca» e «mente sistematica per considerare ogni concetto e ogni principio nella sua viva relazione e interazione con l'insieme, cioè nell'unico contesto reale e naturale» (*Beruf*, p. 122).

A partire dagli anni Ottanta alcune correnti "ereticali" della cultura giuridica, specialmente italiana e francese, manifestarono tutta la loro insoddisfazione per l'immobilismo codificatorio, finendo col ricercare fondazioni normative non necessariamente superiori, ma comunque alternative a quella legislativa, più profondamente radicate nel tessuto socio-economico di una realtà in trasformazione. La scienza giuridica si riappropriava, più o meno consapevolmente, di una funzione centrale, assumendo l'onere di suggerire soluzioni giuridiche ragionevoli perché congeniali alla mutevolezza dei fatti economici e sociali, e di restituire, così facendo, «fluidità» al diritto.

Era il caso di Enrico Cimbali (1855-1887), il quale, denunciata la necessità di uscire dal «pantano di una esegesi gretta-mente servile» (Cimbali 1895, p. 5), esprimeva «un desiderio profondo di novità, una smania febbrile di riforme in tutte le sfere molteplici della vita, della scienza, dell'arte», un desiderio che «pervade ed agita violentemente le fibre della società moderna», dove «tutto cade e si trasforma, a vista d'occhio, sotto il martello inesorabile della critica, sotto l'impulso irresistibile di nuovi sorgenti bisogni» (*ibidem*). Il Codice, invece, restava lì immobile, «il *Diritto civile*, immobilizzato quasi del tutto nella sua sostanza e nella sua struttura» (*ibidem*), rivendicava, in nome della «socialità» e a superamento del «periodo individualistico», l'urgenza di «intraprendere una riforma ed un mutamento profondamente radicale in tutto l'organismo e la struttura del Codice civile imperante» (*ibidem*, p. 10). Cimbali ribadiva così con forza l'idea che «se tutti i fenomeni della vita economica, sotto l'impulso rinnovatore

della macchina, del vapore, dell'elettricità, del credito, hanno subito una profonda e radicale trasformazione nei loro singoli momenti» ecco che «ne sorge spontanea ed inesorabile la conseguenza che, in perfetta rispondenza col trasformarsi delle condizioni economiche, debbano inevitabilmente trasformarsi, per fatale necessità di cose, anche le relazioni giuridiche, costituendo entrambe il doppio lato del fenomeno sociologico» (*ibidem*, p. 28). Da qui le proposte di riforma in tema di divorzio, vera «legge di alta moralità» (*ibidem*, p. 95), di ricerca della paternità naturale, giustificata dall'«obbligo imperioso» di riparare il danno arrecato (*ibidem*, p. 115), di divieto di riconoscimento dei figli adulterini e incestuosi, «misto di cinismo e d'iniquità, di assurdità e d'ingiustizia» (*ibidem*, p. 148), di successione dei figli naturali e del coniuge superstite, alla quale applicare «i principi più elementari di equità e giustizia» (*ibidem*, p. 282), di obbligazioni, «gradatamente» trasformate «nella misura costante in cui sonosi trasformate le altre manifestazioni della vita giuridica in generale» (*ibidem*, p. 317).

L'insofferenza per l'immobilismo legislativo, tanto rassicurante quanto antistorico, correva come un fremito in Emanuele Gianturco (1857-1907) e Vincenzo Simoncelli (1860-1917), che esortavano la scienza giuridica ad attuare «la felice unione della teoria colla pratica» e a «ravvivarsi a contatto di quella parte del diritto, che è ancora giovane e vigorosa» (Granturco 1881, p. 10). Esplicitamente, ormai, si rivendicava alla scienza giuridica il ruolo di escogitare, attraverso un'interpretazione ragionevole, soluzioni volte a «completare la legge, a scoprire quel ch'è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova

in potenza» (Simoncelli 1889, p. 424), perché «dentro la elasticità consentita dal letterale significato della espressione legislativa, questa può e deve modificarsi in avvenire, adattandosi alle condizioni sociali e al sentimento comune» (*ibidem*, p. 431). Sul punto si vedano almeno Alpa 2000, pp. 178-190, e Grossi, *Interpretazione*, 1998, pp. 33-68). Partire dalla legge – era il messaggio di Simoncelli – ma ricostruire il diritto ascoltando la vita reale, l'esperienza giuridica e il divenire storico, perché «la legge di uno Stato, com'è ovvio, non accoglie tutto il diritto», e «la sua interpretazione» – e qui si ha forse una delle più moderne definizioni della ragionevolezza – «non è la rivelazione della volontà del legislatore, ma è lo studio della stessa vita sociale, lo studio di quest'organo con cui la società adempie una delle sue più alte e più imprescindibili funzioni» (Simoncelli 1889, pp. 423-424).

La irragionevolezza della legge stava nel suo immobilismo, nella sua fisiologica incapacità di assecondare i palpiti di una società in evoluzione, nel suo essere, appunto, la negazione di un diritto «allo stato fluido». L'interpretazione si candidava – anzi meglio, si confermava – strumento irrinunciabile per la costruzione di un diritto ragionevole: un diritto equilibrato, giusto, equo, al passo coi tempi, congeniale alle istanze socio-economiche. Il che valeva non solo per l'interpretazione della scienza giuridica, lettura ordinante dei fatti della vita e spinta propulsiva per le riforme, ma ancor di più per quella della giurisprudenza, quell'interpretazione ragionevole attraverso cui il giudice avrebbe trasformato la legge in diritto, perché l'avrebbe letta alla luce dei tempi, della tradizione giuridica, del senso di giustizia, di criteri

di eguaglianza, di un pur composito patrimonio di valori. Occorreva recuperare – ammesso che si fossero mai smarrite – fonti del diritto alternative, come la consuetudine e l'interpretazione, che, calate nel tessuto economico-sociale, profondamente immerse nell'esperienza giuridica quotidiana, avrebbero con la loro lettura ragionevole delle cose restituito al diritto quella dimensione fluida che gli era propria.

Per i gius-commercialisti, a contatto con la questione sociale di fine secolo e la prorompente emersione del fenomeno imprenditoriale, la percezione che la ragionevolezza del diritto passasse da uno stato necessariamente fluido fu particolarmente vivida. Vivante (1855-1944), come sottolinea da Grossi (2000, pp. 51 ss.), recuperava al quadro delle fonti gli usi e le consuetudini, riconosceva alla giurisprudenza il potere di abbeverare il diritto alla sorgente dei fatti, perché

quando il giudice è convinto, per una fitta serie di osservazioni desunte dai fatti e dalla loro funzione sociale ed economica, che una regola è conforme alla natura dell'istituto non ancora disciplinato dal diritto positivo, esso dovrà applicarla perché gli elementi essenziali e conaturali di un istituto non abbisognano di un'esplícita dichiarazione convenzionale o legale per essere riconosciuti

[Vivante 1907, pp. 91-92].

Così la scienza avrebbe preparato «anche la legge dell'avvenire, perché la prima regola di ogni costruzione giuridica è l'osservazione genuina dei fatti» (Vivante 1907, p. 93). Erano, per dirla con Kohler (1849-1919), il bisogno pratico («das praktische Bedürfnis») e il postulato etico della vita giuridica («und die ethischen Postulate des Rechtslebens») i veri simbo-

li del diritto («die Wahrzeichen des Rechts»), non l'astrazione teorica («nicht die theoretische Abstraction») (Kohler 1884, p. 79). Perciò, ovviamente, anche il giudice avrebbe dovuto, con la sua interpretazione, dare una lettura ragionevole della legge, piegarla ai contesti, ai valori e ai bisogni del tempo, talché, come notava Bosio, «è facile il deviamiento della giurisprudenza dal retto sentiero che le è dalla legge tracciato, poiché volentieri l'equità del magistrato si piega a quelle interpretazioni che tendono a rendere meno rigido, e più conforme ai bisogni della pratica, l'inopportuno rigore della legge» (Bosio 1904, p. 112).

Sarebbe stata, com'è noto, soprattutto la cultura giuridica francese a ridiscutere apertamente la visione sillogistica dell'interpretazione giurisprudenziale. In quel laboratorio sapienziale che fu la Francia di fine Ottocento primi del Novecento si sarebbe riportato l'asse dell'ordinamento «dal momento autoritativo della produzione della norma al momento vitale, esperienziale, della applicazione, cioè della recezione e compenetrazione della norma nell'organismo sociale» (Grossi, *Ripensare*, 1998, p. 191). La ragionevolezza del diritto stava nella sua idoneità a modellarsi sui fatti economici e sociali, nella capacità di stare al passo con la vita e di trasformarsi con i ritmi della quotidianità. Il diritto – nel 1899 spiegava infatti Gény (1861-1959) – doveva «rester chose vivante» e «vivre» significava «se mouvoir et se transformer»: il che, segnatamente per il diritto, implicava una «parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale» (Geny 1889, n. 185, p. 584). La legge, da sola, avrebbe potuto ben poco, se non vivificata dai fatti, dalle consuetudini, dalla riflessione scien-

tifica, dall'interpretazione di giudici chiamati a scrutare «la nature des choses objectives» e a rendere effettivo «l'équilibre des intérêts» (Geny 1889, n. 174, p. 545).

Si poteva finalmente azzardare, come aveva fatto Stammler (1865-1938) e come faceva Saleilles (1855-1912), l'esistenza di «un droit naturel à contenu variable», non astratto e immutabile ma camaleontico e mutevole, non rivelato dall'alto ma generato spontaneamente dai fatti della vita e da un ordine sociale in continua evoluzione (Saleilles 1902, p. 97). Il che, evidentemente, significava che l'interpretazione avrebbe dovuto ispirarsi a «idées de justice», «principes de raisons» e «axiomes d'équité», purché fosse chiaro che tali canoni non fluttuavano in un pianeta incontaminato, «immutabili» e «intangibili», ma si svolgevano dalle «lois positives du monde social» (*ibidem*, pp. 89-91). Solo così, infatti, il giudice, cui andava riconosciuto «un très large pouvoir d'interprétation», avrebbe potuto orientare «l'adaptation et l'évolution organiques de la loi elle-même dans le sens des nécessités juridiques et sociales qui s'imposent à la conscience collective du pays» (*ibidem*, pp. 101-102).

Il quadro delle fonti, pertanto, poteva ora decisamente ridisegnarsi. Il diritto – spiegava infatti Planiol (1853-1931) – aveva due fonti principali: la consuetudine e la legge, da cui derivavano rispettivamente il «droit coutumier» e il «droit écrit» (Planiol 1908, p. 4). Ma il «droit coutumier» avrebbe potuto essere conosciuto solo dalla «pratique judiciaire», grazie all'esperienza acquisita «dans une longue carrière de praticiens», e studiato solo dalla scienza giuridica, «dans des ouvrages purement privés», da uomini esperti, «anciens magistrats pour la plupart» (*ibidem*). Sem-

bra di sentire l'eco delle parole di Coke, quando parlava di una interpretazione basata su una ragione artificiale, che era tale perché arricchita dallo studio, dalla pratica, dall'esperienza. La giurisprudenza era ambasciatrice della consuetudine, al punto che – spiegava ancora Planiol – non era neppure pensabile che le norme consuetudinarie avessero «une valeur obligatoire, en dehors de la jurisprudence» (*ibidem*, p. 4). Anzi: la giurisprudenza rappresentava la «forma vivente» del diritto, perché con la sua interpretazione, sia «qu'elle interprète la loi, soit qu'elle statue dans le silence des lois et pour en combler les lacunes», rendeva decisioni esecutive (*ibidem*, p. 6, nota 4). Era solo questa, la «*règle appliquée*», «*la forme vivante du droit*».

La ragionevolezza del diritto, ancora una volta, passava dunque da un'interpretazione giurisprudenziale in virtù della quale rendere fluido lo stato del diritto, perché «la coutume, au sens français, est essentiellement mobile» (*ibidem*, p. 6, nota 4). Ma dire che l'interprete avrebbe letto il diritto attraverso le lenti vivificanti della prassi significava anche che lo avrebbe applicato secondo principi di giustizia, di eguaglianza, di buon senso e di ragione. Tanto che quando Planiol distingueva un «droit positif» da un «droit naturel», metteva in guardia da false concezioni del diritto naturale, fra le quali quella classica, giusnaturalistica, che lo identificava con «une loi idéale, concevable par l'intelligence et qui en serait le modèle, c'est réduire le droit naturel au sort de tout idéal» (*ibidem*, p. 2). Non era a questo diritto che poteva riconoscersi validità, ma certamente la si poteva e doveva riconoscere a quel diritto naturale inteso come «petit nombre de maximes, fondées sur l'équité et le

bon sens, qui s'imposent au législateur lui-même, et d'après lesquelles l'oeuvre législative pourra être appréciée, louée ou critiquée» (*ibidem*, pp. 2-3).

9. *L'aderenza alla realtà come autentico metro di ragionevolezza*

Il nesso fra ragionevolezza, «stato fluido» del diritto e interpretazione risulta ormai messo completamente a nudo. La ragionevolezza del diritto sta nel punto di equilibrio fra testo e contesto, fra legalità e vitalità, fra lettera della legge e coscienza sociale, fra certezza del diritto e concretezza dell'ordinamento. Il conseguimento di questo punto di equilibrio non può che passare da fonti spontanee e diffuse, a cominciare dall'interpretazione giurisprudenziale, la cui azione rende possibile la formazione di un diritto aderente al massimo grado al divenire sociale, al dispiegarsi della vita economica, al pluralistico e mutevole patrimonio etico di una collettività.

Nell'*aequitas* della dottrina giuridica medievale, nella *ratio naturalis* dei giusnaturalisti moderni, nella ragione artificiale di Coke, nello spirito popolare di Savigny, nel solidarismo di Cimbali, Gianturco e Simoncelli, nel concretismo di Saleilles, Gény e Planiol, si nasconde l'esigenza di un diritto ragionevole, tale perché conforme alle consuetudini, ai sentimenti e alle istanze di una società in divenire: un diritto «allo stato fluido», come quello di Cesari-Sforza, che assorba plasticamente i molti diritti di una società complessa e le pulsioni di un mondo rapido e vitale.

La ragionevolezza del diritto, in questo senso, non è altro che l'esito di un proces-

so interpretativo che in una realtà storica può essere valorizzato o mortificato ma che è comunque presente in quanto ontologicamente connaturato all'idea stessa di diritto: l'interpretazione come lettura ragionevole di un testo, cioè come mediazione fra il testo ed una realtà che è in continuo divenire, intrisa di storicità, di fatti economici e sociali, di valori (da ponderare) e senso di giustizia (principi da bilanciare). Fra Otto e Novecento, molto prima dunque della «crisi del diritto» conseguente alle tragedie del secondo conflitto mondiale, questa dimensione interpretativa, come si è visto, riaffiora dall'oblio cui l'aveva costretta il legalismo statualistico, fino a ritrovare cittadinanza, sotto molteplici forme e intessuta di diverse ideologie, fra le voci di costituzionalisti come Romano e Mortati, di filosofi come Capograssi, di penalisti come Maggiore, di civilisti come Cesarini Sforza e Vassalli, di commercialisti come Mossa e Ascarelli.

Pur concependo ogni eventuale limite della funzione legislativa come mera «autolimitazione» ed escludendo che ai giudici potesse spettare «qualsiasi controllo sulla legittimità sostanziale delle leggi», Romano guardava infatti con timore ogni possibile «immobilizzazione» o «cristallizzazione» del diritto, facendo della «elasticità» una delle parole chiave del suo lessico giuridico (Romano 1902, pp. 131-132). Nel prendere posizione sulla modificabilità ordinaria dello Statuto, il giurista palermitano riteneva che in effetti *stricto iure* esso era dal legislatore senz'altro modificabile. E però «ogni volta che siffatta opinione si enuncia, e nella dottrina e nella pratica parlamentare, si sente il bisogno di aggiungere che a tali modificazioni si deve procedere solo quando esse sono rese

inevitabili e dai mutati bisogni e da una matura e ben accertata opinione pubblica». Il che sarebbe non un limite giuridico ma solo un precetto di buona politica, se non fosse che l'insistenza con cui quella riserva veniva ripetuta faceva sorgere «spontaneo il dubbio se in essa non si celi un principio, che non è solo di convenienza, ma che, bene sviscerato e, soprattutto, formulato convenientemente, acquista natura e sostanza di un principio giuridico, nel senso più vero della parola».

Un vero e proprio limite giuridico per il legislatore, dunque, non contemplato da alcuna disposizione di legge, ma promanante da una regola avvertita come «giusta» innanzitutto dalla prassi: dalla dottrina, dalla giurisprudenza, dalla pratica parlamentare.

Un limite giuridico derivante dalla consuetudine, che a differenza della giustizia, che è un limite «non giuridico», costituisce un limite «per sua natura giuridico», ma che, come la giustizia, è «costituita sempre da norme di giustizia che son venute acquistando un maggior grado di consistenza e di oggettivazione». La «giustizia ragione» – come la chiamava Romano – usciva dunque dalla porta per rientrare dalla finestra. Il «diritto scritto» era dalla consuetudine «dominato, quasi penetrato». Tanto che c'erano anche «certi principi giuridici», come quello della irretroattività della legge, che erano «così fondamentali – siano scritti o non scritti, poco importa – che non è possibile non vincolino il legislatore», e avrebbe sbagliato chi avesse pensato trattarsi di «norme di giustizia, non di diritto», perché se il Parlamento avesse violato quei principi esso avrebbe esorbitato «da limiti, che non possono non definirsi giuridici» (Romano 1902, pp. 141-149).

La legge, anche quella costituzionale, avrebbe quindi dovuto confrontarsi con la prassi, con la consuetudine, con la vita. L'interprete, con il suo metro flessibile, avrebbe cucito la legge addosso al corpo vivente della società, creando un diritto ragionevole in quanto conforme al tessuto sociale, alla situazione economica, al senso di giustizia. Non era dalla norma – spiegava Maggiore (1882-1954) rifacendosi a Jhering (1818-1892) – che doveva «trarsi tutta la vita del diritto, come il ragno trae da sé la sua tela», né poteva davvero sostenersi che «il lavoro d'interpretazione giudiziaria» fosse «né più né meno che un'applicazione della norma obiettiva al caso concreto» (Maggiore 1926, p. 368). Sull'onda del «diritto libero» di Adickes, Kantorowicz, Ehrlich, Bülow, e del «metodo storico evolutivo» di Gény e Saleilles, Maggiore sottolineava invece, sia pur nell'ottica della sua ideologia antidemocratica e antiparlamentare, il «momento di creazione» che viveva anche nella «sentenza più ortodossa e nell'esegesi più pedissequa», per poi invitare a riflettere su «quella giurisprudenza, che, in omaggio all'equità, tende o contrae fino all'inverosimile il senso della legge per dare una disciplina giuridica a rapporti sociali di nuova formazione» (*ibidem*, p. 374). La giurisprudenza era un'«arte», perché «il suo procedere non consiste in un semplice prendere atto dei dati esteriori, bensì in un fare, in un costruire, in un creare: e nel creare c'è sempre più del semplice conoscere come apprendimento di un oggetto estraneo: c'è in gioco l'intuizione, l'invenzione, la fantasia» (*ibidem*, p. 376).

Ecco, di nuovo, l'idea di un diritto che rifletta, assecondandoli, i cambiamenti della società, dell'economia, della giustizia.

«Interpretare una legge» – proseguiva infatti Maggiore – «significa negare la sua generalità, disciogliere la sua fissità, creare una posizione nuova del giusto che superi e neghi la pura legge, di quanto il concreto supera l'astratto, e il particolare l'universale» (*ibidem*, p. 382). La ragionevolezza del diritto passava dall'interpretazione, perché è l'interprete che «estende e amplifica, fecondandola, la vita del diritto» e «se la giurisprudenza e la scienza sono possibili, è perché lo scienziato elaborando, e il giudice applicando il diritto positivo, lo vivificano, lo fecondano, lo sviluppano» (*ibidem*, p. 381). Perciò, gridava allarmato Maggiore: «fate che la scienza e l'interpretazione giudiziaria null'altro siano che una combinazione o un gioco di schemi astratti senza riferimento alla realtà concreta, e la vita del diritto sarà spenta» (*ibidem*).

La ragionevolezza del diritto presupponeva quindi uno «stato fluido», affinché l'interpretazione equitativa ne determinasse un contenuto aderente alla realtà storico-sociale. Ove per «equità» doveva intendersi, come spiegava Ascarelli (1903-1959), non già la «giustizia del caso concreto», ma l'«esigenza di adeguamento ad una realtà sociale mutata, esigenza che si esprime nell'elaborazione di nuove norme, vuoi, ovviamente, attraverso l'opera riformatrice del legislatore, vuoi però anche attraverso una loro peculiare elaborazione attraverso fonti specializzate come appunto con lo *ius honorarium* e con l'*equity*» (Ascarelli 1954, p. 487, nota 4). Nell'interpretazione, «in ogni interpretazione giuridica e non in una peculiare e occasionale interpretazione che a quella si possa contrapporre», si materializzava lo sviluppo del diritto e si realizzava «l'attuale socialità

della norma quale che ne sia la fonte». Ed era proprio perché l'interpretazione andava considerata «frutto di esperienze e valutazioni, tradizioni e speranze, esigenze e ideali», che il diritto trovava in essa il migliore canale della sua attuazione storico-sociale, la fonte più affidabile della sua ragionevolezza: «perciò appunto lo sviluppo di un diritto attraverso la sua interpretazione è fenomeno costante e necessario» (*ibidem*, pp. 490-494).

10. *L'interpretazione fra «stato fluido» e diritto ragionevole*

Si può, quindi, gettare la maschera: la Corte costituzionale, come ogni altro interprete, compie un giudizio di equità, assicura una interpretazione della Costituzione, e con essa degli atti normativi ordinari, che sia al passo con i tempi. Nella cornice dei principi costituzionali – espliciti, manifesti, inespliciti o presupposti – la Consulta opta per la prevalenza di un principio rispetto all'altro, secondo quel che giudica conforme al contesto storico concreto. Il che non esclude, com'è già successo, che in una valutazione futura la stessa Corte non possa, a Costituzione invariata, ritenere, altrettanto legittimamente, l'inverso (si pensi alle pronunce sulla successione legittima tra fratelli naturali o sulla tutela penale del sentimento religioso).

Senza bisogno di evocare un immutabile «ordine naturale dell'umana società», come quello che nel 1951 ripropose Garbagnati (1913-1998), o di farsi proseliti di un «culto della verità» e di un'idea di Costituzione come «razionalizzazione giuridico-politica di talune verità o, *melius*, di

alcuni valori transeporali o sovrastorici» (Spadaio 1994, pp. 444-457), può affermarsi che la ragionevolezza serve tanto alla Corte costituzionale quanto ad ogni altro soggetto dell'ordinamento per adeguare il diritto vigente all'esperienza, ad una società in evoluzione, alle nuove esigenze economiche e sociali, al patrimonio di valori che una civiltà giuridica va negli anni spontaneamente elaborando.

I modi argomentativi della ragionevolezza non sono nulla di sovversivo, nulla di diverso dai modelli concettuali di un'interpretazione giudiziaria antiformalista, dato che «nella tradizionale teoria dell'interpretazione della legge è costantemente presente l'esigenza di un ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti» (Bin 2002, p. 63). Sotto questo profilo, anzi, non è solo la Corte costituzionale, ma ogni altro operatore del diritto, giudice, giurista, notaio e avvocato, che concorre diffusamente, attraverso l'interpretazione, a conformare il diritto al contesto socio-economico e a un senso di giustizia che risulta in costante divenire: un diritto, appunto, «allo stato fluido».

Come avventata fu la concezione del Codice quale strumento tecnico per sovrapporre una volta per tutte lo scorrere del tempo, così lo sarebbe l'idea di una Costituzione fossilizzata nei suoi lemmi, nei suoi articoli, nei suoi commi. Con le Costituzioni del XX secolo si è giunti ad una «positivizzazione» al massimo livello dell'ordinamento giuridico di molti contenuti «moralistici» affermati dal diritto naturale» (Zagrebelsky 1992, p. 158), ma questo non ha impedito che i giudici continuassero, immergendo i testi nella storicità concreta, a proporre un «diritto vivente». Il principio applicato alla realtà, variopinta, mute-

vole e concreta, assume infatti, per un verso, nuovi significati, e conferisce ai fatti, per altro verso, una configurazione giuridica cui il diritto non può restare indifferente: «il “diritto vivente” cioè il diritto che effettivamente vige non è quello scritto nei testi, ma quello che si determina dall’impatto tra la norma in astratto e le condizioni reali del suo funzionamento» (*ibidem*, p. 167).

Perciò, nel giudizio di legittimità della legge, ma più in generale nella interpretazione di una norma, entrano giocoforza scelte valutative ed apprezzamenti di valore che consentono al legislatore, all’interprete, al pratico e al cittadino, di trovare un ragionevole punto di equilibrio nella combinazione dei principi, di ravvisare, nella legge, nella sentenza, nel contratto, un accettabile armistizio fra gli interessi in conflitto. «Questo» – ha osservato Zagrebelsky (*ibidem*, p. 170) – «spiega “il cammino” storico che le Costituzioni sono in grado di percorrere, pur restando immutate nella loro formulazione testuale». Questo – si può ancora osservare – spiega perché l’interpretazione renda possibile quello «stato fluido» da cui scaturisce, giorno dopo giorno, un diritto effettivamente ragionevole.

Bibliografia

- Aa. Vv., *Ragionevolezza e interpretazione*, in «Ars Interpretandi», 7, Padova, Cedam, 2002;
- Alexy (Robert), *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di La Torre (Massimo) e Spadaro (Antonino), Torino, Giappichelli, 2002, pp. 27-44;
- *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986;
- Alpa (Guido), *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000;
- Ascarelli (Tullio), *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in «Rivista del diritto commerciale», 1954, ora in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 481-519;
- *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952;
- Bin (Roberto), *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in Aa. Vv., *La ragionevolezza nel diritto*, cit., pp. 59-83;
- Birocchi (Italo), *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002;
- Blackstone (William), *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, 1765, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1979;
- Bobbio (Norberto), *Aspetti del positivismo giuridico*, in Idem, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972², pp. 101-126;
- Bodin (Jean), *I sei libri dello Stato*, vol. I, a cura di Isnardi Parente (Margherita), Torino, Utet, 1964, rist. 1988; vol. II, a cura di Isnardi Parente (Margherita) e Quagliani (Diego), Torino, Utet, 1988; vol. III, a cura di Isnardi Parente (Margherita) e Quagliani (Diego), Torino, Utet, 1997;
- Bosio (Edoardo), *Trattato dei marchi e segni distintivi di fabbrica secondo la Legge italiana e il Diritto internazionale. Della contraffazione e della concorrenza sleale*, Torino, Utet, 1904;
- Broggini (Gerardo), *Aspetti storici e comparatistici*, in Aa. Vv., *L’equità*, Atti del Convegno di studi di Lecce (9-11 novembre 1973), Milano, Giuffrè, 1975, pp. 17-45;
- Caprioli (Severino), *Tre capitoli intorno alla nozione di «regula iuris» nel pensiero dei glossatori*, in «Annali di storia del diritto», V-VI (1961-1962), pp. 231-266;
- Cesarini Sforza (Widar), *Il diritto dei privati*, 1929, ed. Milano, Giuffrè, 1963;
- Cimbali (Enrico), *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, Utet, 1895³;
- Cino da Pistoia, *Lectura super Codice*, Francoforti ad Moenum, 1578, rist. anast. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998, tomo I;
- Coke (Edward), *Reports*, in Sheppard (Steve), *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, vol. I, Indianapolis, Liberty Fund, 2003;
- *Institutes*, in Sheppard (Steve), *The Selected*, cit., vol. II;
- Cortese (Ennio), *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1962;
- *Tra glossa, commento e umanesimo*, in «Studi senesi», CIV (III serie, XLI), 1992, pp. 458-503;
- Cujas (Jacques), *Recitationes solennes ad librum secundum Quae-stionum Pauli*, in *Opera omnia*, tomus V, Neapoli, 1722;
- Dicey (Albert Venn), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915⁸ (trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, Il Mulino, 2003);

- Donello (Ugo), *Commentarii de jure civili*, in Idem, *Opera omnia*, Florentiae, 1840, tomus I, liber I, cap. XIII;
- Fassò (Guido), *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1968;
- *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, pp. 897-952;
- Filangieri (Gaetano), *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, 1774, ed. Palermo, Tipografia di Francesco Abbate, 1815, pp. 1-52;
- Fitting (Hermann), *Summa Codicis des Imerius*, Berlin, Guttentag, 1894;
- Frosini (Vittorio), *L'equità nella teoria generale del diritto*, in Aa. Vv., *L'equità*, cit., pp. 3-16;
- Carbagnati (Edoardo), *Il giudice di fronte alla legge ingiusta*, in «Jus», 1951, pp. 431-450;
- Gény (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq & C^{ie}, 1899;
- Gianturco (Emanuele), *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, 1881, in Idem, *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1947, pp. 3-12;
- Grossi (Paolo), *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995;
- *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 25, 1996, pp. 267-284, ora in Idem, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 275-292;
- *Interpretazione ed esegesi. (Anno 1890 - Polacco versus Simoncelli)*, in *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 33-68;
- *Modernità politica e ordine giuridico*, in *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 443-469;
- *Ripensare Gény*, in *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 143-192;
- *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000;
- *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001;
- Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005;
- Crozio (Ugo), *De aequitate, indulgentia et facilitate*, s.l., 1719;
- *De iure belli ac pacis libri tres*, Lausannae, 1759;
- Guastini (Riccardo), *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1998, pp. 185-206;
- Hobbes (Thomas), *Leviatano*, ed. Roma-Bari, Laterza, 1974;
- *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, in *Opere politiche*, a cura di Bobbio (Norberto), vol. I, Torino, Utet, 1971, pp. 391-558;
- Hotman (François), *Antitribonianus sive dissertatio de studio legum*, Pisis, 1785;
- Irnerio, *gl. iustitia in D.1.1.1. de iustitia et iure l. Iuri operam*, in Besta (Enrico), *L'opera d'Irnerio (Contributo alla storia del diritto italiano)*, II, *Glosse inedite d'Irnerio al Digestum vetus*, Torino, Loescher, 1896;
- Kaufmann (Arthur), *Diritto naturale e storicità*, in «Jus», 1959, pp. 178-196;
- Kohler (Josef), *Das Recht des Markenschutzes*, Würzburg, Stahel, 1884;
- Maggiore (Giuseppe), *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in «RIFD», 6, 1926, pp. 364-386;
- Marcadé (Victor-Napoléon), *Explication méthodique et raisonnée du code civil* (trad. it. *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, vol. I, Napoli-Parigi, 1871³, per opera e studio di G. Golia);
- Marini (Giuliano), *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida Editori, 1978;
- Martino, *Exordium Institutionum*, in Irnerio, *Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, in Palmieri (Giovanni Battista), *Scripta anecdota glossatorum*, vol. I, Bologna, Typis societatis Azzoguidianae, 1913;
- Meijers (Eduard Maurits), *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, in «Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis», XVII (1941), ora in Idem, *Etudes d'histoire du droit*, tomo IV, *Le droit roman au moyen âge*, Leyde, 1966, pp. 142-156;
- Morrone (Andrea), *Il Custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001;
- *Principio di ragionevolezza e definizione di «diritto»*, in Aa. Vv., *La ragionevolezza nel diritto*, cit., pp. 285-300;
- Orestano (Riccardo), *Le nozioni di ordinamento giuridico e di esperienza giuridica nella scienza del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1985, pp. 959-1000;
- Paladin (Livio), *Ragionevolezza (principio di)*, in «Enciclopedia del diritto», *Aggiornamento*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 899-911;
- Paradisi (Bruno), *Diritto canonico e tendenze di scuola*, in *Studi medievali. Per la storia della cultura in Italia nel Duecento e nel Trecento. Omaggio a Dante nel VII centenario della nascita*, 6, 2, 1965, ora in *Studi sul Medioevo giuridico*, vol. II, Roma 1987, pp. 525-656;
- Planiol (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, tome I, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1908⁵;
- Portalès (Jean-Étienne-Marie), *Discours préliminaire*, in *Naissance du code civil. Travaux préparatoires du Code civil, extraits choisis et présentés par Ewald (François)*, Paris, Flammarion, 2004, pp. 35-90;
- Quagliani (Diego), *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam, 1992;
- *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 49-65;
- Romano (Santi), *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in «Archivio di diritto pubblico», 1902, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 117-150;
- *Le prime carte costituzionali*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1906-1907 nella Regia Università di Modena, ora in *Lo Stato moderno*, cit., pp. 163-165;

- Saleilles (Raymond), *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, in «Revue trimestrielle de droit civil», 1, 1902, pp. 80-112;
- Santoro (Emilio), *Rule of law e "libertà degli inglesi". L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di Costa (Pietro) e Zolo (Daniello), Milano, Feltrinelli, 2003;
- Savigny (Friedrich Karl von), *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814 (trad. it. *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in *La polemica sulla codificazione*, a cura di Marini (Giuliano), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992);
- *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin, 1840 (trad. it. di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Utet, 1886);
- Scaccia (Gino), *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000;
- Silli (Paolo), *Equità (storia del diritto)*, in «Digesto delle Discipline Privatistiche», Sezione civile, vol. VII, Torino, Utet, 1991, pp. 477-498;
- Simoncelli (Vincenzo), *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso letto per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890 nell'Università di Camerino il 17 novembre 1889, in *Idem, Scritti giuridici*, vol. I, Roma, Soc. ed. del «Foro italiano», 1938, pp. 415-441;
- Spadaro (Antonino), *Contributo per una teoria della costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994;
- Tarello (Giovanni), *Sul problema della crisi del diritto*, Giapichelli, Torino, 1957;
- *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980;
- Taruffo (Michele), *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002;
- Vallejo (Jesus), *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1992;
- Vivante (Cesare), *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *I commercianti*, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1907³;
- Zagrebelsky (Gustavo), *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

¹ Nel progetto originario del *Code*, in sintonia con le concezioni di Portalis, un *Libro preliminare* prevedeva, all'art. 11 del titolo V, che il giudice sarebbe stato «ministro d'equità», da intendersi come ritorno alla legge naturale e agli usi. L'articolo, però, non venne mai accolto.

L'invenzione della *Marbury v. Madison*

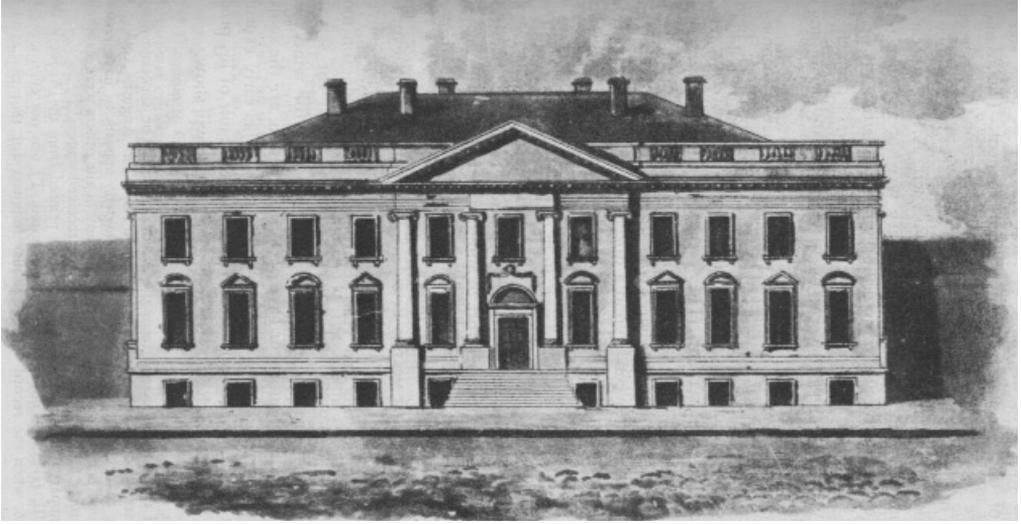
BENEDETTA BARBISAN

1. La *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)) è convenzionalmente considerata la sentenza che ha inaugurato negli Stati Uniti il sindacato di costituzionalità. Di norma, lo studio che la riguarda risolve nei corsi di diritto costituzionale il problema della legittimità del *judicial review* nel sistema americano².

Ciò non toglie, nondimeno, che essa venga sottoposta con periodica frequenza a nuovi esami, ciascuno dei quali candidato a rivelarne una volta per tutte la verità ultima – evidentemente ancora da scoprire –, quasi immancabilmente in assenza di nuovi elementi di ricerca: nessuno, cioè, che nel tempo abbia rinvenuto, in una soffitta polverosa o in un vecchio baule, un diario inedito o un carteggio dimenticato. La *Marbury v. Madison* è dunque la stessa dal 1803, ma i giuristi parrebbero non perdere il gusto di girarla e voltarla in un verso o nell'altro, esumando logiche e sensi celati tra le righe sin dall'origine. Insomma, la dottrina americana sembrerebbe ancora ben lontana dal pacificarsi sul suo autentico significato, se

non fosse per il valore fondativo universalmente riconosciute.

A redigere la *Marbury v. Madison* fu l'allora *Chief Justice* della Corte Suprema federale John Marshall, imperituramente annoverato tra i padri della patria – se non per l'intera carriera di studioso, giurista, uomo di stato e politico – per questo impagabile contributo. Può esserci del vero quando qualcuno osservi che l'eminente figura di Marshall in realtà si staglia nell'immaginario dei lettori di storia americana molto meno vividamente che quella di Pocahontas (D. O. Dewey, p. 89), né è dato di smentire che le descrizioni coeve dedicategli siano in prevalenza scarse e laconiche³; nondimeno, recandosi in visita presso la sede della Corte Suprema a Washington – oggi di gran lunga meglio alloggiata che ai tempi di Marshall, quando i giudici si vedevano costretti a lavorare in una stanza di cinquanta metri quadri presa in prestito dai locali del Senato –, tra tutte le personalità leggendarie che abbiano solcato quei corridoi, è proprio in un ritratto di John Mar-



The president House, incisione sul frontespizio al volume di Charles Janson, *Strange in America* (1807).

shall che ci si imbatte a presiedere la sala dove i giudici si riuniscono a mangiare e, poco oltre, in una camera più riservata, apparecchiata per cinque e dunque presumibilmente destinata alle riunioni della sola maggioranza, stupisce che, a sorvegliare tali intimi conciliaboli, sia proprio lo sguardo di quel William Marbury, giudice di pace mancato, il cui ricorso pare aver cambiato la storia degli Stati Uniti (J. N. Rakove, p. 1035). Curioso, però, quanto poco Marbury stesso fosse in realtà interessato a vendicare la sua mancata nomina presso il distretto di Columbia: dopo la *Marbury*, infatti, non ingaggiò alcun tentativo di ricorrere nuovamente in giudizio per ottenere il posto cui era stato destinato durante gli ultimi giorni della presidenza Adams e che il Segretario di Stato del successore Jefferson, James Madison, rifiutò di riconoscergli. Dopo una onorata carriera nella finanza svoltasi perlopiù in Maryland, nei pressi della rude, sterile pianta-

gione di tabacco dove era nato, la nomina a giudice di pace avrebbe definitivamente suggellato l'appartenenza di Marbury alla più influente *élite* del paese. Analogamente alla tradizione britannica, il giudice di pace era elevato al rango di massima distinzione nella vita pubblica locale: era sua la responsabilità di preservare l'ordine nella comunità, di comminare arresti e vigilare sulla morale per quanto attenesse al gioco d'azzardo ed alla mescolta degli alcolici, autenticava atti di proprietà, dava notizia dei cavalli e degli schiavi smarriti e sedava ogni disordine (D. F. Forte, pp. 351-52). Marbury morì senza aver mai occupato la carica, il che lo ha forse privato del coronamento istituzionale al suo *cursus honorum*, rendendogli tuttavia in compenso tra i posteri un'immarcescibile fama.

Per farsi un'idea della rinomanza e del trionfo tributati al giudice Marshall, si guardi alle più recenti statistiche: nel 1970, 65 tra presidi delle facoltà di legge e professo-

ri di diritto, storia e scienza politica vennero interpellati al fine di compilare una valutazione dei 96 giudici che avevano servito alla Corte Suprema dal 1789 fino al 1967: divisi in cinque categorie (*Great, Near Great, Average, Below Average, Failure*) e senza l'ausilio specifico di alcun ulteriore parametro di giudizio, John Marshall capitana il gruppo dei dodici meritevoli del più alto apprezzamento⁴. Ancora, nel 1983, in un numero dell'*American Bar Association Journal*, James E. Hambleton, direttore della *Texas State Law Library*, pubblicò i risultati di un sondaggio sui più grandi giudici della Corte Suprema di tutti i tempi: benché preceduto di qualche lunghezza da Oliver Wendell Holmes, anche in questo caso Marshall figura tra i giudici memorabili della storia⁵. La gloria di cui egli continua a godere ad oltre duecento anni dalla sua designazione alla Corte Suprema è inestricabilmente legata alla *Marbury v. Madison* come le polarità di un binomio indissolubile: il più rimarchevole giudice autore della più importante sentenza⁶. Fu davvero ispirato il commento di Alexander Bickel quando notò che se, invece che un uomo, Marshall fosse stato un luogo come Alamo o Gettysburg, sarebbe diventato per certo un'attrazione turistica (D. O. Dewey, p. 134).

2. Essere stata all'origine dell'intero meccanismo di giustizia costituzionale negli Stati Uniti è dunque quel che rende la *Marbury v. Madison* ben nota anche al di fuori degli ambienti accademici: per dirla con le parole di Mark Twain (A. R. Amar, p. 445), si tratta certamente di un *classico*, un caso, cioè, di cui tutti sanno o di cui hanno sentito dire, ma che pochi hanno effettiva-

mente letto, un angolo rischiarato da molta luce che, nel contempo, illumina ed offusca. E un *classico* è pure (stavolta con le parole di Italo Calvino) ciò che, «più si crede di conoscer[e] per sentito dire, tanto più quando si legg[e] davvero si trov[a] nuov[o], inaspettat[o], inedit[o]» (I. Calvino, p. 9).

La cronaca di come essa divenne la decisione più nota dell'intera giurisprudenza costituzionale statunitense non è priva di qualche ironia, se bisogna aspettare fino al 1887 perché la Corte Suprema citi per la prima volta la *Marbury* a proposito del principio del *judicial review*: nella sentenza *Mugler v. Kansas* (123 U.S. 623 (1887)), decisa dal giudice Harlan, la questione concerneva la costituzionalità di una legge⁷ in vigore nello Stato del Kansas in ottemperanza all'emendamento alla costituzione statale ratificato nel 1880 volto a proibire la produzione e la vendita di sostanze alcoliche se non a scopo medico, scientifico o meccanico. Respingendo le ragioni del ricorrente che addebitava alla legge statale la violazione del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione federale, là dove reciti che nessuno Stato possa adottare una legge che limiti «the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law», la Corte così argomentava:

it does not at all follow that every statute enacted ostensibly for the promotion of these ends is to be accepted as a legitimate exertion of the police powers of the state. There are, of necessity, limits beyond which legislation cannot rightfully go. While every possible presumption is to be indulged in favour of the validity of a statute, the courts must obey the constitution rather than the law-making department of government, and

must, upon their responsibility, determine whether, in any particular case, these limits have been passed. «To what purpose,» it was said in *Marbury v. Madison*, 1 Cranch. 137, 167, «are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation». The courts are not bound by mere forms, nor are they to be misled by mere pretenses. They are at liberty, indeed, are under a solemn duty, to look at the substance of things, whenever they enter upon the inquiry whether the legislature has transcended the limits of its authority. If, therefore, a statute purporting to have been enacted to protect the public health, the public morals, or the public safety, has no real or substantial relation to those objects, or is a palpable invasion of rights secured by the fundamental law, it is the duty of the courts to so adjudge, and thereby give effect to the constitution⁸.

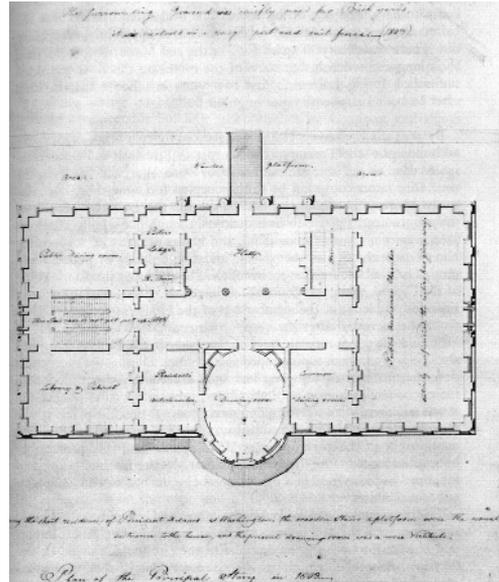
Dal 1803 al 1887, dunque, la *Marbury* rimase silente. Eppure, nel corso di quegli anni, la Corte aveva avuto ampio modo di esercitare il giudizio di costituzionalità sulle leggi: se tra il 1803 ed il 1864 le accadde per la verità solo una volta di decidere dell'illegitimità di una legge nella notoria sentenza *Dred Scott* (60 U.S. (19 How.) 393 (1857)), in ogni caso la Corte mancò in quella circostanza di riferirsi alla *Marbury*; nel periodo tra il 1865 ed il 1894, altre diciannove leggi del Congresso furono dichiarate incostituzionali, ma in nessuna di queste si richiamò la *Marbury*. Ancora, tra il 1865 ed il 1898, si decise per l'incostituzionalità di leggi statali in ben 171 casi, ma non ve ne è uno in cui la *Marbury* compaia come fondamento del *judicial review*. È vero sì che, tra il 1803 ed il 1894, la *Marbury* venne citata cinquanta volte dalla Corte Suprema, ma nella pressoché

totalità di queste sentenze è in ragione delle sue argomentazioni sul *writ of mandamus* e sulla giurisdizione originaria della Corte Suprema, non certo come paradigma per l'esercizio del sindacato di costituzionalità (D. M. Douglas, pp. 381-82).

Pure lo scarso rilievo riservato alla *Marbury* nei trattati giuridici del diciannovesimo secolo tradisce la curiosa distrazione con cui i quasi contemporanei di Marshall si misurarono con questo caso: se tanto James Kent quanto Joseph Story lo riportano nei rispettivi commentari – tra i più significativi della loro epoca –, si tratta nondimeno di vistose eccezioni. Nel manuale scritto dal già rettore della Columbia University William Alexander Duer, vengono citate oltre sessanta dichiarazioni di incostituzionalità da parte di corti statali e federali, inclusa la stessa Corte Suprema, ma da tale lista manca del tutto qualsiasi remoto richiamo alla *Marbury*, la quale fa la sua comparsa esclusivamente con riferimento alla giurisdizione originaria della Corte Suprema. Thomas Cooley, esimio giurista nonché entusiasta propugnatore del sindacato di costituzionalità, dedicò trenta pagine all'analisi «Of the Circumstances Under Which a Legislative Enactment May Be Declared Unconstitutional» (T. M. Cooley, 1868) senza neppure menzionare la *Marbury*, malgrado discutesse altri casi di *judicial review*. Nel suo manuale destinato agli studenti di diritto costituzionale (T. M. Cooley, 1898), inoltre, tratta sì del *judicial review*, precisando che «the judiciary is the final authority in the construction of the Constitution and the laws, and its construction should be received and followed by the other departments», ma non segnala minimamente la *Marbury* come il primo, autorevole riferimento in proposito.

Altre pubblicazioni ancora risalenti alla seconda metà del diciannovesimo secolo omettono senza deroga la *Marbury*, pur prendendo in esame il sindacato di costituzionalità: come molti colleghi, John Norton Pomeroy, preside della facoltà di legge alla New York University, cita la *Marbury* solo in merito alla giurisdizione della Corte ed al *writ of mandamus*, ma non al *judicial review*. Egli scrive che «the national Judiciary is the final arbiter as to the meaning of the Constitution», disponendo del potere di dichiarare «the validity of a statute of Congress or of a state legislature»: a questo scopo, produce quattro sentenze della Corte Suprema, ma tra queste non ricorda la *Marbury* (J. N. Pomeroy, pp. 95-96). Il giudice della Corte Suprema Samuel Miller descrisse la *Marbury* come una «very lengthy, and an exhaustive discussion of the power of a court of law to compel officers by the writ of *mandamus* to discharge duties which it is clear they are bound to perform, and in regard to which they have no discretion» (S. F. Miller, p. 385), dando prova di un quantomeno sintomatico *understatement* rispetto alla *Marbury* in qualità di fondamento del *judicial review*. John Burgess, preside della facoltà di scienze politiche alla Columbia University, pubblicò un trattato in due volumi (J. W. Burgess) nel quale discusse del sindacato di costituzionalità, ma in assenza di qualsiasi cenno alla *Marbury*. Christopher Tiedeman notò che «whenever an act of the legislature contravenes a constitutional provision, it is void, and it is the duty of the courts so to declare it» (C. G. Tiedeman, p. 5), ma non ricondusse il principio alla *Marbury*.

Piuttosto considerevole è dunque l'elenco delle trattazioni giuridiche date alle stampe durante la seconda metà del dician-



Plan of the Principal Story of the President's House in 1803, disegno originale di Benjamin H. Latrobe.

novesimo secolo che, con riferimento al sindacato di costituzionalità, trascurano del tutto la *Marbury* (D. M. Douglas, p. 384 ss): l'ironia non può non tramutarsi in sospetto al constatare che la sentenza giudicata più importante nell'intera giurisprudenza americana, la pietra angolare del *judicial review* come viene insegnato nelle università, non era affatto percepita come tale da buona parte dei coevi e delle generazioni immediatamente successive. Per essere stata il *Big Bang*⁹ della giustizia costituzionale negli Stati Uniti, la dirompenza e la tempestività con cui i suoi effetti vennero propagandosi non furono propriamente quelli di una deflagrazione.

3. *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*¹⁰ (noto anche come «*Income Tax Case*») fu il primo caso in cui la *Marbury* venne citata per giustificare l'esercizio del *judicial review*: era il 1895.

Dietro la campagna del partito populista che, a partire dai primi anni novanta, reclamava un'imposta graduale sul reddito al fine di risanare il *deficit* federale, il Congresso varò nell'agosto 1894 «*An act to reduce taxation, to provide revenue for the government, and for other purposes*», a fronte del quale, tra l'altro, i profitti netti derivanti da titoli azionari superiori ai quattro-mila dollari andavano gravati di una tassa pari al due per cento di essi. Charles Pollock possedeva dal maggio 1892 quote della compagnia *Farmers' Loan & Trust* per un ammontare pari ad oltre cinquemila dollari, dunque avrebbe dovuto corrispondere quanto previsto dalla normativa. Invece, contestò la legge del Congresso e ricorse in giudizio, sfidandone la legittimità costituzionale. Questo il senso del suo appello: poiché qualsiasi tassa comminata sugli interessi di un titolo azionario o di altra proprietà personale era da considerarsi una tassa sul titolo azionario o sulla proprietà personale stessa, quindi una *direct tax* – proprio come qualsiasi imposta sulle rendite derivanti da un fondo in realtà si rivelava un'imposta sul fondo stesso –, essa andava soggetta alla regola della spartizione tra gli Stati in proporzione alla loro popolazione, secondo quanto regolato dalla Costituzione, e non applicata uniformemente ed indistintamente tra di essi come il Congresso aveva invece disposto.

Ora, la definizione di *direct tax* non era mai stata chiarita sin dalla ratifica della Costituzione pur se, piuttosto unanimemente, da sempre le corti si erano tenute

in genere rigidamente vincolate ad un'interpretazione restrittiva della clausola¹¹. Per risalire alla causa prima di tale vaghezza, è necessario tornare indietro fino alla genesi viziata delle previsioni costituzionali in materia di tassazione.

La questione fiscale stava molto a cuore agli Americani delle origini, non solamente perché era stata il motore dell'impresa rivoluzionaria, ma perché fu pure tra le principali ragioni per le quali i Federalisti avviarono la campagna contro gli Articoli della Confederazione (B. Ackerman, p. 7 nt. 16). Il Congresso non aveva di fatto alcun potere fiscale davvero operativo nei confronti degli Stati: l'Articolo VIII (1781), infatti, decretava che «*common treasury [...] shall be supplied by the several States, in proportion to the value of all land within each State*», ma non autorizzava il Congresso a comminare alcuna sanzione a carico degli Stati inadempienti. Tale lacuna era particolarmente significativa alla luce di quanto disposto dall'Articolo II: «*Each State retains its sovereignty, freedom and independence, and every power, jurisdiction and right, which is not by the confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled*». Questo sistema fallace reclamava di essere corretto, e solo una nuova costituzione avrebbe potuto finalmente destinare al governo centrale un adeguato potere di tassazione. Quel che ne risultò fu la Sezione 8, Paragrafo 1 dell'Articolo I: «*The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises [...]; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States*».

La contesa si sarebbe chiusa a questo stadio di confronto, la Sezione 8 sarebbe rimasta l'unica previsione costituzionale in mate-

ria fiscale e nessuno avrebbe avvertito l'esigenza di riferirsi alle *direct taxes*, se non avesse fatto il suo ingresso nel dibattito in Convenzione il problema della schiavitù e di come calibrare la rappresentanza al Congresso dei singoli Stati. Va da sé che, se a contare fossero stati solo i bianchi, la Pennsylvania ed il Massachusetts avrebbero di gran lunga sovrastato la Virginia o la Carolina del Sud in termini di seggi al Congresso (e di Grandi Elettori), per cui gli Stati del Sud spingevano per introdurre un correttivo più favorevole. Benjamin Franklin avanzò un primo compromesso per il quale il Senato avrebbe avuto una rappresentanza identica per tutti gli Stati ed invece la Camera in ragione della popolazione di ciascuno ma, benché in termini dimezzati, la controversia sussisteva ancora, e i toni echeggiano urticanti all'orecchio sensibile di un contemporaneo: infatti, a chi al Sud rivendicava di includere anche i neri nella conta, si rispondeva che, se gli schiavi erano proprietà e per questo andavano contati, altrettanto valeva per le mucche ed i cavalli del Nord.

Un passo in avanti venne spronato a quel punto da Gouverneur Morris: se il Sud insisteva per una rappresentanza che tenesse in conto anche la presenza degli schiavi, perché non far pagare l'accogliamento di tale rivendicazione in termini fiscali (B. Ackerman, p. 9)? Il governo federale, cioè, avrebbe tassato gli Stati sulla base della rispettiva rappresentanza: tanto più larga questa perché comprensiva pure degli schiavi, quanto più alta la leva dei tributi federali. Nondimeno, in questa maniera, il rischio era di fare un passo avanti e due indietro nell'edificazione di una sistema fiscale finalmente federale, dal momento che – imponendo ancora una volta quote distinte ai singoli Stati e dunque

chiedendo loro di farvi fronte – di nuovo non vi sarebbe stato alcun rimedio a disposizione del governo federale nel caso di uno Stato insolvente. Come abbiamo avuto modo di constatare, la Sezione 8, Paragrafo 1 dell'Articolo I aveva finalmente attribuito al Congresso il potere di imporre tributi: rimettersi nuovamente agli Stati intaccava sensibilmente la conquista appena approvata, significava, cioè, incaricare ancora della leva fiscale i singoli Stati, di fronte all'omissione dei quali l'autorità centrale non poteva fattivamente nulla.

Morris pensò allora di correggere lievemente la sua proposta iniziale, precisando che il meccanismo di imposizione fiscale in proporzione alla rappresentanza si sarebbe attivato limitatamente alle *direct taxes*, senza specificare cosa fossero esattamente: una volta quadrato il cerchio, infatti, sarebbe stato uno sciupio di tanti sforzi sollevare obiezioni pratiche. In questo modo, invece, l'idea incontrava il favore di entrambe le fazioni e tanto il Nord che il Sud potevano chiamarsi trionfanti alla fine della disputa: il Nord antischiavista si assolveva dall'avallo prestato al metodo della rappresentanza dei neri, condizionandolo ad una tassazione federale in proporzione; il Sud si diceva soddisfatto tanto più quanto la portata delle *direct taxes* potesse tenersi circoscritta. Qualcosa da guadagnare c'era anche per il governo federale, terza parte in causa: nella misura in cui si fosse tenuto alla larga dall'imposizione di *direct taxes*, avrebbe evitato di poggiare il sistema sulla prestazione degli Stati, cosicché le sue *chances* di impiantare un regime di leva fiscale davvero nazionale si sarebbero vertiginosamente ingrossate.

Non si può ascrivere il difetto di astrattezza della clausola sulla *direct taxation* a chi

la propose: il suo scopo, per l'appunto, era di scongiurare il rischio di collasso dell'Unione – prima ancora del suo collaudo – a causa della schiavitù. Era uno dei termini dello scambio, e non faceva parte delle priorità definirne il contenuto: un dibattito più accorato sul significato di *direct taxation* e le speranze di accordo sarebbero drasticamente sfumate (B. Ackerman, p. 11). Se ce ne fosse bisogno, la natura compromissoria della *direct taxation* è attestata dalla stessa logica della previsione costituzionale che la riguarda: essa si trova, infatti, alla Sezione 2, Paragrafo 3 dell'Articolo I (e non alla Sezione 8, Paragrafo 1, sua collocazione naturale, si sarebbe detto), là dove si disciplina il conteggio della popolazione di ciascuno Stato, al cui numero di residenti bianchi vanno a sommarsi i tre quinti dei neri presenti sul territorio. Contestualmente, e limitatamente alle *direct taxes*, questo si sarebbe tradotto in una imposizione fiscale a carico degli Stati del Sud più alta in proporzione ai tre quinti in aggiunta: «Representatives and direct Taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union».

Tanto per complicare ulteriormente il quadro, esiste una seconda disposizione costituzionale in merito alla *direct taxation*, ed è quella alla Sezione 9, Paragrafo 4 dell'Articolo I, il cui testo recita: «No Capitation, or other direct, Tax shall be laid [sarà corrisposta], unless in Proportion to the Census or Enumeration therein before directed to be taken».

In prima battuta, in questa previsione non si faceva alcuna menzione alle *direct taxes*, avendo essa una *ratio* del tutto estranea (B. Ackerman, pp. 12-13). La Sezione 9, Paragrafo 1 stabiliva la corresponsione di

un tributo massimo di dieci dollari in capo agli Stati per ogni schiavo importato: se le tasse sulla persona (*capitation*) fossero state imposte non in ragione della spartizione tra gli Stati (cioè secondo il compromesso dei tre quinti), ma calcolando i neri alla stessa stregua dei bianchi, gli Stati del Sud avrebbero finito per pagare in ogni caso quel che avevano risparmiato grazie alla limitazione delle imposte di importazione degli schiavi. Dunque, la prima stesura della Sezione 9, Paragrafo 4 aveva il senso di blindare quanto fissato nella Sezione 9, Paragrafo 1 ed era formulata così: «No Capitation tax shall be laid, unless in proportion to the Census...».

Il riferimento alla *direct taxation* intervenne solamente in un secondo momento, quando alcuni esponenti alla Convenzione¹² temettero che, ai rispettivi Stati di provenienza, il nuovo governo federale avrebbe comandato di onorare il versamento dei tributi imposti dagli Articoli della Confederazione non ancora corrisposti: trattandosi di debiti precedenti alla ratifica della nuova Costituzione, la Sezione 2, Paragrafo 3 – che prevedeva la spartizione proporzionata tra Stati esclusivamente per le esazioni fiscali del futuro prossimo: «... direct Taxes shall be apportioned...» – non si sarebbe potuta applicare, cosicché ciascuno Stato avrebbe dovuto far fronte ai propri debiti pregressi sulla base della sua effettiva popolazione. Aggiungendo la mera precisazione «or other direct», il testo originale della Sezione 9, Paragrafo 4 suonava così: nessuna tassa sulla persona, o altra tassa diretta, sarà pagata se non in proporzione dei tre quinti. Tali Stati si assicuravano pertanto che, a fronte di qualsiasi richiesta di riscossione dei gravami ancora insoluti, la Costituzione disponesse che essi

dovessero essere corrisposti esclusivamente nei termini fissati dal compromesso.

In definitiva, al termine della Convenzione, la Costituzione presentava ben tre diverse disposizioni in materia di leva fiscale:

- la Sezione 8, Paragrafo 1: al Congresso è conferito il potere generale di imporre «*Taxes, Duties, Imposts and Excises*», ma solo «*Duties, Imposts and Excises*» devono essere omogenei tra tutti gli Stati, le *taxes* invece no;
- la Sezione 2, Paragrafo 3: rappresentanza e *direct taxation* vengono proporzionate secondo la popolazione degli Stati calcolata sommando ai bianchi i tre quinti dei neri;
- la Sezione 9, Paragrafo 4: impone agli Stati di versare tasse sulla persona o qualsiasi altra *direct tax* secondo le proporzioni dettate dal compromesso dei tre quinti.

Stando a quanto detta la Sezione 8, le *taxes* sono tributi non omogeneamente ripartiti tra gli Stati: questo significa che *devono* non essere omogenei o che *possono* non essere omogenei? In altre parole, al Congresso fa capo l'*obbligo* o la *facoltà* di levare *taxes* non omogenee? Nel primo caso, *taxes* e *direct taxes* coinciderebbero; nel secondo le *direct taxes* sarebbero una sottospecie del genere *taxes*. Dirimente diviene il disposto della Sezione 9: esso specifica che le tasse sulla persona (*capitation*) e qualsiasi altra tassa diretta (*direct tax*) devono essere corrisposte in proporzione al rapporto stabilito dal compromesso dei tre quinti. Se *taxes* e *direct taxes* fossero stati due modi diversi di indicare un identico genere di tributi, sarebbe stato più ragionevole scrivere la Sezione 9 in questi termini: nessuna tassa, al di fuori dei «*Duties, Imposts and Excises*», dovrà essere versata se non in

accordo alla proporzione fissata dal compromesso dei tre quinti. Se, invece, si è scritto che le *direct taxes* saranno corrisposte in proporzione, questo lascerebbe intendere che *taxes* e *direct taxes* siano diverse, nello specifico le seconde un sottoinsieme ristretto delle prime e soggette al calcolo in proporzione¹³.

Da come si è ricostruito il dibattito alla Convenzione sulla materia fiscale, è di tutta evidenza che non si possa ascrivere la promiscua distinzione tra *taxes* e *direct taxes* ad una qualche teoria economica¹⁴: essa fu, al contrario, solo la moneta di scambio con cui gli Stati tanto del Sud che del Nord vennero persuasi a restare nell'Unione ancora da varare e seriamente esposta al rischio di un fallimento già ai primi vagiti. Resta da accertare, tuttavia, cosa sarebbe stata capace di cavar fuori una Corte da tanta ambiguità.

3.1. Quando, nel giugno 1794, il Segretario del Tesoro sotto la presidenza Washington Alexander Hamilton introdusse una tassa sulla proprietà delle carrozze («*Carriage Tax Act*»¹⁵), il tabacco da fiuto, il consumo dei liquori e lo zucchero raffinato, i Repubblicani capitanati da Jefferson decisero di ricorrere in giudizio, asserendo la natura di *direct tax* dell'imposta – quindi da spartire in proporzione tra gli Stati – al fine di contrastare il crescente potere di leva da parte del governo federale e dunque sfidandone la costituzionalità. Durante il dibattimento in aula davanti alla Corte Suprema, la disciplina costituzionale in materia fiscale venne evocata dai ricorrenti a memento del patto presuntamente suggellato tra gli Stati per una esazione fiscale spartita e proporzionata, come se la *direct taxation* dovesse rappresentare la regola; viceversa, i giudi-

ci della Corte ricordarono che quelle previsioni costituzionali erano invece l'esito di un travagliato mercanteggiamento intrecciato durante la Convenzione. Il giudice Iredell apoditticamente sentenziò:

the tax ought to be uniform; because the present constitution was particularly intended to affect individuals, and not states, except in particular cases specified: And this is the leading distinction between the articles of confederation and the present constitution¹⁶.

Era tempo oramai che i contribuenti si sentissero al fine parte di una vera comunità nazionale, le cui politiche tributarie non risentissero della longitudine in cui a ciascuno capitava di risiedere. Le *direct taxes* erano state pensate – e non sarebbero state smentite in quella sede – come imposte eccezionalmente spartite tra gli Stati in proporzione alla loro popolazione, non certo volte a riesumare il sistema statale di esazione fiscale dei tempi della Convenzione. A partire dall'anno successivo alla *Hylton*, il Congresso impose aliquote fiscali progressive ai beneficiari di lasciti ed ai titolari di azioni in compagnie assicurative ed istituti di credito¹⁷. Di lì in avanti, ad ogni tentativo di dilatare il concetto di *direct taxation*¹⁸, la Corte Suprema rimase coerente con la sua prima, restrittiva linea interpretativa. Fu solo con il caso *Pollock* che abiurò tale ininterrotta persistenza.

3.2. Quando, nell'agosto 1894, venne varato il summenzionato «*An act to reduce taxation, to provide revenue for the government, and for other purposes*» contro il quale Pollock sarebbe ricorso in giudizio, la tensione negli Stati Uniti era oltre la soglia di guardia: il processo di industrializzazione aveva prodotto disuguaglianze profonde, contro le

quali la classe dei lavoratori reagiva scioperando in tutto il paese, gli spiriti erano esacerbati come alla vigilia della guerra civile e l'abisso del conflitto sociale da cui gli americani pensavano di essere naturalmente distanti e cui solo l'Europa pareva destinata si stava invece spalancando sotto i loro piedi. Gli esponenti dell'industria si sollevarono in una protesta incandescente contro la legge, accusando il Congresso di patrocinare le ragioni delle classi più povere e di dichiarare guerra all'iniziativa economica onesta. Il Senatore David Hill di New York descrisse la tassa come il lavoro di anarchici, comunisti e socialisti. John Forrest Dillon, un avvocato di Wall Street, già giudice statale e federale, nonché sostenitore accanito del *laissez-faire*, liquidò l'imposta come un esempio di «class legislation of the most pronounced and vicious type», sovversiva ed essenzialmente rivoluzionaria (D. M. Douglas, p. 390).

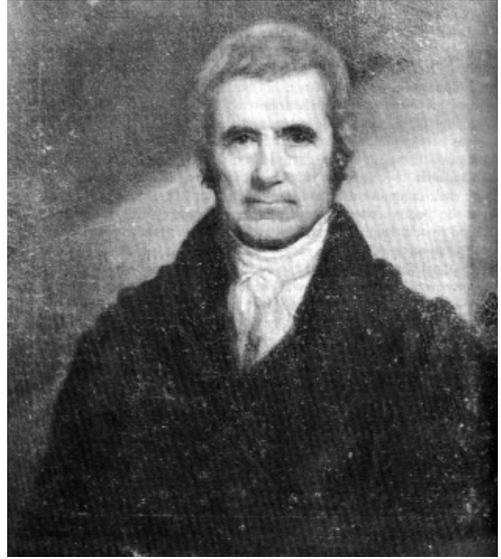
La protesta mirò da subito a contestare la costituzionalità della legge, sulla base del fatto che una imposta sui profitti derivanti da titoli azionari equivaleva in effetti ad una imposta sui titoli azionari stessi, proprio come un tributo riscosso dalle rendite di un fondo gravava sul fondo stesso, il che dava luogo ad una *direct tax*, soggetta – secondo quanto previsto dall'Articolo I della Costituzione federale – non ad una riscossione uniforme, ma spartita tra gli Stati in ragione della loro popolazione: più intensa la concentrazione demografica (comprensiva dei tre quinti della manovalanza nera), cioè, più alta l'aliquota fiscale. Argomenti familiari – si dirà –, gli stessi, cioè, con cui i Repubblicani in occasione della *Hylton* avevano cercato di dimostrare la natura *direct* della «*Carriage Tax Act*» e che la Corte aveva risolutamente respinto. Con la differenza

che, nel caso *Pollock*, i giudici invece si ricredettero ed infransero per la prima volta una dottrina in uso oramai da quasi un secolo.

Nella memoria presentata alla Corte, Joseph Choate, uno dei legali di Pollock, si appellò tanto alla *Marbury* quanto a John Marshall per ribadire la competenza della Corte Suprema a dichiarare l'incostituzionalità dell'imposta oggi con pari energia ed autorevolezza di allora (nessuno prima di lui lo aveva fatto, neppure in occasione del procedimento *Mugler v. Kansas*¹⁹):

if it be true that a mighty army of sixty million citizens is likely to be incensed by this decision, it is the more vital to the future welfare of this country that this court again resolutely and courageously declare, as Marshall did, that it has the power to set aside an act of Congress violative of the Constitution, and that it will not hesitate in executing that power, no matter what the threatened consequences of popular or populist wrath may be²⁰.

Nel redigere l'opinione della Corte (peraltro decretata con un solo voto di scarto fra i suoi membri), il *Chief Justice* Melville Fuller inquadrò la tassa sul reddito come un attacco alla proprietà in quanto, in qualche misura, redistribuitiva delle ricchezze; pertanto, si negava al governo federale la prerogativa di imporla, assegnando pieno potere di esazione agli Stati in ragione di una vaga e pressoché onnicomprensiva *direct taxation*. A suffragio della sentenza non citò alcun precedente, né seppe rifarsi ad una qualche decisione assunta dalla Corte in materia (F. R. Jones, p. 203). Citò, però, la *Marbury*, proprio in apertura e con un immediato ed esplicito appello, nella speranza di ricavarne una credibilità che la *Pollock* – col censurare una legislazione fiscale non solo pienamente costituziona-



Jefferson in Profile, ritratto di G. B. J. F. De Saint-Mémin, 1804.

le, ma pure auspicata dalla maggioranza degli elettori del tempo – non era evidentemente in grado di guadagnarsi da sé:

since the opinion in *Marbury v. Madison* [...] was delivered, it has not been doubted that it is within judicial competency, by express provisions of the Constitution or by necessary inference and implication, to determine whether a given law of the United States is or is not made in pursuance of the Constitution, and to hold it valid or void accordingly. 'If,' said Chief Justice Marshall, 'both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution, or conformably to the constitution, disregarding the law, the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.' And the chief justice added that the doctrine 'that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law,' 'would subvert the very foundation of all written constitutions.' Necessarily the power to declare a law unconstitutional is always exercised with reluctance; but the

duty to do so, in a proper case, cannot be declined, and must be discharged in accordance with the deliberate judgment of the tribunal in which the validity of the enactment is directly drawn in question²¹.

Inoltre, nella sua *concurring opinion*, il giudice Field intimò che la sfida al capitale era solo agli inizi e che una guerra del povero contro il ricco, sempre più fiera, sempre più amara, avrebbe occupato la scena politica di lì in avanti. Per parte loro, i giudici dissenzienti riconobbero nella *Pollock* uno degli esercizi più disastrosi da parte della Corte, la resa del potere di esazione fiscale di fronte alla classe agiata, il sordido dispotismo della ricchezza, una calamità nazionale (D. M. Douglas, p. 393).

Quel che seguì alla pubblicazione della sentenza fu una sollevazione pubblica generale: «nothing has ever injured the prestige of the Supreme Court more» (B. Ackerman, p. 5) fu il commento del presidente William Howard Taft, tanto che, «nella storiografia costituzionale progressista, [tale sentenza] ha sempre rappresentato l'usurpazione giudiziaria per eccellenza» (M. J. Horwitz, p. 23 e p. 24).

Il suo dispositivo verrà ribaltato dalla ratifica del Sedicesimo Emendamento invocato *coram populi* nel 1913: sarà solo la terza volta nella storia degli Stati Uniti, dopo l'Undicesimo promulgato nel 1798 come reazione alla *Chisholm v. Georgia* (2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793)) e il Quattordicesimo nel 1868 dopo la *Dred Scott* (60 U.S. (19 How.) 393 (1857)). Ma già nel corso delle elezioni presidenziali del 1896, il partito democratico e quello populista fecero della contestazione alla Corte ed al suo spregiudicato esercizio del sindacato di costituzionalità nella *Pollock* uno dei temi cocenti della campagna, invocando persino

il ricorso all'*impeachment* per i cinque giudici della maggioranza che decise il caso. Il già governatore democratico-populista dello Stato dell'Oregon Sylvester Pennoyer attaccò la Corte in una serie di articoli pubblicati sulla *American Law Review*. Avendo il *Chief Justice* Fuller citato la *Marbury* e John Marshall quali numi tutelari a difesa della *Pollock*, in uno dei suoi pezzi Pennoyer diede addosso ad entrambi:

ever since 1803, when the Supreme Court assumed the right to supervise the laws of Congress [citing *Marbury*], [...] we have had a substituted government, under which Congress has abrogated the exclusive prerogative of making laws conferred upon it by the Constitution. We have, during this time, been living under a government not based upon the Federal Constitution, but under one created by the plausible sophistries of John Marshall. [...] Our constitutional government has been supplanted by a judicial oligarchy²².

Dunque, la polemica era traslata dal merito intrinseco della *Pollock* alla legittimità del *judicial review* amministrato dalla Corte. Allo scopo di sostenere la propria causa, i partigiani della politica espressa nella *Pollock* colsero l'occasione nel 1901 per celebrare enfaticamente il centenario della designazione di John Marshall a *Chief Justice*: l'ala più conservatrice dell'*American Bar Association* indisse cerimonie di festeggiamento in trentotto Stati e nel Distretto di Columbia; una pomposa rievocazione si ebbe persino al Campidoglio alla presenza di membri del Congresso, della Corte Suprema – *ça va sans dire* – e del corpo diplomatico. I discorsi resi in tutta la nazione durante il *Marshall Day* vennero riuniti in una collettanea di tre volumi: nessuna sentenza decisa da Marshall ebbe tanta attenzione quanto la *Marbury* (D. M. Dou-

glas, pp. 398-99). John Forrest Dillon ne scrisse l'introduzione con questi accenti:

and what a change Marshall wrought [in *Marbury*!]! The popular notions a century ago were deeply tinctured with the doctrines and theories engendered by the French Revolution – the supreme and uncontrollable right of the people to govern. *Marbury's Case* opened a new chapter in the history of constitutional governments. That decision said to Congress, [...] "if you enacted a law in conflict with the Constitution it is utterly void, and the court, although only a coordinate department, has the right under the Constitution so to decide, and such decision is authoritative and final, binding throughout the land upon States and people". [...] Verily a new charter of individual rights and liberties were here proclaimed²³.

In uno dei discorsi compresi nella raccolta, inoltre, un avvocato di New York, Bourke Cockran, dichiarò che, in tutte le circostanze in cui la Corte Suprema aveva esercitato il *judicial review*, il popolo aveva sostenuto le sue decisioni a piena unanimità, ignorando deliberatamente casi eclatanti in conseguenza dei quali – come abbiamo già avuto modo di ricordare – si dovette provvedere addirittura alla ratifica di emendamenti costituzionali al fine di ribaltare la giurisprudenza della Corte.

A partire dalla *Pollock*, la Corte prese a citare la *Marbury* con assiduità crescente²⁴, i trattati di diritto costituzionale che, durante la seconda metà dell'Ottocento, l'avevano ignorata del tutto cominciarono a prestarle un inedito interesse²⁵, e le parti in giudizio vi si rifecero con sempre maggiore frequenza (D. M. Douglas, p. 406).

In definitiva, dopo le celebrazioni della ricorrenza, la *Marbury* – e Marshall con essa – ardeva di luce nuova nel firmamento della giurisprudenza costituzionale: i giuristi conservatori, infatti, le facevano dire ciò

che gradivano sentire, e per questo la sentenza assunse in breve un valore quasi sacro. Non sorprende, pertanto, che – allo scadere del centenario della *Marbury* nel 1903 – i festeggiamenti continuarono e con altrettanta esaltazione (D. M. Douglas, p. 401).

4. Come potrebbe spiegarsi la sterzata con cui, in occasione della *Pollock*, la Corte Suprema deviò dai precedenti?

Alla domanda: perché quel che sembrava aver preso forma in una giurisprudenza consolidata venne ostentatamente messo in discussione?, si potrebbe rispondere che, quando fu emessa la sentenza *Pollock*, il principio antiredistributivo era arrivato ad essere considerato parte essenziale del diritto costituzionale di uno stato neutrale. «In una nazione [come gli Stati Uniti] in cui mancavano sia un ordine sociale stabilizzato sia una religione consolidata che potessero fornire il cemento sociale per una legittima autorità, gli americani, fin dall'inizio, trasformarono la *rule of law* in una "religione civile". [...] Se nel 1776 la tirannia della maggioranza poteva ben significare tirannia di una setta religiosa, nel 1830 era venuta a rappresentare quasi esclusivamente la paura della perequazione e della confisca – ossia la paura della redistribuzione della ricchezza e del trasferimento di potere dai ricchi ai poveri» (M. Horwitz, p. 359).

Durante il diciannovesimo secolo, per ben due volte si aprì in America il dibattito se introdurre un sistema di codificazione ispirato al modello francese: chi vi si opponeva, si affaccendava a dimostrare che i giudici non creavano diritto ma si limitavano ad applicarlo e che il diritto era una

scienza e il ragionamento giuridico diverso dal ragionamento politico. In questa ricerca della cultura giuridica autonoma e neutra, una delle soluzioni più congeniali fu la netta separazione tra diritto pubblico e diritto privato: quest'ultimo «si occupava solo di *meum e tuum*, di transazioni tra individui privati [...]. In queste materie, lo stato non aveva alcun altro interesse se non quello di assicurare un ordinamento giuridico imparziale e apolitico» (M. Horwitz, p. 8) attraverso un processo di astrazione e generalizzazione del diritto, ossia svincolando «le regole giuridiche da quel terreno di prova che è costituito dagli incontri regolari con i casi concreti della vita sociale. Ad esempio, la generalizzazione permise ai giudici di applicare ai contratti di lavoro e di consumo, tra parti estremamente diseguali, lo stesso insieme di regole che veniva applicato ai rapporti contrattuali tra sofisticati uomini d'affari in possesso più o meno delle stesse informazioni e con un potere contrattuale equivalente. In verità, tale indifferenza al contesto reale veniva considerata come un'importante salvaguardia che avrebbe assicurato la neutralità e l'indipendenza del diritto dalla politica» (M. Horwitz, p. 16), essendo il diritto pensato indipendente dalla volontà umana e insuscettibile di essere trasformato dall'ingegneria sociale (M. Horwitz, p. 228).

Dunque, ad un estremo della sequenza giuridica, stava il positivismo continentale, il cui comando legislativo – tipico dei paesi animati da un potere dispotico, almeno agli occhi degli statunitensi – riconosceva la legittimità e la necessità della coercizione sociale per mantenere l'ordine e assicurare la giustizia. Dall'altro versante, si trovava la filosofia estremamente individualistica dei diritti naturali attecchita in America sin-

dalla rivoluzione e fondata sulla volontà sovrana del singolo e sul carattere prepolitico del diritto di proprietà. Ora, dimostrando un diffuso timore nei confronti della disintegrazione sociale, i pensatori del tardo Ottocento tentarono di negare la validità della teoria sui diritti naturali senza tuttavia abbracciare il carattere maggioritario del potere legislativo. La mediazione tra i due termini poteva essere solo la consuetudine di *common law* come «cuscinetto tra il consenso e la coercizione» (M. Horwitz, p. 252), il mezzo attraverso il quale, cioè, poteva legittimarsi «la coercizione sociale senza dover riconoscere che essa era coercitiva. Appagava a un tempo il desiderio conservatore di ordine e stabilità, perpetuando l'idea che ciascun individuo avesse prestato il proprio consenso» (M. Horwitz, p. 218). E naturalmente la consuetudine era in grado di rispondere a questa funzione tanto prontamente quanto avesse dimostrato la sua oggettività *iuxta propria principia*.

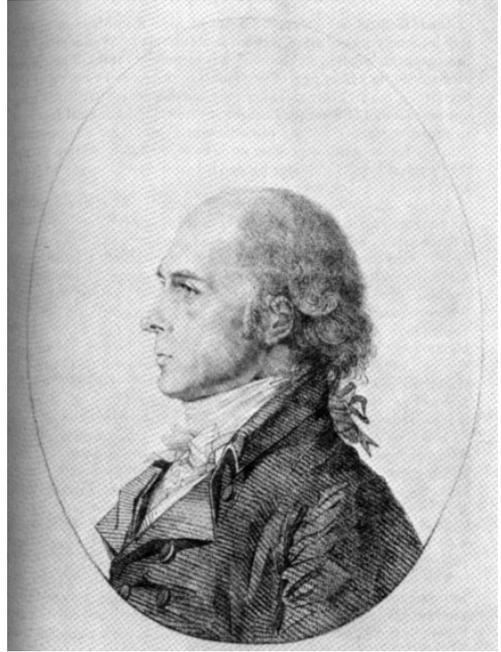
La sentenza *Pollock* era figlia di questo clima culturale.

E però, siccome già nel 1895 il concetto classico di proprietà si andava disfaccendo sotto la pressione dei cambiamenti economici e sociali, anche gli standard oggettivi cominciarono a perdere gradualmente la loro vitalità, ed altrettanto la «relazione incestuosa tra pensiero giuridico ortodosso e concezioni economiche relative ad un mercato capace di autoregolazione» (M. Horwitz, p. 369). Il caso *Pollock* assieme a tutto il suo impianto teorico, le sue categorie rigide e la sua ortodossia cadde proprio al volgere di questa rivoluzione culturale, in cui questioni come quella della proprietà e della redistribuzione della ricchezza stavano per essere avvertite per la prima volta come «campi di battaglia nei quali non esi-

stono determinazioni di significati valide per sempre» (M. Horwitz, p. 233). Alla scienza giuridica precisa come un ragionamento matematico, alle differenze di tipo andavano pertanto sostituendosi differenze di grado, e il mondo non era più un insieme di realtà dai netti contorni in bianco e in nero, da azionare come una sorta di interruttori intellettuali, ma piuttosto un *continuum* di realtà sfumate che chiedevano di essere tracciate in grigio (M. Horwitz, p. 373).

Si può ipotizzare che la costruzione di un simile sistema di rigide categorie del tutto affrancate dal reale e dai tormenti che scuotevano la società fosse la maniera con cui la prima generazione di intellettuali fondamentalmente laici – se così è dato di pensare all’ortodossia giuridica americana del tardo Ottocento – cercasse di proteggersi dall’assenza della fede, come se solo la paura dell’aldilà potesse impedire agli individui di trasformarsi in bestie (M. Horwitz, p. 373). Sta di fatto, però, che la difesa *in extremis* di tale impianto teorico che la Corte tentò nella *Pollock* incalzò al contempo l’ultimo sussulto della tradizione giuridica ortodossa ed il primo singulto di una comunità lacerata che, in luogo della mano invisibile, invocava una giustizia *giusta*, invece di un arbitro neutrale ed apolitico una equa distribuzione della ricchezza.

Non stupisce, allora, se il caso *Pollock* fu in grado di innescare militanze estreme tanto infuocate. Soprattutto, per la prima volta, la Corte avvertì la necessità di legittimare l’esercizio del *judicial review* di fronte alle masse oltraggiate dalla sua parzialità a difesa di uno *status quo* già ordinato all’oblio. Nel momento in cui il diritto, un tempo neutro ed indifferente, si fa prodotto del conflitto sociale, la *Marbury* diventa il



James Madison

crisma con cui ungere misticamente i casi più discussi, la sua forza retorica il condono alla natura controversa delle decisioni più contestate.

Ma – viene da chiedersi – perché proprio la *Marbury*? Di certo – lo abbiamo notato – perché aveva sancito quasi un secolo prima che

it is within judicial competency, by express provisions of the Constitution or by necessary inference and implication, to determine whether a given law of the United States is or is not made in pursuance of the Constitution, and to hold it valid or void accordingly

e, dunque, perché attribuiva alla Corte Suprema il potere di stabilire cosa fosse compatibile con la Costituzione e cosa non lo fosse. Ma c’è di più. Quando Marshall spiega che l’atto di designazione all’indi-

rizzo di Marbury gli dà titolo ad esigere la sua nomina poiché la firma in calce al documento del presidente Adams lo rende pienamente eseguibile, egli tratta il diritto di Marbury al suo seggio di giudice di pace analogamente al diritto alla terra o ad un qualsiasi altro diritto di proprietà. Marbury possedeva «a vested legal right», esattamente come di un diritto alla proprietà era titolare colui che possedeva un appezzamento di terra. Insomma, la *Marbury* si presentava all'attenzione di Marshall niente meno che come un *takings case*, uno di quei ricorsi, cioè, a lungo promossi nella prima stagione di vita degli Stati Uniti ai danni del legislatore statale che tentava o di privare i detentori originali di un fondo dei loro diritti di proprietà per devolverli ad altri soggetti che, in circostanze diverse, avevano suppostamente acquistato quella terra, o di limitarne l'esercizio.

Nella sua immaginazione, infatti, l'atto di nomina di Marbury deve avergli ricordato una concessione fondiaria, il titolo di proprietà di un terreno, proprio come il rifiuto di Madison di dar corso alla designazione ricordava il tentativo proditorio del legislatore di stornare la proprietà di quella terra dal suo legittimo detentore (W. E. Nelson, p. 79). Nella realtà istituzionale del primo Ottocento, una volta che il legislatore aveva risolto i conflitti economici e sociali all'interno della propria comunità nella maniera che, più di ogni altra, potesse assicurare un consenso maggioritario, le corti erano chiamate a corroborare l'orientamento assunto intorno alle ragioni dei più, non certo a proteggere i diritti delle presunte minoranze. La posizione delle corti – e della Corte Suprema nella *Marbury* – era di certo politica nella sua difesa del diritto di proprietà in tutte le sue declina-

zioni, ma non era generalmente percepita come tale, in quanto interpretava la sensibilità comune. La proprietà individuale era il limite opposto all'azione discrezionale del legislatore, approccio che Marshall continuò a praticare anche nel resto della giurisprudenza che porta la sua firma: nella *Fletcher v. Peck*²⁶ e nel *Dartmouth College Case*²⁷, tanto per citare i più noti. Insomma, anche se, alla sensibilità di un riformatore moderno, le decisioni nei *takings cases* delle corti primo-ottocentesche paiono senza dubbio incarnare scelte decisamente politiche, ai giudici che le elaborarono – e a Marshall *in primis* – parevano niente più che la mera applicazione di quanto stabilito dalla legge.

The issue decided in the takings cases – the scope of state power to seize private property – was not yet a politically divisive one, but one for which judges could find answers by reference to broadly shared beliefs about the nature of republican government. [...] The concern of judges in early constitutional cases was with the potentiality of conflict between legislators and their constituents – with the possibility that faithless legislators might betray the trust placed in them by the people. The perceived purpose of judicial review was to protect the people from such possible betrayals, not to impose obstacles in the path of decisions made by the people's agents in due execution of their trust²⁸.

Se gli Stati Uniti hanno avvertito prima di altre nazioni la necessità di ricorrere al *judicial review*, si deve in specie al servizio che tale meccanismo fu capace di rendere alla salvaguardia dei diritti di proprietà contro i tentativi di redistribuzione delle componenti politiche più progressiste (W. E. Nelson, p. 118).

Quando, dunque, la Corte Suprema decise la *Pollock*, parve verosimilmente

naturale rifarsi alla *Marbury*, non solo e non tanto come primo caso di attribuzione al giudiziario del sindacato di costituzionalità, quanto per la sua decisa, spiccata vocazione a consacrare l'inviolabilità della volontà negoziale di ogni singolo individuo contro il pericolo di interferenze da parte del potere pubblico. E Marshall, che si lasciò condurre da tale approccio persino nel caso *Marbury* come se l'atto di nomina a giudice di pace fosse stato un qualsiasi contratto da salvaguardare, assurse agli occhi degli estensori della *Pollock* alla statura del più illustre e portentoso sacerdote della proprietà privata, il cui strenuo presidio era dovere primo e precipuo di ogni legislatore e di ogni giudice in ogni epoca.

In questo senso, la *Marbury* sembrerebbe una sentenza tipica di quell'approccio giudiziale definito «*Private Rights Model*» (o anche «*Dispute Resolution Model*») (Hart & Wechsler's, pp. 67-68), per il quale il *judicial review* esiste solamente in termini incidentali rispetto al normale potere di decisione delle controversie da parte delle corti. Secondo questa corrente di pensiero, il *judicial review* sarebbe *prima facie* un istituto anomalo rispetto alla natura democratica di ogni costituzione, ma infine tollerato solamente a condizione che le corti lo esercitino senza per questo sovrintendere alla condotta del legislativo e dell'esecutivo, e solo nella misura in cui risulti strettamente necessario alla risoluzione dei casi concreti, intendendo quelle controversie in cui il comportamento del convenuto in giudizio in violazione di un dovere abbia procurato nocumento al ricorrente rispetto ai suoi interessi economici o di altra natura, comunque legalmente tutelati. Inquadrandolo il ricorso di *Marbury* entro una logica

generale di proprietà e di contestuali interessi legalmente sanciti e protetti, Marshall è parso avallare un *judicial review* funzionale al ripristino del diritto individuale alla proprietà, foss'anche di una carica pubblica anziché di un appezzamento di terra. Il sindacato di costituzionalità, insomma, come uno dei metodi cui ricorrere per dirimere contese tra interessi privati, i «*vested rights*» invocati nella *Marbury* come il cuore di una «teologia della proprietà» (H. P. Monaghan, p. 1366).

Nondimeno, quando Marshall cerca di individuare un rimedio al danno subito da *Marbury*, si candida ad imporre al potere esecutivo (segnatamente al Segretario di Stato Madison) la notifica del suo atto di designazione a giudice di pace per il Distretto di Columbia. Un intervento di questa specie nei confronti degli altri poteri da parte del giudiziario metterebbe in luce un modello di *judicial review* tutt'affatto diverso da quello di stampo privatistico-individuale, un «*Public Rights Model*» (Hart & Wechsler's, pp. 68-69), nel quale il ruolo del sindacato di costituzionalità non è assunto come mero strumento per la risoluzione delle controversie, bensì quale meccanismo capace di enucleare ed imporre valori pubblici generali che trascendano l'interesse individuale particolare dal quale i ricorsi in giudizio prendono impulso e che obblighi contestualmente gli altri poteri ad adeguarsi. Insomma, il *judicial review* come elemento necessario alla preservazione dell'ordine costituzionale e la Corte Suprema come l'organo che svolge questa funzione essenziale (H. P. Monaghan, p. 1370).

Esisterebbe, inoltre, un terzo profilo a cui ricondurre il senso della *Marbury*: quello che potremmo definire il più essenzialmente

politico o prudentiale (R. H. Fallon, p. 16 ss.), quando, cioè, la Corte si sottrae dal contenzioso politico, ricorrendo alla neutralità del diritto, al fine di preservare la propria autorevolezza (P. W. Kahn, *passim*).

Tale intrinseca incoerenza di significati, tale poliedricità della *Marbury*, la difficoltà di ricondurre ad unità la sua essenza, le sue differenti nature che si allacciano l'una all'altra, i contrasti cui danno luogo sono di certo – assieme a molti altri fattori la cui analisi rimandiamo ad altra sede – all'origine della fortuna che ha arriso alla *Marbury* nella storia costituzionale degli Stati Uniti.

Bibliografia

- Abraham (Henry J.), *Justices and Presidents. A Political History of Appointments to the Supreme Court*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1992;
- Ackerman (Bruce), *Taxation and the Constitution*, 99 *Colum. L. Rev.* 1 (1999);
- Blaustein (Albert P.), Mersky (Roy M.), (a cura di), *The First One Hundred Justices: Statistical Studies on the Supreme Court of the United States*, Hamden, Shoe String Press, Archon Books, 1978
- Burgess (John W.), *Political Science and Comparative Constitutional Law*, Buffalo, William S. Hein & Co., 1893;
- Calvino (Italo), *Perché leggere i classici*, Milano, Mondadori, 1995;
- Cooley (Thomas M.), *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Boston, Little, Brown and Co., 1868;
- Cooley (Thomas M.), *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America* (a cura di A. C. McLaughlin), Boston, Little, Brown and Co., 1898;
- Dewey (Donald O.), *Marshall Versus Jefferson: The Political Background of Marbury v. Madison*, New York, Alfred A. Knopf, 1970;
- Dillon (John F.), (a cura di), *John Marshall: Life, Character and Judicial Services*, 1903;
- Douglas (Davison M.), *The Rhetorical Uses of Marbury v. Madison: The Emergence of a «Great Case»*, 38 *Wake Forest L. Rev.* 375 (2003);
- Duer (William A.), *A Course of Lectures on the Constitutional Jurisprudence of the United States*, Boston, Little, Brown and Co., 1856;
- Fallon (Richard H. Jr.), *Marbury and the Constitutional Mind: A Bicentennial essay on the Wages of Doctrinal Tension*, 91 *Cal. L. Rev.* 1 (2003);
- Fallon (Richard H. Jr.), Hart (Henry M.), Wechsler (Herbert), Meltzer (Daniel J.), Shapiro (David L.), *Hart & Wechsler's the Federal Courts and the Federal System*, Minola, Foundation Press, 2003;
- Forte (David F.), *Marbury's Travail: Federalist Politics and William Marbury's Appointment as Justice of the Peace*, 45 *Cath. L. Rev.* 340 (1995-96);
- Horwitz (Morton J.), *La trasformazione del diritto americano. 1870-1960* (ed. orig. *The Transformation of American Law. 1870-1960*, 1992), trad. it. di E. Caglieri e A. Zanelli, Bologna, Il Mulino, 2004;
- Jones (F. R.), *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Company*, 9 *Harv. L. Rev.* 198 (1895);
- Kahn (Paul W.), *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven-Londra, Yale University Press, 1997;
- Kent (James), *Commentaries on American Law* (a cura di B. D. Reams, Jr.), Buffalo, William S. Hein & Co., 1984 (ediz. orig. 1826);
- Levinson (Sanford), *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either*, 38 *Wake Forest L. Rev.* 553 (2003);
- Lieberman (Jethro K.), *Milestones! 200 Years of American Law: Milestones in Our Legal History*, West Publishing, 1976;
- Miller (Samuel F.), *Lectures on the Constitution of the United States* (a cura di J. C. Bancroft Davis), Littleton, Fred B. Rothman, 1891;
- Monaghan (Henry P.), *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 *Yale L. J.* 1363 (1973);
- Nelson (William E.), *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 2000;
- Pennoyer (Sylvester), *The Income Tax Decision, and the Power of the Supreme Court to Nullify Acts of Congress*, 29 *Am. L. Rev.* 550 (1895);
- Pomeroy (John N.), *An Introduction to the Constitutional Law in the United States*, Littleton, Fred B. Rothman & Co., 1868;
- Rakove (Jack N.), *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, 49 *Stan. L. Rev.* 1031 (1996);
- Story (Joseph), *Commentaries on the Constitution of the United States; with Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States, Before the Adoption of the Constitution*, Boston, Little, Brown and Co., 1833, vol. 3;
- Story (William Wetmore), (a cura di), *Life and Letters of Joseph Story*, Boston, Little and Brown, 1851, vol. I;
- Tiedeman (Christopher G.), *A Treatise on the Limitations of Police Power in the United States: Considered from both a Civil and Criminal Standpoint*, St. Louis, F. H. Thomas Law Book Co., 1886.

- ¹ Questo articolo propone in versione modificata l'introduzione del mio libro su *Marbury v. Madison* di prossima uscita presso i tipi de Il Mulino.
- ² In controtendenza, S. Levinson, 2003. Come noto, la Costituzione federale non dispone di alcuna specifica previsione in merito alla giustizia costituzionale. Malgrado l'Articolo III disciplini il potere giudiziario, nulla è detto a proposito del *judicial review*; pertanto esso viene amministrato in assenza di qualsiasi attribuzione proveniente dal testo della Costituzione, con il che si può spiegare il rilievo conferito ad una sentenza come la *Marbury* al fine di giustificare il sindacato di costituzionalità (ma di questo si parlerà estesamente oltre).
- ³ Margaret Coit ne parla come del «tall, shambling John Marshall, with his rough hair and hearty laugh and the tumbled clothes that looked as if he had picked them out in some forgotten second-hand shop» (Dewey 1970, p. 90); Joseph Story, anch'egli giudice alla Corte Suprema dal 1810 al 1845, riconosciuto discepolo di Marshall, registrò le proprie impressioni durante il loro primo incontro nel 1808 a Washington (si veda W. W. Story (a cura di), 1851, vol. I, pp. 166-67).
- ⁴ I risultati di tale studio vennero pubblicati in A. P. Blaustein, R. M. Mersky (a cura di) 1978. Questa la graduatoria finale:
Great: Marshall, Story, Taney, Harlan I, Holmes, Hughes, Brandeis, Stone, Cardozo, Black, Frankfurter, Warren.
Near Great: W. Johnson, Curtis, Miller, Field, Bradley, Waite, E. D. White, Taft, Sutherland, Douglas, R. H. Jackson, W. B. Rutledge, Harlan II, Brennan, Fortas.
Average: Jay, J. Rutledge, Cushing, Wilson, Blair, Iredell, Paterson, S. Chase, Ellsworth, B. Washington, Livingston, Todd, Duval, Thompson, McLean, Balswin, Wayne, Catron, McKinley, Daniel, Nelson, Woodbury, Grier, Campbell, Clifford, Swayne, Davis, S. P. Chase, Strong, Hunt, Matthews, Gray, Blatchford, L. Q. C. Lamar, Fuller, Brewer, Brown, Shiras, Peckham, McKenna, Day, Moody, Lurton, J. R. Lamar, Pitney, J. H. Clarke, Sanford, Roberts, Reed, Murphy, T. C. Clark, Stewart, B. R. White, Goldberg, T. Marshall.
Below Average: T. Johnson, Moore, Trimble, Barbour, Woods, H. E. Jackson.
Failure: Van Devanter, McReynolds, Butler, Byrnes, Burton, Vinson, Minton, Whittaker.
- ⁵ In ordine cronologico, la classifica schierava:
 Marshall, Story, Taney, Holmes, Cardozo, Brandeis, Hughes, Black, Warren.
 Questo studio e quello citato alla nota precedente sono tratti da H. J. Abraham 1992, p. 412 ss.
- ⁶ Nel 1974, un sondaggio dell'*American Bar Association* tra avvocati, giudici e giuristi classificò la *Marbury v. Madison* come il più importante caso deciso dalla Corte Suprema nella storia americana (J. K. Lieberman 1976). Si veda anche *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985), p. 567 (Powell, *dissenting*): la *Marbury* è definita «the most famous case in our history».
- ⁷ «*An act to prohibit the manufacture and sale of intoxicating liquors, except for medical, scientific, and mechanical purposes, and to regulate the manufacture and sale thereof for such excepted purposes*», approvata il 19 febbraio 1881 ed entrata in vigore il 1 maggio 1881.
- ⁸ *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887), p. 661.
- ⁹ Nel corso delle mie conversazioni con Bruce Ackerman, questa espressione è tornata con insistenza, prestandosi a condensare efficacemente un'idea che spero riesca ad evocare, altrettanto energica, anche sulla pagina scritta.
- ¹⁰ La Corte decise il caso in due fasi: 157 U.S. 429 (1895) (*Pollock I*) e 158 U.S. 601 (1895) (*Pollock II*).
- ¹¹ *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796) e *Springer v. United States*, 102 U.S. 586 (1881).
- ¹² Nello specifico, si trattava di George Read del Delaware, Stato seriamente moroso rispetto ai tributi impostigli dal Congresso secondo gli Articoli della Confederazione (al 31 marzo 1788, in effetti, esso aveva corrisposto soltanto il 39% del totale comminato). Si veda B. Ackerman 1999, p. 13, nt. 47.
- ¹³ L'intero ragionamento sulla lettura sistematica delle tre disposizioni costituzionali si deve a B. Ackerman 1999, pp. 14-15.
- ¹⁴ B. Ackerman 1999, pp. 17-19 ricorda che la distinzione tra tassazione diretta ed indiretta era dei Fisiocratici, ma la sua tesi di fondo è, appunto, che le previsioni costituzionali in materia fiscale fossero il prodotto di un compromesso e non di una qualche teoria economica.
- ¹⁵ 1 Stat. 373.
- ¹⁶ *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796), p. 181. Si veda B. Ackerman 1999, p. 23.
- ¹⁷ Legge del 6 luglio 1797, ch. 11, 1 Stat. 527 («*An Act laying Duties on stamped Vellum Parchment and Paper*»). Come in uso al tempo, il tributo era versato con l'acquisto di un bollo necessario alla convalida dei documenti volti al perfezionamento delle transazioni. Si veda B. Ackerman 1999, p. 25, nt. 88.
- ¹⁸ *Springer v. United States*, 102 U.S. 586 (1881); *Scholey v. Rew*, 90 U.S. (23 Wall.) 331 (1874); *Veazie Bank v. Fenno* 75 U.S. (8 Wall.) 533 (1869); *Pacific Ins. Co. v. Soule*, 74 U.S. (7 Wall.) 433 (1868).
- ¹⁹ 123 U.S. 623 (1887).
- ²⁰ *Pollock*, 157 U.S. 429 (1895), p. 553.
- ²¹ *Pollock*, 157 U.S. 429 (1895), p. 554.
- ²² S. Pennoyer 1895, pp. 557-58. Si veda D. M. Douglas 2003, p. 397.

²³ J. F. Dillon (a cura di) 1903, p. XVIII. Si veda D. M. Douglas 2003, p. 399.

²⁴ D. M. Douglas 2003, p. 403: «during the eight years since *Pollock*, the Court's activist justices had helped solidify the connection between *Marbury* and judicial review».

²⁵ Anche se, ancora nel 1894, nel suo manuale «*Cases on Constitutional Law*», nel capitolo dedicato al *judicial review*, James Bradley Thayer oltre alla *Marbury* rimandava a quattro decisioni di corti statali degli anni ottanta del settecento, al numero 78 del *Federalist*, ad una sentenza di circuito del 1785 ed al famoso *dissent* del giudice della Corte Suprema della Pennsylvania John Gibson nel caso *Eakin v. Raub* (12 Serg. & Rawle 330 (Pa. 1825)). Si veda D. M. Douglas 2003, p. 405. Altrove, Thayer aveva definito la *Marbury* una decisione assolutamente «overpraised» (J. B. Thayer 1893, p. 130, nt. 1).

²⁶ 10 U.S. 87 (1810). Nel 1795, il legislatore dello Stato della Georgia accettò compensi sottobanco per adottare una legge che disponesse la vendita di fondi situati nell'area del fiume Yazoo (oggi Mississippi) a speculatori privati, i quali providero prontamente ad alienare i terreni a nuovi compratori, tra cui John Peck che, a sua volta, vendette la sua proprietà a Robert Fletcher. Il legislativo che gli successe abrogò la normativa per gli intenti evidentemente corrotti che l'avevano ispirata. Il caso approdò alla Corte Suprema, che decise all'unanimità per l'incostituzionalità dell'abrogazione, poiché il legislatore non poteva – stante la lettera della *Contract Clause* della Costituzione all'Articolo I, Sez. 10, Par. 1: «No State shall [...] pass any [...] law impairing the obligation of contracts» – ritirare dalla vendita terre che erano già state alienate a terzi, i cui diritti di proprietà

dovevano essere sacralmente preservati, anche quando l'origine di quelle transazioni fossero, come in questo caso, imbrattate dagli intenti fraudolenti di amministratori prezzolati.

²⁷ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819). Nel 1769, Giorgio III concesse lo statuto di scuola privata al Dartmouth College. Nel 1815, il legislatore dello Stato del New Hampshire tentò di invalidare la concessione regia commutando lo *status* della scuola da privata a pubblica. Gli amministratori del college ricorsero in giudizio patrocinati da Daniel Webster, la cui arringa pare commosse Marshall fino alle lacrime. La decisione della Corte, redatta da Marshall stesso, accolse le ragioni dei ricorrenti, dimostrando una volta di più la convinzione del *Chief Justice* in merito alla santità di qualsiasi contratto e la necessità di limitare l'ingerenza del potere pubblico nelle transazioni negoziali dei privati, come disposto dalla W. E. Nelson.

Kelsen e la Corte costituzionale austriaca: un percorso storico-politico (1918-1920)

SARA LAGI

1. La "contrapposizione" Centro-Länder: un problema di lungo periodo

Nella ricca letteratura fiorita attorno alla sua opera, Hans Kelsen è stato spesso definito «padre della Costituzione austriaca del 1920», «ideatore della Corte costituzionale»; il suo nome è stato tradizionalmente associato alla nascita della prima Repubblica d'Austria e al sistema di controllo giurisdizionale delle leggi. La maggioranza degli studiosi ha ricondotto il contributo kelseniano principalmente alla filosofia del diritto e alla ingegneria costituzionale, individuando nella Corte costituzionale l'applicazione e l'espressione di una mentalità giuridica tesa a ricondurre il momento politico entro le maglie di una razionalità asettica e astratta. In altri termini, la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, intesa come parte di quella dottrina pura del diritto che Kelsen aveva cominciato a sviluppare a partire dagli anni '10 (Troper 1994, p. 19 ss).

Vorremmo piuttosto proporre una lettura diversa che individui alcune delle pre-

messe e delle sollecitazioni storico-politiche sottese ai primi progetti kelseniani di Corte costituzionale, così come questi vennero a delinearsi tra l'inverno del 1918 e l'autunno del 1920. Tali sollecitazioni rimandano inevitabilmente al crollo dell'Impero asburgico e alla convocazione il 21 ottobre 1918 di una Assemblea Nazionale provvisoria che, con una serie di «Beschlüsse» costituzionali (la «legge sulla sovranità», 30 ottobre 1918; la «legge sulla forma dello Stato»; la «legge sulla assunzione della sovranità nei Länder», 14 novembre 1918) proclamò la nascita di una Repubblica democratica unitaria. È proprio attorno alla "opzione unitaria" che, a nostro giudizio, comincia a prendere forma la riflessione kelseniana sulla giurisdizione costituzionale.

La decisione dell'Assemblea nazionale provvisoria di dichiarare il carattere unitario della nuova Repubblica venne preceduta e accompagnata da un appassionato e aspro dibattito tra esponenti di spicco della socialdemocrazia (SPÖ), favorevoli alla

soluzione unitaria, e rappresentanti del partito cristianosociale (CSÖ), conservatori di ispirazione cattolica, che premevano per una scelta federalista (Hanisch 1994, pp. 74-75). Parlare di federalismo nell'Austria postbellica significava affrontare il problema assolutamente concreto e stringente dei rapporti tra le nuove istituzioni centrali, "emanate" dalla Assemblea nazionale provvisoria, e gli organi amministrativi e legislativi dei cosiddetti Länder, caratterizzati da spinte fortemente autonomistiche (Stourzh 1995, pp. 289-296).

L'importanza che, nei primi contributi kelseniani dedicati alla Corte costituzionale, riveste la contrapposizione tra istanza unitaria-centralistica, e quella federale, incarnata dai Länder, rende necessario un chiarimento preliminare sul significato storico-politico di Land nello sviluppo costituzionale austriaco. Il termine Land (dai molteplici significati: terra, paese, regione, spazio, territorio, patria) racchiude in sé una parte importante della storia d'Austria: dopo la fine del Sacro Romano Impero, l'Austria si presentava come una «unione monarchica di Stati per ceti», composta da vari Länder, che si dividevano tra i Länder unificati in «unio perpetua» alla Casa d'Austria, meglio conosciuti come Länder della Cisleithania, e quelli che, in origine, appartenevano alla Corona d'Ungheria, i Länder della Transleithania (Mazohl-Walling 1981, pp. 309-310).

Come puntualizza Mazohl-Walling, tutti i Länder dell'Impero erano accomunati da una tradizione fortemente «landständisch» (territorial-cetuale), che implicava una sostanziale opposizione alla formazione di uno stato unitario e centralizzato (Ivi, p. 9). La contrapposizione fra Centro-Länder, che aveva rappresentato uno dei

"trend" della storia politica e costituzionale austriaca (Gherardi, 1970, p. 83ss.), esplose nuovamente dopo la fine della *grande guerra* (M. Malandrino 1998, pp. 84-87).

Il 22 ottobre 1918 una delegazione costituita dai rappresentanti dei principali Länder austriaci contestò alla Assemblea nazionale provvisoria il potere di riorganizzare l'intera amministrazione e di decidere autonomamente sulla costituzione del nuovo stato (Ableitinger 1983, p. 151). Karl Renner, leader socialdemocratico, come Cancelliere e rappresentante delle istituzioni centrali, ribadì in polemica con i delegati dei Länder, che uno dei principali compiti del nuovo governo era proprio quello di impedire ai Länder di utilizzare le libertà e autonomie appena acquisite per produrre principi e regole amministrative in contrasto con quelle emanate dal Centro (Renner, *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* 1918, p. 77).

In sintesi, come sottolinea Ermacora nel suo fondamentale studio sulla storia del federalismo austriaco, il nuovo "edificio" austriaco si poggiava su una forte "contrapposizione" tra i Länder, gelosi delle loro nuove autonomie, che premevano per uno stato federalista e decentrato, da una parte, e, dall'altra, il carattere unitario e centralizzatore delle prime leggi emanate dalla Assemblea nazionale provvisoria, dove i socialdemocratici godevano di notevole autorità (Ermacora 1976, p. 41). Ma la pressione esercitata dai Länder (e con loro dai cristianosociali) era tale da non potere essere completamente ignorata: il primo a prenderne atto fu lo stesso Karl Renner, che il 29 ottobre 1918 avanzò la proposta, immediatamente accettata, di introdurre le «Beitrittserklärungen» (dichiarazioni di adesione), in base alle quali l'Assemblea

nazionale concedeva ai singoli Länder il diritto di decidere autonomamente di aderire al nuovo stato austriaco (Brauneder-Lachmayer 1976, pp. 192-193). Come è stato sottolineato in numerosi studi, le «dichiarazioni» presentavano un carattere fortemente ambivalente. Da un lato, esse rappresentavano una parziale ammissione da parte delle istituzioni centrali del grado di autonomia raggiunto dai Länder, ma dall'altro definivano questi ultimi come «province», affermando così il carattere sostanzialmente unitario del nuovo stato (Schmitz 1981, p. 22).

L'«escamotage» ideato da Renner, lungi dal risolvere e placare le tensioni tra istituzioni centrali e regionali, ebbe però, a nostro giudizio, il merito oggettivo di «costringere» i socialdemocratici a prendere più seriamente in considerazione il punto di vista dei Länder e di coloro che le rappresentavano.

La controversia tra Centro e Länder, e più generalmente tra posizioni unitarie e federali, che si era venuta a delineare dopo la fine della guerra, era il punto di arrivo di un processo politico secolare che era stato spesso caratterizzato da una forte tensione tra il Centro dell'Impero asburgico e la Periferia, tra Reich e Länder, che avevano più volte rivendicato una maggiore autonomia e, in alcuni casi, una compiuta «federalizzazione» della Monarchia. Dalla seconda metà dell'800 questa tensione – mai risolta – si era strettamente intrecciata proprio con i primi tentativi di «giurisdizione costituzionale» (Luther 1990, pp. 108 ss).

Già nel 1848, il movimento costituzionale liberale austriaco aveva proposto in un progetto di costituzione la creazione di un *Reichsgerichtshof* (Tribunale imperiale) che, tra le varie competenze ad esso accordate,

sarebbe intervenuto come suprema istanza di decisione in tutte le controversie tra le autorità regionali (Länder) e quella centrale (Reich) (Rumpler-Urbanič 2000, pp. 187-188). Il prevalere delle forze controrivoluzionarie aveva, però, impedito la realizzazione del progetto (Adamovich 1971, pp. 4-5).

La richiesta di un *Reichsgerichtshof* venne accolta solo nel 1867, all'interno della compiuta trasformazione in senso costituzionale della monarchia asburgica (*Ausgleich* austro-ungarico) (Stourzh, 2000, p. 247). Esattamente come previsto nel progetto costituzionale del 1848, il *Reichsgerichtshof*, contemplato nella nuova costituzione del 1867, era al contempo «Spezialgerichtshof», «Kompetenzgerichtshof» e «Kausalgerichtshof»: esso era posto a difesa dei cosiddetti «diritti politici», assicurava i limiti di competenze tra l'autorità amministrativa e quella giudiziaria e, aspetto per noi particolarmente rilevante, decideva in caso di conflitto tra Reich e Länder, qualora esso non potesse essere risolto attraverso i giudici ordinari (Brauneder-Lachmayer 1976, p. 174).

Come puntualizza T. Öhlinger, la creazione del *Reichsgerichtshof* non esaurì, però, le questioni e le problematiche attorno alla giurisdizione costituzionale e tanto meno quelle relative ai rapporti tra Reich e Länder (Öhlinger 1982, p. 60): mentre il progetto di costituzione del '48 aveva attribuito ai Länder una forte autonomia, la carta costituzionale (la cosiddetta «Costituzione di Marzo»), concessa nel 1849 da Francesco Giuseppe I, aveva legato i Länder ad uno stato centralizzato e unitario (B. Haider 1997, pp. 108-109); la costituzione del 1867 aveva infine concesso ai Länder della Corona una certa, seppur limitata, autonomia,

ma senza riuscire a trovare un equilibrio tra Centro e Länder che risultasse pienamente soddisfacente per quest'ultime (Adamovich 2000, pp. 11-13). I cambiamenti costituzionali intervenuti in Austria nella seconda metà dell'800 e in particolare la creazione nel 1867 del *Reichsgerichtshof* attirarono, ad esempio, l'attenzione del giurista austriaco Georg Jellinek, maestro ad Heidelberg di Hans Kelsen, che nel suo *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Una Corte costituzionale per l'Austria, 1885)* proponeva la trasformazione del *Reichsgerichtshof* in una vera e propria Corte costituzionale, le cui competenze fossero peraltro accomunate da una forte pregiudiziale anti-parlamentare: diversamente dal *Reichsgerichtshof*, la nuova Corte doveva "vigilare" sulla costituzione, affinché il parlamento non emanasse leggi anticostituzionali (Jellinek 1885, pp. 8-9).

Nel suo saggio, Jellinek non si limitava, però, ad attaccare il "pericolo parlamentare", egli criticava pesantemente anche la costituzione del 1867 perché, a suo giudizio, non era riuscita a regolare in maniera sistematica ed efficace la risoluzione dei conflitti tra legislazione imperiale (Reich) e regionale (Länder), a testimonianza di quanto tale problematica fosse scottante (Ivi, pp. 18-19). Il saggio di Jellinek esercitò un'influenza notevole sul dibattito austriaco attorno alla giurisdizione costituzionale nei decenni successivi (Noll, 2000 pp. 365 ss).

Al contributo di Jellinek sembrò, in parte, richiamarsi lo stesso Karl Renner in una delle sue opere più celebri, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen (Il diritto alla autodeterminazione delle nazioni, 1917)* (Schmitz 2003, p. 240).

Renner vi immaginava la trasformatio-

ne in senso compiutamente democratico-federale dell'Impero asburgico, e la realizzazione all'interno della nuova compagine di un «Bundesverfassungsgerichtshof» (Corte costituzionale federale) (K. Renner 1917, p. 292).¹ Tra i compiti di questa Corte, Renner prevedeva appunto la neutralizzazione di eventuali conflitti tra le istituzioni centrali (Bund) e quelle regionali (Länder) (Ivi, pp. 292-293). In uno dei suoi primi discorsi alla Assemblea nazionale provvisoria, Renner parve riallacciarsi a quanto sostenuto nel suo saggio, proponendo la creazione di una «Corte costituzionale»:

Attualmente non possiamo creare un Tribunale di stato con tutte le garanzie della a-partiticità e della obiettività giudiziaria. Abbiamo temporaneamente attribuito questa funzione ad una Commissione di questa Assemblea composta da venti membri. [...] Successivamente, in un futuro non troppo lontano, torneremo su questo punto e al posto di un Tribunale di stato avremo una Corte costituzionale che non dovrà occuparsi solo della protezione dei cittadini, bensì anche delle disposizioni statali, della libertà di voto e del nostro diritto pubblico

[Renner, in *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung 1918*, p. 33].

Il discorso di Renner testimoniava come, dopo la fine della guerra e il crollo della Monarchia, il tema della giurisdizione costituzionale fosse nuovamente al centro del dibattito costituzionale austriaco. L'importanza delle parole di Renner furono pienamente comprese proprio da Hans Kelsen. Nell'inverno del 1918, su richiesta dello stesso Karl Renner cui era legato da fraterna amicizia, Kelsen entrò a far parte, come consulente, della Cancelleria di Stato, e per occuparsi, tra l'altro, di giurisdizione costituzionale.

Kelsen intervenne sul tema nell'inverno del 1918, con un breve "memorandum" indirizzato alla Cancelleria di Stato, *Entwurf eines Gesetzes über die Einrichtung eines Verfassungsgerichtshofes* (Progetto di legge per l'attivazione di una Corte costituzionale).² Il giurista austriaco osservava che, sul piano strettamente giuridico, il mantenimento del *Reichsgerichtshof* di epoca imperiale era «in contraddizione» con le nuove disposizioni costituzionali, poiché «insieme alla vecchia costituzione tutte le norme che si fondano su di essa sono state cancellate» (H. Kelsen 1918, p. 308). Kelsen avrebbe peraltro utilizzato le stesse identiche parole nell'introduzione al suo monumentale compendio delle leggi costituzionali emanate nella Repubblica austriaca tra il 1918 e il 1920, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Österreich* (Le leggi costituzionali della Repubblica austro-tedesca) (H. Kelsen vol. I, 1918, p. 10).

Nel suo breve "memorandum", Kelsen sottolineava la forte discontinuità tra il periodo repubblicano e quello monarchico; cambiamento che, nella sua prospettiva, consisteva nel passaggio dalla sovranità dello stato imperiale alla sovranità del nuovo organo legislativo, l'Assemblea nazionale: la proclamazione della repubblica democratica rendeva impossibile la mera riproposizione del *Reichsgerichtshof* (H. Kelsen 1918, p. 308).

Sebbene sostanzialmente "acerbo", il "memorandum" di Kelsen testimoniava la capacità del giurista di correlare la nuova Corte costituzionale alla creazione delle istituzioni democratico-repubblicane, in particolare alla rivendicazione della piena sovranità da parte della nuova Assemblea nazionale.

In tal senso, Kelsen rompeva con la dif-

fidenza verso l'organo legislativo che aveva invece caratterizzato la concezione jelliniana di Corte costituzionale.³ Una importante distinzione, riconducibile, a nostro giudizio, sia ad un elemento teorico, sia ad uno più propriamente storico-politico.

L'ostilità espressa da Jellinek per il parlamento rinviava ad una più complessa "Staatslehre" che nello stato vedeva l'assoluto e unico detentore della sovranità, il «soggetto della sovranità», ossia l'«esclusivo produttore del diritto», e nel parlamento solo uno dei tanti «organi» dello stato che, in quanto dotato di ampio potere, poteva pregiudicare la corretta espressione e il corretto esercizio della sovranità statale (Fioravanti 2001, pp. 59-63). Dal canto suo, Kelsen nei suoi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemi fondamentali della dottrina pubblica dello stato, 1911), in aperta polemica proprio con Jellinek, aveva affermato che lo stato non era «produttore di diritto» e, come tale, «soggetto della sovranità»; esso era essenzialmente «ordinamento giuridico», laddove la produzione concreta del diritto, la «produzione legislativa», competevano nello specifico al parlamento, che agiva così da "trait d'union" tra società e istituzioni (Kelsen 1997, pp. 455 ss). A nostro giudizio, sebbene in contesti differenti, esiste una linea di "continuità teorica" tra quanto affermato negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e la elaborazione di una Corte costituzionale non più in chiave anti-parlamentare che caratterizza il "memorandum" del 1918.

Sul piano più strettamente storico-politico, l'affermazione kelseniana della centralità del parlamento, della nuova Assemblea, si inseriva direttamente nel dibattito costituzionale e politico austriaco, così

come questo si era sviluppato tra il 1918 e il 1919. Una delle questioni maggiormente dibattute nelle prime sedute della Assemblea nazionale provvisoria furono il ruolo e i poteri del nuovo parlamento. I socialdemocratici, favorevoli ad un sistema fortemente "legicentrico" (intervento del deputato socialdemocratico Mathias Eldersch *Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* 1919, pp. 66-67), si scontrarono con i cristianosociali che, al contrario, proponevano un Esecutivo forte e autorevole (*Ivi*, intervento del leader cristianosociale Ignaz Seipel pp. 77-78). Ma la disputa era, a sua volta, correlata alla controversia sul federalismo. In più di un'occasione, tra il '19 e il '20, i deputati socialisti affermarono che, nel caso la opzione federalista fosse prevalsa, essi si sarebbero opposti alla creazione di una Camera dei Länder paritetica con la Camera federale eletta dal popolo (Slapnicka 1996, p. 51). E ciò, nella loro prospettiva, implicava anche la attivazione di una Corte costituzionale che, nel caso di conflitti tra Centro e Länder, fosse posta a protezione delle istituzioni centrali (Ermacora 1976, p. 255). Un intricato e complesso dibattito istituzionale e politico su federalismo, sui conflitti e le divisioni di competenze, sulla giurisdizione costituzionale nel quale Hans Kelsen intervenne a più riprese.

2. La creazione della Corte costituzionale austriaca: l'unità dello stato austriaco come problema

Già nel suo "memorandum", Kelsen aveva osservato la necessità di introdurre una Corte costituzionale per risolvere eventua-

li conflitti tra istituzioni centrali e regionali (Kelsen 1918, p. 308). La medesima considerazione veniva riproposta e approfondita dal giurista nel 1919 in *Die Stellung der Länder in der künftigen Deutschösterreich* (*La posizione dei Länder nell'attuale Austria tedesca*). Originariamente scritto nelle settimane successive alla promulgazione della «legge sulla assunzione della sovranità nei Länder» (14 marzo 1919), che sembrava sancire la nascita di uno stato unitario, la versione definitiva del documento apparve tra il 1919 e il 1920 per la «*Zeitschrift für öffentliches Recht*». Kelsen individuava anzitutto tre possibili scenari per l'Austria: 1) stato burocratico-centralizzato, 2) sistema di amministrazione autonoma e decentralizzata; 3) stato federale (Kelsen 1919, pp. 2-3).

Nonostante le sue numerose perplessità, Kelsen era altrettanto consapevole che la soluzione federale avrebbe incontrato il maggiore consenso: dimostrando una notevole sensibilità per le concrete dinamiche del tempo, il giurista ricordava che con la fine della guerra i Länder avevano rivendicato la loro «originaria libertà e indipendenza» e che, proprio per questo, «avrebbero mal tollerato di essere ridotti a limitate province di uno stato unitario» (*ibidem*).

Ciò non implicava, però, la trasformazione dell'Austria in una «Confederazione dei Länder», poiché il potere legislativo dell'Assemblea nazionale provvisoria non era stato concesso ad essa dai Länder, bensì era stato rivendicato per sé dalla Assemblea stessa (*Ivi*, pp. 5-7). Nella analisi di Kelsen, il nuovo stato austriaco era sorto in seguito alla assunzione da parte della Assemblea nazionale della piena sovranità, e non sulla base di un «contratto» tra Länder. Alla luce

di queste considerazioni, Kelsen coglieva nelle cosiddette «dichiarazioni di adesione», ideate da Renner, una contraddizione interna: da un lato, esse erano state concepite dai Länder come un «contratto» attraverso cui essi si univano, costituendo una sorta di «Federazione dei Länder»; dall'altro, nelle «dichiarazioni» veniva riconosciuta l'esistenza dello stato austriaco nella «sua costituzione unitaria» (*Ivi*, pp. 106-107):

Il concetto di una adesione libera e contrattuale dei Länder ad una Austria tedesca come Federazione di stati e il concetto di uno stato austro-tedesco in quanto costituzione unitaria sono inconciliabili
[*Ivi*, p. 113].

Proprio la particolare "origine" del potere sovrano nella nuova Austria comportava, per Kelsen, la assoluta necessità di creare una «Corte costituzionale federale» (*Bundesverfassungsgerichtshof*) che neutralizzasse e bloccasse le leggi anti-costituzionali emanate dai Landtage, ossia dalle Assemblee legislative dei Länder (*ibidem*). In tal senso, emergeva chiaramente come tra il 1918 e il 1919 attivazione e competenze della Corte costituzionale, da un lato, e questione dei Länder, dall'altro, fossero strettamente connessi non solo nel pensiero di Kelsen, ma anche in quanto componente del dibattito austriaco di quegli anni (Öhlinger 1982, pp. 60-61).

A testimonianza di ciò, è sufficiente ricordare che il 27 settembre 1919 il Land del Tirolo presentò un suo progetto di costituzione, redatto dal giurista Stephan Falser, in cui non solo veniva rivendicata la scelta federale, ma ancora di più la creazione di una Corte costituzionale alla quale potessero appellarsi gli stessi Länder con-

tro leggi anti-costituzionali emanate dal Centro (Schmitz 1981, p. 62). Proposta che sembrava in parte trovare una eco nei «colloqui interministeriali» che, proprio nell'autunno del '19, si stavano svolgendo tra i governatori dei Länder ed esponenti delle istituzioni centrali, guidati dallo stesso Karl Renner. Colloqui nei quali i rappresentanti del Tirolo, di Salisburgo, della Bassa Austria correlavano strettamente l'assetto federale dello stato con il diritto per i Länder di appellarsi alla futura Corte costituzionale (Ermacora 1981, p. 6; pp. 17-19).

Su posizioni sostanzialmente differenti, i socialdemocratici, fautori di uno stato unitario e centralistico, risposero, il 17 ottobre, con un programma politico di massima, in cui il diritto di appellarsi alla Corte costituzionale veniva riconosciuto solo al parlamento centrale, nel caso in cui un Land si fosse arrogato una competenza che costituzionalmente non gli apparteneva (Schmitz 1991, pp. 80-81). Il contenuto e il tono di questi dibattiti testimoniavano indirettamente come, agli inizi del '19, la soluzione federale si stesse profilando sempre più concretamente, e che, con ogni probabilità, la costituzione definitiva della nuova Austria sarebbe stata federale. Così, prima di partire per St. Germain, dove avrebbe rappresentato il governo austriaco alla Conferenza di pace, Renner chiese a Kelsen di stilare alcune bozze di Costituzione che dessero all'Austria l'assetto di una repubblica federale, sebbene le competenze più importanti dovessero essere affidate agli organi centrali (*Ivi*, p. 31). Tra l'estate e l'autunno del 1919, Kelsen stilò dunque sei progetti che coincidevano, in modo particolare gli ultimi due, con le richieste di Renner (Kelsen 1919, p. 114 ss).

La tensione tra Bund e Länder, tra

Assemblea nazionale e i parlamenti regionali, tra i socialisti "unitari" e i conservatori "federalisti" non accennava, però, a diminuire. Con il preciso intento di risolvere la contrapposizione Centro-Länder, il ministro cristianosociale Michael Mayr promosse personalmente una Conferenza generale dei Länder a Salisburgo (febbraio 1920). Alla vigilia della Conferenza, apparve anonimo sulla cattolica «Neue Freie Presse» un breve ma denso saggio di Kelsen, *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung (Il progetto della costituzione austriaca)*. Testimoniando un profondo interesse per la controversia tra Bund e Länder, Kelsen ribadiva che lo stato federale austriaco *non era nato dopo* che i Länder avevano ceduto la loro originaria sovranità alle nuove istituzioni centrali, bensì sulla base della concreta necessità di preservare l'unità dello stato contro le spinte centrifughe delle Regioni (Kelsen 1920, p. 314):

Se gli Svizzeri attribuiscono una così grande importanza alla loro peculiarità regionale, fanno ciò a pieno diritto, poiché prima dei Cantoni non esisteva nessuno stato e poiché quello stesso stato nacque in seguito ad una progressiva condivisione di una esistenza comune. Da noi lo stato è tutto, è una unità
[Ivi, p. 317]

Il carattere intrinsecamente unitario dell'edificio statale austriaco, di cui la conformazione federale diveniva, per Kelsen, una mera declinazione resa necessaria dagli eventi contingenti,⁴ lo induceva a rigettare, ad esempio, l'equiparazione tra Camera dei Länder e Camera federale, richiesta dalle istituzioni regionali e in particolare dalla CSÖ (Ivi, p. 318). L'opposizione di Kelsen alle richieste dei Länder si esplicitava direttamente nella proposta di

una Corte costituzionale alla quale, come aveva già affermato in *Die Stellung der künftigen Länder in Deutschösterreich*, poteva appellarsi esclusivamente il governo del Bund contro leggi anticostituzionali emanate dai Landtage (Ivi, p. 321).

Sulla «Neue Freie Presse», Kelsen anticipava in parte le motivazioni che sarebbero state avanzate dagli stessi socialdemocratici, alla Conferenza di Salisburgo, contro il progetto federale, e in particolare contro la reciprocità tra Centro e Länder nell'appellarsi alla Corte costituzionale.

Solo attraverso una faticosa politica di compromesso, in occasione della seconda Conferenza dei Länder (Linz, aprile 1920), si giunse alla approvazione di una bozza di costituzione detta «Progetto Linz». Questa, preparata da Mayr, fortemente influenzato dal quarto e dal sesto progetto costituzionale di Kelsen, riconosceva il diritto di appellarsi alla Corte costituzionale sia al governo federale contro una legge anticostituzionale emanata da un Landtag, sia ad una Landtag contro una legge federale ritenuta non costituzionale (Ermacora 1967, p. 139).

Tale reciprocità, che a lungo era stata avversata da Kelsen, venne sostanzialmente trasposta nella versione definitiva della costituzione austriaca che, dopo il lungo e difficile "confronto-scontro" tra conservatori e socialisti, tra istituzioni centrali e regionali, stabilì il carattere federale, oltreché democratico-repubblicano, del nuovo stato austriaco. La redazione definitiva della costituzione fu affidata dalla Assemblea nazionale costituente, eletta nel febbraio del 1919, alla «Sottocommissione per gli affari costituzionali», i cui lavori durarono dall'11 luglio al 23 settembre del 1920 (Schmitz 1991, pp. 96-97). Membro della «Sottocommissione», Kelsen aveva il

compito di elaborare la sezione della Costituzione dedicata alla giurisdizione costituzionale. Attenendosi scrupolosamente agli artt. 149-150 del «Progetto Linz», Kelsen introdusse il principio della perfetta reciprocità tra Bund e Länder nell'appellarsi alla Corte costituzionale (Ermacora 1967, p. 354).

In tal senso, Kelsen si trovava a trasporre nella costituzione una "decisione politica", frutto di una intesa faticosamente raggiunta tra Centro e Periferia, tra socialisti e conservatori.

Ma a quella decisione politica, cui era sotteso un dibattito acceso, ricco di contraddizioni, che è possibile ricostruire attraverso i verbali della Assemblea nazionale (*Stenographische Protokolle der provisorischen und der konstituierenden Nationalversammlung*) e della stessa Sottocommissione, Kelsen diede un "quid" teorico in più, un contributo particolare, meglio conosciuto come «procedura d'ufficio». Durante la tredicesima seduta della «Sottocommissione» (31 agosto), Kelsen chiese infatti di definire la Corte costituzionale «oggettivo difensore della costituzione», in virtù della «procedura d'ufficio», che prevedeva «la possibilità di autoattivazione della Corte rispetto a leggi o regolamenti che costituiscono il "presupposto" della sua decisione» (Bongiovanni 1998, pp. 190-192).

La «procedura d'ufficio», che, secondo Bongiovanni, rappresentò il contributo "tecnico" più innovativo elaborato sulla Corte costituzionale da Kelsen (e dai suoi assistenti nella Cancelleria di stato), completava e realizzava pienamente quel concetto di «difesa della costituzione», di cui Kelsen aveva parlato per la prima volta nel suo "memorandum" del 1918 (H. Kelsen

1918, p. 309). L'innovazione apportata da Kelsen alla Corte costituzionale non suscitò alcun tangibile interesse da parte dei partiti politici, che erano stati i veri protagonisti del processo costituente. Durante le ultime due sedute della Assemblea nazionale costituente (29, 30 settembre 1920) i socialdemocratici, da un lato, e i cristiano-sociali dall'altro continuarono a polemizzare e a scontrarsi sulla ragionevolezza o meno della scelta federale, sulla subordinazione della Camera dei Länder a quella federale, e infine sulla legittimità delle rivendicazioni dei Länder all'indipendenza dopo la fine della «prammatica sanzione» (*Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung*, 1919-1920, p. 3382 ss). L'introduzione della «procedura d'ufficio» non venne contemplata in nessuno degli interventi fatti negli ultimi due incontri della Assemblea costituente. Nei verbali delle ultime sedute della Assemblea nazionale costituente è contenuto soltanto un breve cenno al nuovo sistema di giurisdizione costituzionale e alla assicurazione di una perfetta «parità» tra Bund e Länder nell'appellarsi alla Corte costituzionale (*Beilagen zu den Stenographische Protokolle der Konstituierenden Nationalversammlung* 1919-1920, p. 991).

Abbiamo cercato di delineare gli aspetti essenziali delle prime riflessioni di Kelsen attorno alla Corte costituzionale che, a nostro giudizio, scaturirono anzitutto dai concreti problemi posti dal rapporto tra Bund e Länder, e dalla contrapposizione fra opzione "unitaria" e "federale", dinanzi ai quali il giurista prese una posizione netta a favore delle istituzioni centrali ed estremamente critica nei confronti dei Länder. Questi, con le loro pretese di «pattuire» la nuova costituzione, con la rivendicazione

di una loro originaria sovranità, apparivano a Kelsen forze destabilizzatrici che avrebbero potuto pregiudicare l'esistenza stessa dello stato austriaco. La riflessione kelseniana sulla Corte costituzionale, sviluppata tra il 1918 e il 1920, che ci appare oggi né organica, né sistematica, né approfondita, sembrava correlata al timore di Kelsen che i Länder attuassero un movimento separatista. In ciò è probabilmente racchiuso il senso della Corte costituzionale kelseniana del 1920: essa e la stessa «procedura d'ufficio» furono allora concepiti come strumenti per proteggere l'intrinseca unità dello stato che, per Kelsen, era stata sancita dalla rivendicazione della sovranità da parte dell'Assemblea nazionale e riaffermata dalla costituzione approvata il 1° ottobre 1920, che era stata elaborata e infine approvata da un organo unitario, l'Assemblea costituente (Öhlinger 1993, pp. 125-127).

La riflessione di Kelsen attorno alla giurisdizione costituzionale e al significato di Corte costituzionale, tuttavia, non si esaurì con la promulgazione nel 1920 della Costituzione austriaca. Negli anni seguenti, il giurista ritornò sul tema, precisandolo, tanto che dalla metà degli anni '20 la Corte costituzionale divenne sempre più agli occhi di Kelsen un efficace strumento per la difesa delle istituzioni democratico-parlamentari contro derive liberticide e dispotiche (Barberis 1998, p. 23). Alla difesa della democrazia politica, Kelsen dedicò un primo saggio nel 1920, intitolato *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (*Essenza e valore della democrazia*), fortemente critico verso le drastiche limitazioni dei diritti civili e politici realizzate dalla Russia bolscevica (Kelsen 2004, pp. 47-52).

Con il progressivo deteriorarsi delle

istituzioni democratiche austriache, attaccate e criticate da movimenti anti-sistema, Kelsen approfondì il problema della democrazia politica e di una sua adeguata tutela nella seconda edizione ampliata di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (*Essenza e valore della democrazia*), pubblicata nel 1929, e dedicata alle caratteristiche, al senso e agli strumenti di protezione dell'ordinamento democratico-parlamentare, inteso come la migliore forma di convivenza politica (H. Kelsen 1998, p. 56).

È indubbio che nella riflessione kelseniana dedicata alla Corte costituzionale negli anni successivi alla prima guerra mondiale siano riscontrabili anche elementi che rinviano alla sua dottrina giuridica: l'avversione di Kelsen per il federalismo sembra in parte ricollegarsi all'idea della sovranità come «qualità» dello stato, quest'ultimo inteso quale «ordinamento giuridico unitario», idea che il giurista aveva cominciato a delineare negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1911 per poi essere definitivamente sviluppata in *Das Problem der Souveränität* del 1920 (H. Kelsen 1989, p. 17 ss).

Ma vorremmo altresì sottolineare che agli inizi della prima repubblica austriaca, così come alla fine degli anni '20, le considerazioni che Kelsen espresse attorno alla Corte costituzionale non vennero formulate in un "vacuum", non furono un mero "esercizio" accademico e intellettuale; esse rappresentarono anche una risposta attenta e critica da parte di Kelsen a determinate sollecitazioni e particolari problemi politici, un tentativo personale di confrontarsi con quanto stava accadendo, che ci restituisce un'immagine del giurista meno ancorata alla "asettica" purezza della sua celebre *Reine Rechtslehre*.

Fonti inedite

Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung (1918-1919); (1919-1920).

Beilagen zur Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung (1919-1920).

Bibliografia

Adolf Ableitinger *Die Grundlegung der Verfassung*, in Österreich: Geschichte der ersten Republik 1918-1938, Styria, Graz, 1983.

Ludwig Adamovich, Edmund Bernatzik, in *Neue deutsche Biographie*, XI, Berlin, Duncker & Humboldt, 1977.

Giorgio Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. Hans Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998.

Wilhelm Brauner-Franz Lachmayer, *Österreichische Verfassungsgeschichte. Einführung in Entwicklung und Strukturen*, Wien, Manz Verlag, 1976.

Felix Ermacora, *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920). Die Protokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses*, Wien, Horn, 1967;

- *Österreichischer Föderalismus vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat*, Wien, W. Braumüller, 1976;

- *Die Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*, Wien, Universitätsbuchhandlung, 1981.

Maurizio Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra Ottocento e Novecento*, vol I, Milano, Giuffrè, 2001.

Raffaella Gherardi, *Potere e costituzione a Vienna fra Sei e Settecento. Il "buon ordine" di Luigi Ferdinando Marsili*, Bologna, Il Mulino, 1980.

Barbara Heider, *Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrates vom Jahre 1867*, Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaft, 1997.

Ernst Hanisch, *Österreichische Geschichte 1890-1990. Der lange Schatten des Staates. Österreichische Gesellschaftsgeschichte im 20. Jahrhundert*, Wien, Carl Überreuter, 1994.

Georg Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Alfred Hödler, K. K. Hof und Universitäts-Buchhändler, 1885.

Hans Kelsen, *Kommentar zur öffentlichen Reichsratswahlordnung. Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 17*, Wien, Manzische k. u. k. Hof- Verlags und Universitäts-Buchhandlung, 1907;

- *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre der Rechtssätze*, Tübingen, J. B. C. Mohr, 1911 trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1997;

- *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterung herausgegeben*, Erster Teil, Wien-Leipzig, F. Deuticke, 1919;

- *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», 1919-1920, pp. 98-122;

- *Die Verfassungsentwürfe 1919*, in G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, «Hans Kelsen Institut», 1981;

- *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre 1920*, trad. it. in Id., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Un contributo ad una teoria pura del diritto*, a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989);

- *Vom Wesen und Wert der Demokratie 1920*, trad. it. in Id., *Essenza e valore della democrazia*, Torino, Giappichelli editore, 2004;

- *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 1923-1924*, trad. it. *La giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° Ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, con premessa di A. La Pergola, Bologna, Il Mulino, 1981;

- *Vom Wesen und Wert der Demokratie 1929*, trad. it. in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna, Il Mulino, 1998.

Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, trad. it, Torino, Giappichelli editore, 1990.

Corrado Malandrino, *Federalismo, storia, idee, modelli*, Roma, Carocci, 1998.

Barbara Mazhol-Walling, *Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo le rivoluzioni del '48*, in *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secoli.*, Bologna, Il Mulino, 1981.

Adolf J. Noll, *Georg Jellinek's Forderungen nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Hrsg. von Stanley L. Paulson, Tübingen, Verlag Mohr-Siebeck, 2000.

Theo Öhlinger, *Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie*, cit., in *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift Erwin Melichar zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H. Schärfer, Wien, Manz, 1993.

Karl Renner, *Staat und Parlament. Kritische Studien über österreichische Frage und System der Interessenvertretung*, Wien, Kommission Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand, 1901;

- *Mehrheits oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über die Interesse an eine Wahlreform, sowie ihr Wesen, Arten, Bedeutung der Proportionalwahl*, Wien-Leipzig, Franz Deuticke, 1904;

- *Österreichische Erneuerung. Politisch-programmatische Aufsätze von Dr. Karl Renner*, Reichsabgeordnetem, Wien,

- Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand & Co., 1916;
- *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, Leipzig-Wien, J. Deuticke, 1917.
- Helmut Rumppler, - Peter Urbanitsch (hrsg.), *Verfassung und Parlamentarismus. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Zentrale Repräsentativkörperschaften*, 1. Teilband, in *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaft, 2000.
- Georg Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, cit;
- *Karl Renners Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, Wien, Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 1991;
 - *The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920*, «Ratio juris», 2, 2003, pp. 240-265.
- Helmut Slapnicka, *Öberösterreich: für weitgehende Zusammenarbeit im Land und beim Bund*, in *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern, 1918-1920*, Hrsg. von A. Ableitinger, 1983.
- Gehard Stourzh, *Erschütterung und Konsolidierung des Österreichsbewusstseins. Vom Zusammenbruch der Habsburgermonarchie zur Zweiten Republik*, in *Was heisst Österreich? Inhalt und Umfang des Österreichsbegriffs vom 10. Jahrhunderts bis zum Heute*, hrsg. von R. G. Plaschka, G. Stourzh, J. P. Niederkorn, Wien, Österreichische Akademie der Wissenschaften, 1995;
- *Altösterreichische Verfassungswirklichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, cit.
- Michel Troper, *Kelsen e il controllo di costituzionalità*, «Diritto e cultura», 1994, 1, pp. 117-134.
- Robert Walter-Hans Mayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Wien, Manzsche Verlag, 2000.

¹ Tra la fine dell'800 e gli inizi del '900, Renner propose una seria democratizzazione dei rapporti politici e amministrativi interni all'Impero austriaco. Nella socialdemocrazia austriaca, Renner fu uno dei sostenitori più convinti del suffragio universale e di un sistema elettorale proporzionale che consentisse una rappresen-

tanza politica ampia e articolata. Cfr. Renner 1901; 1904; 1916.

² Il "memorandum" fu scoperto da Gerhard Stourzh negli Archivi della Cancelleria di stato e attribuito dallo studioso a Kelsen.

³ Kelsen conosceva lo scritto di Jellinek sul *Verfassungsgerichtshof für Österreich* già nel 1918, poiché lo aveva citato tra le sue "fonti" nel

commentario del 1907 sulla storia dell'ordinamento elettorale asburgico (Kelsen, 1907, p. 1).

⁴ Alcuni anni più tardi, Kelsen avrebbe ribadito che, contrariamente alle pretese dei Länder, in Austria era nato uno stato unitario «organizzato federativamente» (Kelsen 1981, p. 7).

Les sources légitimes de la juridiction constitutionnelle.

La réplique de Hans Kelsen à Carl Schmitt

SANDRINE BAUME

Parmi les débats juridico-politiques de l'entre-deux-guerres, la controverse sur le gardien de la Constitution, qui oppose Carl Schmitt (1888-1985) et Hans Kelsen (1881-1973), mérite une place particulière¹. Cette polémique culmine dans deux publications qui se succèdent immédiatement et dont la seconde est la réplique cinglante que le juriste autrichien adresse au juriste allemand: l'année de la parution de *Der Hüter der Verfassung* (*Le Gardien de la Constitution*), [Schmitt, 1931]², Kelsen rétorque à Schmitt, dans *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (*Qui doit être le gardien de la Constitution?*) [Kelsen, 2006 (1931)]. Cet écrit de Kelsen, dont le caractère polémique est manifeste, constitue la dernière manche d'un conflit doctrinal où s'affrontent ces deux juristes tout au long de la République de Weimar. Sur le sujet particulier du gardien de la Constitution, Schmitt n'adressera pas directement de réplique à Kelsen, à l'exception d'une petite phrase assassine inscrite dans son journal, en 1947: effrayé devant l'arrogance sans pertinence, avec laquelle Kelsen a cri-

tiqué ma doctrine du gardien neutre de la Constitution et tenté de la diffamer comme étant non scientifique (9. 11. 1947) [Schmitt, 1991, p. 39].

Qui doit être le gardien de la Constitution? représente le texte dans lequel le juriste autrichien s'avance le plus loin dans l'ingénierie conceptuelle de l'œuvre schmittienne, certes pour en démonter la mécanique, pour en signifier les insuffisances, les imperfections et les contradictions.

Au sein de cette controverse particulière, le différend entre ces deux juristes porte en premier lieu sur l'organe étatique auquel doit être confié le rôle de gardien de la Constitution. Pour Kelsen, c'est à un organe judiciaire, notamment à une Cour constitutionnelle que cette mission doit être confiée, alors que pour Schmitt, c'est au sommet de l'exécutif, au Président du Reich que doit être conférée cette tâche. Confier au Président du Reich le rôle de gardien de la Constitution n'implique pas, pour Schmitt, qu'on lui octroie une fonction juridictionnelle. Sa «tâche» consiste à préser-

ver l'ordre public, et lorsque la situation l'exige à ses yeux, à proclamer l'état d'exception et à recourir aux décrets-lois. Contrairement à Kelsen, «garder» la Constitution ne passe pas, chez Schmitt, par l'instauration d'un contrôle de la constitutionnalité, mais davantage par un renforcement des attributions du Président du Reich, et surtout par une spécification et une autonomisation de sa fonction. Si le juriste allemand pense la garantie de la Constitution à partir des situations d'exception³, le juriste autrichien la conçoit dans le souci constant de la plus grande conformité des actes étatiques à la Constitution. Outre les réflexions élaborées qu'elle suscite sur la garantie de la Constitution, cette confrontation clarifie plusieurs divergences entre Schmitt et Kelsen, puisqu'elle les contraint à dévoiler leur définition du politique, de la Constitution, des rapports entre État et société civile, finalement de la démocratie. L'orientation prise par l'institution du gardien de la Constitution demeure cohérente avec ces deux corpus doctrinaux très opposés. Essentiellement, si Kelsen ne conçoit l'exercice du pouvoir que dans la légalité des temps ordinaires, en revanche Schmitt ne pense les catégories du politique qu'hors du fonctionnement régulier de l'ordre juridique et étatique.

Pour lui conférer toute sa signification, cette controverse doit être replacée dans plusieurs débats qui dépassent largement la polémique qu'entretiennent ces deux juristes et qui expliquent l'attention que Carl Schmitt porte à la fonction présidentielle et celle que Hans Kelsen voue à la juridiction constitutionnelle. La discussion juridico-politique que mène le juriste autrichien sur le gardien de la Constitution se noue dans un contexte d'évolution des institutions de

juridiction constitutionnelle, dont certaines concrétisations sont à observer en Autriche, mais également en Allemagne, après-guerre. On conçoit habituellement que c'est avec la Constitution de la nouvelle République fédérale autrichienne du 1^{er} octobre 1920 [Cfr. article 89 de la Constitution fédérale autrichienne (*Österreichische Bundesverfassung*)], qu'apparaît le «modèle européen de la justice constitutionnelle», en l'occurrence un organe juridictionnel chargé de trancher les questions de constitutionnalité, par un «contrôle concentré de constitutionnalité des lois» [Le Divellec, 2000, p. 130].

Ce type de contrôle centralisé et spécialisé, élaboré théoriquement par Kelsen, inspirera notamment l'Espagne, l'Italie, la France et la République fédérale d'Allemagne⁴. Comme le souligne Armel le Divellec, le modèle de justice constitutionnelle, tel qu'il est prévu par la Constitution autrichienne, apparaît chronologiquement d'abord, ou du moins simultanément, dans certains Länder allemands de la République de Weimar [*Ibidem*, p. 130]. Toutefois, l'option que choisit la Constitution de Weimar est moins audacieuse que celle que l'Autriche introduit en 1920, puisqu'elle n'envisage pas d'organe centralisé de juridiction constitutionnelle, c'est une multiplicité d'instances qui assument cette tâche⁵. Les insatisfactions suscitées par cette multitude et cet imbroglio d'organes de décision faisant office de «garants de la Constitution» ont favorisé, à Weimar, l'émergence de projets de véritable Cour constitutionnelle, notamment chez Heinrich Triepel, en 1924 et chez Gerhard Anschütz, en 1926⁶. Toutefois, ceux-ci ne se concrétiseront pas. À noter qu'aucune disposition dans la Constitution de Weimar ne fait mention du concept

de «gardien de la Constitution» et donc aucune sur la base de laquelle il est possible de déterminer avec certitude son destinataire institutionnel.

L'attention portée par Schmitt au Président, auquel il donne le nom de gardien de la Constitution, peut être perçue comme la continuation des délibérations constitutionnelles de l'Assemblée nationale de Weimar, qui se sont closes en août 1919, lors de l'entrée en vigueur de la Constitution. Une partie des très vifs débats qui l'ont animée portait sur le rôle et les prérogatives à conférer au Président du Reich. Cette controverse a essentiellement opposé, comme le rappelle Wolfgang Mommsen (Mommsen, 1985, notamment «Destin ultérieur des exigences constitutionnelles de Max Weber», pp. 465-477), les partisans d'un Chef plébiscitaire (le parti démocratique) aux sociaux-démocrates, alors majoritaires, qui souhaitaient une réduction la plus importante possible des prérogatives du Président du Reich.

A l'inverse, le parti démocratique, appuyé par les partis de droite, souhaitait que le Reichspräsident ne soit pas confiné «à une figure représentative» [Mommsen, 1985, p. 471]⁷. Dans cette controverse qui se développe au-delà des travaux de l'Assemblée, Schmitt prend parti pour la revalorisation de la fonction présidentielle, notamment dans *Le Gardien de la Constitution*. Cet écrit entre d'ailleurs en parfaite résonance avec une présidentialisation du régime weimarien, en 1930, plébiscitée par les milieux conservateurs. Ce tournant s'est concrétisé par le système dit des «cabinets présidentiels» gouvernant grâce aux ordonnances d'urgence (art. 48) signées par le Président et par des dissolutions répétitives du Reichstag. Ainsi, cette controverse sur le

gardien de la Constitution qui oppose Schmitt et Kelsen est au confluent de deux débats très différents et de deux univers doctrinaux divergents, largement mobilisés dans cette *disputatio*. Avant d'exposer la critique de Kelsen, il faut revenir sur les arguments exposés par Schmitt dans *Le Gardien de la Constitution*, contre lesquels le juriste viennois construira, en 1931, sa défense de la juridiction constitutionnelle.

La définition schmittienne du gardien de la Constitution: la Justice disqualifiée

Si, dans son essai de 1931, Schmitt se concentre sur la question de la garantie de la Constitution, cet écrit peut toutefois être réinterprété comme une réflexion approfondie et polémique sur la répartition des pouvoirs, telle que Schmitt l'analyse dans la République de Weimar. Cet écrit suggère explicitement un nouvel équilibre qui résulterait de la reconnaissance et de l'instauration d'un pouvoir «neutre», extérieur aux autres. En préambule, l'auteur souligne que les débats relatifs au gardien de la Constitution surgissent dans des situations de crises constitutionnelles [Schmitt, 1931, p.1], qui appellent des réaménagements. Ce qui confirme la perspective schmittienne énoncée en introduction, selon laquelle le gardien de la Constitution et plus généralement l'équilibre des pouvoirs sont toujours envisagés, chez Schmitt, à partir de la situation d'exception. La normalité est pensée à partir de l'anormalité, en l'occurrence les situations de péril pour l'ordre public.

L'objectif poursuivi par *Le Gardien de la Constitution* ne transparait pas immédiate-

ment, il s'énonce plus clairement dans la dernière partie de l'ouvrage, où Schmitt défend ouvertement l'attribution du rôle de gardien de la Constitution au Président. Cette proposition, telle qu'elle s'énonce dans son écrit de 1931, s'enracine théoriquement dans les analyses de «Reichspräsident und Weimarer Verfassung» (1925) et de *Théorie de la Constitution* (1928). En abordant la question de la garantie de la Constitution, Schmitt s'insère dans un débat dont il n'est pas le seul protagoniste. Avant même d'énoncer sa proposition, il s'agit, pour lui, de combattre les projets concurrents, notamment celui d'un Tribunal juridictionnel (ou Cour constitutionnelle), défendu âprement par Kelsen, inspiré lui-même par le modèle autrichien. Avant la parution de *Le Gardien de la Constitution*, Schmitt publie un article intitulé «Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung» (1929), où il annonce certaines de ses thèses défendues en 1931. Bien qu'il reconnaisse à la Haute Cour de justice («Staatsgerichtshof») des compétences en matière de contentieux constitutionnels, notamment celles qui sont inscrites dans la Constitution weimarienne, il ne consent pas à lui conférer le rôle de «gardien de la Constitution»⁸.

Si la Haute Cour de justice s'est attribuée ce rôle, selon une décision d'octobre 1927 (cfr. Schmitt, 1931, p. 3, n. 1), Schmitt considère que c'est à tort et refuse donc de lui accorder ce statut. Pour le juriste allemand, seul un organe politique est habilité à défaire la volonté du législateur. Dans *Le Gardien de la Constitution*, Schmitt prend à partie Constant et Guizot pour rappeler les préjudices qu'entraînent pour le juridique, comme pour le politique, une confusion de ces deux sphères:

Les représentants de l'État de droit libéral, en particulier Benjamin Constant et Guizot, restent conscients des limites naturelles du juridique et s'expriment souvent à ce sujet avec une précision épigrammatique – Constant dans l'exposé précité sur la responsabilité des ministres, Guizot dans les propos suivants – qu'il n'est actuellement pas possible de répéter assez en Allemagne, selon lesquels lors d'une telle juridisation, «le politique n'a rien à gagner et le juridique tout à perdre». [Schmitt, 1931, p. 35. Le passage dans lequel Benjamin Constant examine la responsabilité des Ministres se situe dans: Constant, 1982, pp. 70-86]

Schmitt recourt au principe de la séparation des pouvoirs pour dénoncer un accroissement des prérogatives dévolues au judiciaire dans le domaine particulier de la garantie de la Constitution: confier à une Cour constitutionnelle la tâche de trancher des questions plus politiques que juridiques, relevant au premier chef du législatif, contrecarrerait gravement les principes de l'État de droit [cfr. Schmitt, 1931, pp. 36-37]. Schmitt tire argument de manière quelque peu *ad hoc* de deux principes dont il souligne ailleurs les faiblesses (l'État de droit et la théorie dite de la séparation des pouvoirs. Cfr. Schmitt, 1995 (1928), notamment pp. 45-46), ceci dans le seul but d'écarter le judiciaire de la fonction de gardien de la Constitution. Selon Schmitt, le contrôle de la constitutionnalité fait nécessairement appel à une décision politique et en conséquence ne peut pas relever du judiciaire⁹. Réfuter la légitimité d'une Cour constitutionnelle passe, chez l'auteur, par une distinction théorique entre la législation et la juridiction. Il rejette ainsi la théorie kelsenienne de la formation du droit par degrés («Stufenbau») qui conçoit l'ordre juridique comme une unique chaîne partant de la Constitution,

allant jusqu'à la décision judiciaire, sans que ne survienne de différence qualitative entre les différents niveaux. Pour Schmitt, cette compréhension de l'ordre juridique est erronée en raison de la différence de nature qui prévaut entre la fonction du législateur et celle du juge. Ce qu'effectue un juge, en prenant appui sur une loi, est radicalement différent de ce que réalise un législateur sur la base de la Constitution ou d'une norme constitutionnelle particulière. Si le jugement juridique peut être considéré comme le produit d'une subsomption (au sens de la déduction d'une norme juridique par une autre norme), en revanche la création d'une loi ou le jugement de constitutionnalité ne l'est pas: le législateur ne peut pas dériver, de la même manière que le juge, le contenu de la loi qu'il établira, lorsqu'il se base sur une norme constitutionnelle. Comme le rappelle Paulson, Schmitt opère une distinction entre les «directives» et les «normes de compétence»¹⁰ et affirme que la seconde ne peut concerner que le législateur, donc le politique. «Dès lors que le jugement de constitutionnalité ne peut être compris en termes de subsomption, il n'est absolument pas possible de le considérer comme un jugement» [cfr. Paulson, 1995, p. 245].

Considérer que l'on peut s'en tenir à des considérations juridiques pour trancher des conflits entre normes constitutionnelles, c'est une «fiction douteuse» [Schmitt, 1993 (1928), p. 257], selon Schmitt. La règle de la subsomption n'est d'aucun secours, s'il s'agit de confronter les dispositions constitutionnelles et d'en préférer une à l'autre: une tâche éminemment politique. Si une Haute Cour de Justice tranchait ce type de conflits, elle exercerait alors une fonction législative [cfr. Schmitt, 1931, p. 48], la règle

de la séparation des pouvoirs serait enfreinte [*Ibidem*, p. 36].

Les réflexions de Schmitt sur le rôle de la Constitution et de son «gardien» se synchronisent avec ses analyses sociopolitiques et institutionnelles de Weimar. Dans *Le Gardien de la Constitution*, notamment dans le chapitre «Die konkrete Verfassungslage der Gegenwart» («La situation constitutionnelle concrète d'aujourd'hui»), Schmitt brosse un portrait très alarmant et très orienté de l'ordre institutionnel, miné par des luttes partisans qui mettent l'unité de l'État en pièces¹¹. Le juriste allemand rend responsable de la crise weimarienne le pluralisme politique engendré par les institutions et les pratiques. Cette évolution politique et institutionnelle rend plus nécessaire, à ses yeux, un ferment, un garant de l'unité de la Constitution.

Si dans le premier chapitre de *Le Gardien de la Constitution*¹², Schmitt s'est appliqué à démontrer l'inaptitude d'un Tribunal juridictionnel (ou d'une Cour constitutionnelle) à remplir le rôle de gardien de la Constitution, la seconde section souligne davantage les mutations politiques et institutionnelles qui ont reconfiguré l'«équilibre» entre les pouvoirs, en particulier entre le législatif et l'exécutif. Dans cet écrit, Schmitt se sert de ses analyses politico-institutionnelles et notamment de celles qui concernent les mutations survenues au XX^e siècle pour légitimer un rééquilibrage des pouvoirs, qui passe par l'institution du gardien de la Constitution, dévolue au Président du Reich. L'argumentation de Schmitt repose sur le présupposé selon lequel on assiste, à Weimar, à un accroissement du pouvoir de la société au détriment de l'État, ce qui se traduit par un renforcement de l'influence du Parlement sur le Gouvernement, suite à

la parlementarisation du régime, après la Première Guerre mondiale. Cette reconfiguration des pouvoirs donne lieu, selon Schmitt, à une atténuation des oppositions entre Gouvernement et Parlement. Pour le juriste allemand, ce réaménagement des pouvoirs affaiblit l'Etat – synonyme ici de Gouvernement – et l'expose à un risque accru de désordre public. Aussi, l'instauration d'une «quatrième force», en la personne du Président du Reich, devient incontournable, à son sens.

Carl Schmitt cherche, dans la théorie constitutionnelle du XIX^e siècle, des éléments qui lui permettent de fonder théoriquement un «quatrième pouvoir» ou «pouvoir neutre». Contre toute attente, c'est un libéral, Benjamin Constant, qui lui sert d'inspiration, notamment par son concept de «pouvoir neutre», «intermédiaire» et «régulateur», tel qu'il apparaît dans *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1820). Il y affirme la nécessité d'une autorité désintéressée et indépendante des autres, confiée au Monarque, qui soit en mesure de restaurer l'ordre, l'équilibre, lorsque les pouvoirs s'opposent, sans conciliation possible [cfr. Constant, 1982, p. 178]. En outre, Benjamin Constant souligne, dans *Cours de politique constitutionnelle*, l'expansion du législatif, où se concentrent des pouvoirs de plus en plus importants. Une remarque à laquelle Schmitt n'a pas pu ne pas être attentif: «le vice de presque toutes les constitutions a été de ne pas créer un pouvoir neutre, mais d'avoir placé la somme d'autorité dont il doit être investi dans un des pouvoirs actifs. Quand cette somme d'autorité s'est trouvée réunie à la puissance législative, la loi, qui ne devait s'étendre que sur des objets déterminés, s'est étendue à tout; il y a eu arbitraire et tyrannie sans

bornes» [*Ibidem*, p. 179]. Le recours de Schmitt à la doctrine constantinienne lui permet de rendre à la fonction présidentielle sa signification spécifique, même en considérant les contraintes institutionnelles qui sont celles du Président du Reich, notamment l'obligation générale d'obtenir le contreseing et la responsabilité politique du Chancelier et des Ministres, élus par le Président du Reich, devant le Reichstag. Contraintes sur lesquelles Schmitt insiste lourdement afin de souligner davantage la nécessité de doter le Président du Reich d'une fonction qui lui soit particulière, non exclusivement honorifique [Schmitt, 1931, p. 135]. Selon le juriste allemand, c'est sa position d'indépendance – en fait relative – qui confère au Président du Reich sa fonction spécifique. Cette indépendance, notamment à l'égard des partis politiques, est simultanément la condition et la conséquence d'une des tâches fondamentales qui lui sont confiées, en l'occurrence la représentation de l'unité et de la totalité constitutionnelle du peuple allemand [*Ibidem*, p. 136].

Schmitt prétend fonder cette conception de la garantie de la Constitution sur une base démocratique. Au terme de son essai, *Le Gardien de la Constitution*, il revient sur les attributs qui, à son sens, font du Président du Reich un organe éminemment démocratique: il est élu par l'ensemble du peuple allemand, il peut faire barrage au Parlement par le lancement d'un référendum et il a les compétences pour le dissoudre. Son indépendance par rapport à l'ensemble de la politique partisane fait de lui un garant de la démocratie. Ceci souligne d'une autre manière la distinction qui traverse toute l'œuvre de Schmitt entre démocratie et parlementarisme. Si le principe démocratique

repose sur un présupposé d'unité et s'établit le mieux dans une relation «immédiate» entre le peuple et Président du Reich, le Parlement consacre la pluralité, la discorde et brouille la relation de commandement entre les citoyens et le Gouvernement. Chez le juriste allemand, le lieu d'accomplissement de la démocratie se situe non pas dans les arènes parlementaires, mais bien dans la relation plébiscitaire qui s'instaure entre le Président du Reich et le peuple allemand. L'expression «Appel an das Volk», dont Carl Schmitt se sert dans *Le Gardien de la Constitution*, caractérise aussi bien l'élection plébiscitaire que le référendum dont le Président du Reich prend l'initiative. Cet «appel au peuple» souligne ce rapport non médiatisé, tant valorisé par Schmitt, entre le Chef de l'État, dans sa légitimité plébiscitaire, et le peuple allemand.

Le contrôle constitutionnel réhabilité: la riposte kelsenienne

Dans *Qui doit être le Gardien de la Constitution?*, Kelsen défend l'idée d'un Tribunal juridictionnel, tout en démontrant les «vices» qui entachent la doctrine schmittienne du gardien de la Constitution. La réplique du juriste viennois passe dans un filtre critique les hypothèses schmittiennes qui conduisent à confier la garantie de la Constitution au Président du Reich. Il réalise, dans cet essai, une entreprise symétriquement opposée à celle de son antagoniste. En suivant la chronologie des chapitres de *Le Gardien de la Constitution*, Kelsen déconstruit l'essentiel des prémisses et des hypothèses qui jouent un rôle clef dans les développements de Schmitt. À grands traits,

les critiques kelseniennes concernent premièrement les arguments dont Schmitt se sert pour disqualifier la justice comme «gardien de la Constitution»; deuxièmement les «attaques» de Kelsen se dirigent contre les raisons que Schmitt invoque pour attribuer au Président du Reich le rôle de gardien de la Constitution; troisièmement, elles discréditent les analyses schmittiennes qui soulignent un accroissement des pouvoirs du Parlement et une confusion croissante entre Gouvernement et Parlement. Dans quels arguments Kelsen puise-t-il pour réhabiliter la Cour constitutionnelle comme gardien de la Constitution? Rappelons que dans *Le Gardien de la Constitution*, Schmitt affirme que le contrôle de constitutionnalité ne peut pas revenir à une Cour juridictionnelle puisque cette tâche est politique par essence. Résoudre des conflits entre normes constitutionnelles relève du législateur et non d'un organe judiciaire. Par là, Schmitt récuse la «Stufentheorie» kelsenienne [cfr. Paulson, 1995, p. 255]¹³ en raison de la différence fondamentale qui réside entre la décision judiciaire et la création de normes constitutionnelles.

Face aux objections schmittiennes, Kelsen réaffirme l'existence d'un unique ordre juridique hiérarchisé. Il s'agit donc, pour le juriste viennois, de démontrer la continuité existante entre normes constitutionnelles et décisions judiciaires, ce qu'il réalise par le recours à la décision, nécessaire à son sens dans chaque étape de l'ordre juridique hiérarchisé. Pour Kelsen, la norme inférieure, quelle qu'elle soit – législation, décision administrative, décision judiciaire – n'est jamais entièrement déterminée par une norme supérieure. Demeure toujours une indétermination, et c'est à partir de cet élément que le juriste viennois reconstitue la

continuité de l'ordre hiérarchique. Comme l'indique Stanley Paulson, «le résultat de cette conception dynamique [de la hiérarchie de l'ordre juridique] est une relativisation des différences entre création de droit et application du droit, et de ce fait, en quelque sorte, une relativisation du statut des différentes espèces de droit elles-mêmes» [cfr. Paulson, 1995, p. 256]. Ce qui permet à Kelsen d'assurer la cohérence de l'ensemble des niveaux hiérarchiques, c'est la conception selon laquelle chaque phase de la hiérarchie de l'ordre juridique comprend une dimension décisionnelle, c'est-à-dire politique: «la norme supérieure est toujours une norme d'habilitation, et de là vient le type unique de relation» [*Ibidem*, p. 255]. Dès lors, il n'y a plus de différence de nature entre les différentes phases, contrairement à la perspective schmittienne qui voit dans la législation et la décision juridique des processus radicalement différents.

Au contraire, Kelsen tente de démontrer qu'entre les décisions qui créent la législation et celles qui relèvent de la justice, il n'y a pas de différence de nature à observer, elles tranchent l'une et l'autre des conflits d'intérêts: «chaque conflit juridique est pourtant un conflit d'intérêts, respectivement de pouvoir, chaque conflit juridique est donc une controverse politique, et chaque conflit qu'il soit d'intérêts, de pouvoir ou politique, peut être résolu comme une controverse juridique» [Kelsen, 2006 (1931), p. 76]. Ainsi, les contentieux constitutionnels relèvent, pour Kelsen, de la politique juridique.

Afin de défendre la cohérence et l'unité de la hiérarchie de l'ordre juridique, Kelsen souligne le caractère politique de chacune des décisions générées par l'ordre juridique hiérarchisé. Paradoxalement,

c'est l'idée même de la décision politique qui permet à Kelsen de restaurer, contre Schmitt, la «Stufenbau» et, par là, la garantie juridictionnelle de la Constitution. Comme le suggère Kelsen, la cohérence des propositions de Schmitt doit être ici mise en question. Dans *Le Gardien de la Constitution*, Schmitt défend, d'une part, la distinction entre fonctions politique et judiciaire (ou entre normes d'habilitation et directives) et affirme, d'autre part, que dans tout jugement, même celui d'un Tribunal d'instance, réside un élément décisionnel, non déductible de la norme supérieure. C'est le sens même de son décisionnisme [Schmitt, 1931, pp. 45-46]. Si tous les degrés de la hiérarchie juridique impliquent une décision (politique), alors on ne peut pas refuser d'attribuer à une Cour constitutionnelle la garantie de la Constitution, sous prétexte que c'est une tâche politique. Cette contradiction nous éclaire sur les raisons des amples développements de Schmitt sur la «Stufenbau» kelsenienne. Il cherche davantage la délégitimation des cours constitutionnelles qu'à examiner la validité de la hiérarchie de l'ordre juridique. Il entrevoit dans la réfutation de la hiérarchie de l'ordre juridique un moyen de faire vaciller la juridiction constitutionnelle.

Dans «La Garantie juridictionnelle de la Constitution» (1928), publié antérieurement à *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, Kelsen a déjà combattu quelques-unes des objections formulées contre la légitimité d'une Cour constitutionnelle. Dans cet écrit de 1928, à la différence de *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, le juriste viennois ne désigne pas ses contradicteurs. La première objection affrontée par Kelsen concerne l'incompatibilité d'un Tribunal constitutionnel avec la souveraineté

du Parlement. La seconde objection voit dans la Cour constitutionnelle une entorse au principe de la séparation des pouvoirs. C'est également la critique de Schmitt, pour lequel attribuer au judiciaire le rôle de gardien de la Constitution, enfreint la règle de la séparation des pouvoirs, puisque les questions relatives à la préservation de la Constitution sont de nature politique et non judiciaire. À la première critique, Kelsen rétorque que le Parlement, comme tout autre organe de l'État, est soumis à la Constitution, ce qui justifie le contrôle constitutionnel qui serait exercé sur lui [cfr. Troper, 1995, p. 171]. Pour ce qui relève de la seconde objection, Kelsen considère que, dans une démocratie, le principe de séparation des pouvoirs implique un contrôle réciproque des organes les uns sur les autres. «Et cela, non seulement pour empêcher la concentration d'un pouvoir excessif entre les mains d'un seul organe – concentration qui serait dangereuse pour la démocratie –, mais encore pour garantir la régularité du fonctionnement des différents organes. [Ainsi,] l'institution de la justice constitutionnelle n'est nullement en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs, mais en est au contraire une affirmation» [Kelsen, 1928, p. 29]. En 1928, Kelsen affronte cette objection ayant trait au respect du principe de séparation des pouvoirs, en relativisant, comme il le réalisera en 1931, la différence de nature entre fonction législative et juridictionnelle: lorsqu'un Tribunal constitutionnel annule une loi, il exerce en quelque sorte une fonction législative: «un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif» [Idem]. C'est la définition même du législateur négatif¹⁴.

En 1931, le juriste viennois ne se contente pas de souligner le caractère fallacieux des arguments schmittiens contre l'institution d'un Tribunal constitutionnel, il s'en prend également à sa conception du rôle du gardien de la Constitution, attribué au Président du Reich. Il dénonce le recours par Carl Schmitt à la doctrine de Benjamin Constant pour fonder théoriquement le «pouvoir neutre» du Président. Transposer le «pouvoir neutre» du Monarque, tel qu'il est défini dans *Cours de politique constitutionnelle*, au «pouvoir préservateur» du Président du Reich de la République de Weimar, procède d'un exercice peu scrupuleux. Constant distingue un pouvoir «actif» d'un «passif»; le «pouvoir neutre» devrait être remis au second et non au premier. C'est à ce stade que la transposition devient critiquable, puisque Schmitt octroie ce rôle au Président du Reich, qui est lui-même doté d'un pouvoir exécutif, actif, très étendu et pour lequel il réclame une extension:

Lorsque Benjamin Constant affirme que le Monarque est le détenteur d'un pouvoir neutre, cette affirmation présuppose que l'exécutif est divisé en deux pouvoirs: un pouvoir passif et un pouvoir actif, et que le Monarque représente simplement le pouvoir passif. Ce n'est que comme pouvoir passif qu'il peut être «neutre». La fiction qui opère ici est évidente: présenter le pouvoir du Monarque comme uniquement «passif», alors que la Constitution lui confie la représentation de l'État à l'extérieur (en particulier la conclusion des traités internationaux, la sanction des lois, le commandement suprême sur l'armée et la flotte, la nomination des fonctionnaires et des juges, etc.) et l'opposer ainsi à l'exécutif, comme pouvoir actif, est inadmissible.

[Kelsen, 2006 (1931), pp. 69-70]

Dans *Le Gardien de la Constitution*, Carl Schmitt s'est focalisé sur la menace que représente le législatif dans l'équilibre ins-

titutionnel de la République de Weimar. Entre le XIX^e et le XX^e siècles, cette menace se serait déplacée de l'exécutif vers le législatif, ce dernier étant devenu hypertrophique. Une affirmation que Kelsen rejette: les attributions gouvernementales, notamment celles qui relèvent de l'article 48¹⁵ de la Constitution, doivent également susciter la vigilance; elles doivent être examinées et évaluées dans leur conformité à la Constitution. Cette évaluation ne peut pas, selon le principe d'indépendance, procéder de l'exécutif [Kelsen, 2006 (1931), p. 71]. Dans la discussion relative à la garantie de la Constitution, un seul aspect, selon Kelsen, n'est pas sujet à débat: l'indépendance de celui qui est ou sera en charge de cette mission, ce qui se résume dans cette formule laconique «on ne peut pas être juge dans ses propres affaires». Cet argument lui sert, dans *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, à réhabiliter le Tribunal juridictionnel et à discréditer le Président du Reich dans le rôle de gardien de la Constitution. Au sommet de l'exécutif, celui-ci ne peut en aucun cas prétendre à une quelconque indépendance.

Par ailleurs, Schmitt ne parvient pas véritablement, selon Kelsen, à établir l'indépendance du Président du Reich, qui n'est pas supérieure à celle des fonctionnaires et des parlementaires. Pour le juriste viennois, les attributions très importantes du Chef de l'État, telles qu'elles sont entérinées par la Constitution – dissoudre le Reichstag, lancer un référendum, nommer et révoquer des fonctionnaires – n'attestent pas sa position d'indépendance politique, tout au contraire, elles font de lui non pas un «Hüter» de la Constitution, mais plutôt un «Vollzieher» de la Constitution [Kelsen, 2006 (1931), p. 112], conformément à la

tâche qui est dévolue à tout exécutif. Comme l'a finement perçu Kelsen, Schmitt tend, dans *Le Gardien de la Constitution*, à disqualifier le Parlement par rapport au Gouvernement et à faire du Président du Reich le seul organe réellement démocratique. Le juriste allemand souligne constamment la menace que représente le législatif, tout en taisant les difficultés que soulèvent les attributions du Président du Reich dans un ordre démocratique. Pour Kelsen, Schmitt surévalue nettement le rôle du Chef d'État comme dépositaire et garant de la Constitution, pour éclipser la légitimité du Parlement qui constitue également un organe démocratique, pour preuve les articles 20, 21 et 22 de la Constitution¹⁶. Si le Président du Reich est élu par l'ensemble des électeurs allemands, le Parlement l'est également. La Constitution ne confère pas au Président du Reich, comme organe démocratique, une position particulière, elle en accorde une tout aussi importante au Parlement, comme à toutes les institutions que Schmitt désigne comme étant d'essence pluraliste.

Les considérations de Schmitt relatives à l'expansion supposée du législatif, telles qu'elles apparaissent dans *Le Gardien de la Constitution*, sont rejetées par Kelsen. Le juriste autrichien les comprend, à juste titre, comme une incitation à fortifier les institutions de l'exécutif, en particulier celles du Président du Reich. En Allemagne, les attributions croissantes du Président, notamment dès 1930, témoignent d'une toute autre tendance. En outre, cette progressive dissolution des frontières entre Gouvernement et Parlement, symptomatique selon Schmitt de l'influence accrue du second sur le premier, n'est pour Kelsen vérifiée ni dans la pratique ni dans les dis-

positions constitutionnelles de la République de Weimar. Les mécanismes de contrepoids, tels qu'ils sont prévus par la Constitution attestent un dualisme très vivace. L'article 54 en constitue une illustration¹⁷. En effet, la possibilité dont dispose le Parlement de contraindre le Gouvernement du Reich à la démission est une preuve significative de la persistance de la polarité entre Gouvernement et Parlement.

Les socles de l'unité: sens d'une divergence

Dans cette controverse entre Schmitt et Kelsen, la compréhension très divergente de l'unité joue un rôle déterminant. Si le juriste allemand cherche au sein de la fonction présidentielle un ferment pour l'unité du peuple et de l'Etat, le juriste autrichien n'envisage l'unité que par la soumission commune à un ordre juridique. Ce qui est problématique pour Kelsen, c'est le glissement que Schmitt opère entre le postulat de l'unité, tel qu'il prévaut dans un système politique démocratique, et la réalité sociologique d'une communauté politique. Dans la figure du Président du Reich, Schmitt ne perçoit pas qu'un symbole politique d'unité, mais également une instance qui génère *réellement* l'unité politique et qui aurait le pouvoir de résorber les conflits les plus exacerbés [Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, 2006 (1931), p. 105]. Kelsen écarte des réflexions juridiques et politiques l'ensemble des fictions et des mythologies, dont celle de l'unité politique, qui faussent les débats et les lestent inutilement d'une empreinte idéologique. Aussi la notion de volonté générale («Gesamtwille»), dont Schmitt fait usage, n'est pas un concept per-

tinent pour caractériser l'élection du Président du Reich, qui est tout au plus garantie par une majorité qui laisse subsister une minorité, par conséquent une divergence politique [*Ibidem*, pp. 105-106]. Contrairement à ce qu'exprimait Schmitt, le Président ne peut pas se prévaloir d'une légitimité plus éminente que celle qui résulte de toute élection populaire, y compris celle des parlementaires, également élus au suffrage universel.

Le différend qu'entretiennent Carl Schmitt et Hans Kelsen, relatif au gardien de la Constitution, s'explique également par leurs divergences quant à la signification donnée à la Constitution. Les sens qui lui sont conférés impliquent une compréhension radicalement différente de son «gardien». Pour Kelsen, si la Constitution sert «à fixer des limites juridiques au pouvoir», en conséquence la garantie de la Constitution suppose que ces limites ne soient pas franchies [*Ibidem*, p. 64]. Si, pour Schmitt, la Constitution a la fonction politique d'assurer l'unité politique, alors «garantir la Constitution» signifie se prémunir contre tout ce qui est de nature à menacer l'unité politique et l'ordre public. Ce n'est que par ce cheminement théorique que l'on peut faire du pluralisme un élément anticonstitutionnel, comme Kelsen l'a d'ailleurs relevé à propos de *Le Gardien de la Constitution* [*Ibidem*, p. 96].

Les systèmes kelsenien et schmittien s'érigent l'un et l'autre sur un équilibre, mais dont les points d'ancrage s'arriment à des endroits très différents. Pour Hans Kelsen, la Constitution «est un principe où s'exprime *juridiquement* l'équilibre des forces politiques [...], c'est la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des

organes étatiques, - tribunaux et autorités administratives» [Kelsen, 1928, p. 8, nous soulignons]. En revanche, pour Schmitt, le principe d'équilibre ne provient pas du juridique, mais du Président du Reich, qui forme le point d'Archimède de l'ordre et de la sûreté publics. Si pour Kelsen, l'équilibre est pensé dans les termes de la *normalité*, pour Schmitt, cette stabilité ne peut être envisagée sans la prise en considération du désordre possible et de sa réponse politique: la proclamation de l'état d'exception.

Note conclusive

Sur le plan de l'argumentation, comment évaluer cette dispute entre ces deux juristes, quel regard contemporain poser sur cet affrontement doctrinal quant au gardien de la Constitution? Si l'on peut rejoindre Kelsen dans plusieurs des critiques adressées à Schmitt, d'abord sur le plan de la consistance de l'argumentation, la question que soulève le juriste allemand, celle de la place de la Présidence au sein d'un régime démocratique ne doit pas être négligée. La réflexion que le juriste viennois mène sur une position politique – incarnée par le Président du Reich – indépendante à l'égard du système partisan, dans l'État de partis qu'est devenue la République de Weimar, mérite une attention. À l'instar de Max Weber¹⁸, Carl Schmitt pense la question d'une figure «rassembleuse» qui passe outre les différentes allégeances partisans et qui s'assure une assise solide, notamment par l'élection plébiscitaire. Toutefois, si Schmitt, à la suite de Weber, est en droit de poser la question des attributs qui doivent être ceux du sommet de l'exécutif dans une République

démocratique et un État de partis, il a, à notre sens, tort de mêler cette réflexion à celle du gardien de la Constitution. Réhabiliter le Président comme organe essentiel à l'équilibre des pouvoirs ne se réalise pas nécessairement en délégitimant une Cour constitutionnelle.

Schmitt lie maladroitement ces deux problématiques, pour signifier que la position politiquement «préminente» du Président du Reich ne peut pas se concilier avec une garantie de la Constitution confiée à un Tribunal juridictionnel. À mettre en rivalité ces deux organes (le Président du Reich et la Cour constitutionnelle), Schmitt décrédibilise son argumentation. En effet, il ne parvient pas à démontrer que le Président du Reich représente un organe plus indépendant qu'une Cour constitutionnelle, il ne réussit pas à prouver que le Président du Reich est un organe plus démocratique que les pouvoirs judiciaire et législatif, ni à établir que le pouvoir judiciaire, plus particulièrement une Cour constitutionnelle, n'est et ne doit pas être politique dans ses décisions. Son projet doctrinal de refondre le concept de gardien de la Constitution et de dessaisir la justice de cette fonction, se réalise au prix de démonstrations inaccomplies et de références doctrinales inappropriées, à titre d'exemple le concept de «pouvoir neutre» de Benjamin Constant, non transposable à la fonction présidentielle à Weimar.

Cette controverse juridico-politique sur la garantie de la Constitution, si elle est historiquement située, parvient à se hisser à une réflexion générale sur l'équilibre des pouvoirs et les mécanismes de contrôle qui s'exercent en démocratie, c'est d'ailleurs ce qui lui confère son intérêt. Toutefois, au sein de ce débat de haute tenue, on peut

regretter qu'aucun des deux juristes ne prenne au sérieux la question de son adversaire, celle de la conformité des actes étatiques à la Constitution chez Hans Kelsen et celle du sens et de la place de la Présidence en République chez Carl Schmitt.

Choix bibliographique

- Baume (Sandrine), «Entre 'État total' et 'totalitarisme', une filiation controversée. La pensée politique de Carl Schmitt en discussion», in «Giornale di storia costituzionale», n. 7, 2004, pp. 191-201.
- Béguin (Jean-Claude), *Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982.
- Capitant (René), *Sur l'Allemagne d'Avant-guerre (1932)*, in *Écrits constitutionnels*, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1982, pp. 435-444.
- Constant (Benjamin), *Cours de politique constitutionnelle (1818-1820)*, Genève-Paris, Slatkine, 1982.
- Favoreu (Louis), *Les Cours constitutionnelles*, 2e éd (Que-Sais-je? 2293), Paris, PUF, 1992.
- *La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle*, in Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche (1928)*, Paris, Economica, 1986, pp. 367-383.
- Jouanjan (Olivier), «Éléments d'histoire constitutionnelle de l'Allemagne moderne (1800-1945)», in *Figures de l'État de droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 395-404.
- Kelsen (Hans), *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer, 1925.
- *La Garantie juridictionnelle de la Constitution*, «La Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger», 1928, pp. 1-61.
- *La Démocratie; sa nature, sa valeur (1929)*, Paris, Economica, 1988.
- *Qui doit être le gardien de la Constitution? (1931)*, Paris, Michel Houdiard, 2006.
- *La théorie pure du droit (1934)*, Paris, Dalloz, 1989 (traduit de la 2^e édition de *Reine Rechtslehre*, 1961).
- *Théorie générale du droit et de l'État (1945)*, suivi de *La Doctrine du droit naturel et le positivisme juridique (1928)*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 1997.
- Le Divellec (Armel), *Les Prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945*, in D. Chagnollaud, *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe-XXe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 103-140.

- Mommsen (Wolfgang), *Max Weber et la politique allemande (1890-1920) (1959)*, Paris, PUF, 1985.
- Pasquino (Pasquale), *Gardien de la constitution ou justice constitutionnelle. C. Schmitt et H. Kelsen?*, in M. Troper, L. Jaume (dir.), *1789 et l'Invention de la Constitution*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 1994, pp. 141-152.
- Paulson (Stanley L.), *Arguments 'conceptuels' de Schmitt à l'encontre du contrôle de constitutionnalité et réponses de Kelsen. Un aspect de l'affrontement entre Schmitt et Kelsen sur le 'gardien de la constitution'*, in C.-M. Herrera (dir.), *Le Droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 243-259.
- Pfersmann (Otto), *Hierarchie des normes*, in S. Rials, Denis Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, pp. 779-783.
- Schmitt (Carl), *Reichspräsident und Weimarer-Präsident (1925)*, in *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995.
- *Der bürgerliche Rechtsstaat (1928)*, in *Staat, Grossraum, Nomos*, cit., pp. 44-54.
- *Théorie de la Constitution (1928)*, Paris, PUF, 1993.
- *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, in O. Schreiber (dir.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, vol. 1, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1929, pp. 154-178.
- *Éthique de l'État et État pluraliste (1930)*, in *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988, pp. 131-149.
- *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1931.
- *Les Trois types de pensée juridique (1934)*, Paris, PUF, 1995.
- *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991.
- Thoma (Richard), *Die Staatsgerichtsbarkeit des Deutschen Reiches*, in O. Schreiber (dir.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts*, vol. 1, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, pp. 179-200.
- Tichelen van (Joseph), *Le Président de la République et le problème de l'État*, Paris, Alcan, 1939.
- Troper (Michel), *Sur la théorie juridique de l'État*, «Le Débat», N° 74, mars-avril 1992, pp. 81-93.
- *Kelsen et le contrôle de constitutionnalité*, in C.-M. Herrera (dir.), *Le Droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 157-182.
- Weber (Max), *Le Président du Reich*, in *Œuvres politiques (1895-1919)*, Paris, Albin Michel, 2004, pp. 503-507.
- Weyr (François), *La 'Stufentheorie' de la théorie pure du droit vue par un Français (1934)*, «Revue internationale de la théorie du droit», année VIII, 1966, pp. 235-242.

¹ Cet article reprend une partie de nos développements qui figurent en introduction de l'édition de Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, Paris, Michel Houdiard, 2006.

² Dorénavant, ce titre apparaît en langue française dans le corps du texte, bien qu'il n'existe aucune édition traduite. Pour les autres titres, lorsqu'ils ne sont pas traduits en français, ils sont en langue originale dans notre texte.

³ En 1934, Schmitt souligne cette incompatibilité entre le légalisme et l'émergence d'un véritable gardien de la Constitution. Dans un «ordre» normativiste, tous les organes étatiques sont mis en situation d'égalité, donc de concurrence [cfr. Schmitt, 1995 (1934), p. 78]

⁴ Le modèle européen de juridiction constitutionnelle, dont la paternité peut être attribuée à Kelsen, est traditionnellement opposé au modèle américain où la «justice constitutionnelle est confiée à l'ensemble de l'appareil judiciaire et [...] ne se distingue pas en fait de la justice ordinaire dans la mesure où les litiges, quelle que soit leur nature, sont jugés par les mêmes tribunaux et sensiblement dans les mêmes conditions» [Favoreu, 1992, p. 5].

⁵ Comme le rappelle Carl Schmitt, Richard Grau évoque en considérant Weimar une «pluralité de gardiens de la Constitution se concurrençant et sous certaines conditions se contredisant» [cfr. Schmitt, 1931, p. 4; Schmitt, 1929, p. 155].

⁶ «Il faut noter que divers projets pour établir une véritable Cour de Justice constitutionnelle ont été élaborés par les publicistes. Après celui de Triepel en 1924, celui d'Anschütz présenté au 36^e Congrès des juristes allemands en 1926, proposait que le Staatsgerichtshof soit doté d'un nouveau statut pour assurer notamment un contrôle juridictionnel de la con-

stitutionnalité des lois. Le droit de saisine aurait été accordé à un tiers des membres du Reichstag ou du Reichsrat. Un projet de loi fut d'ailleurs déposé en décembre 1926 au Reichstag. Élaboré à partir des conclusions du 36^e Congrès des Juristes allemands par le Ministère de l'Intérieur, il ne dépassa pas le stade des travaux en commission» [Beguïn, 1982, p. 20].

⁷ Au terme des délibérations de l'Assemblée, les propositions de la gauche tendant à évincer ou à affaiblir la Présidence sont balayées. Entre l'extrême-gauche et l'extrême-droite, ce sont les partis moyens: social-démocrates, démocrates, centre, qui vont réellement rédiger la Constitution, y verser leur compréhension commune et le résultat de leurs compromis quant aux contours à donner à la figure présidentielle. C'est la conception du Président fort mais compatible avec un régime parlementaire qui va l'emporter. Le Président du Reich et le Reichstag devaient être dotés de pouvoirs équivalents, censés se contrebalancer [cfr. Tichelen van, 1939, notamment pp. 83-85].

⁸ Les compétences de la Haute Cour de Justice sont examinées par Schmitt, 1929, notamment pp. 159-160.

⁹ C'est un argument avec lequel Kelsen s'accordera, bien que Schmitt laisse entendre que cette compréhension réductrice de la juridiction constitutionnelle soit celle du juriste viennois.

¹⁰ «On peut bien sûr dire que le législateur édicte une loi 'sur la base' d'une norme constitutionnelle, tout comme le juge rend sa décision 'sur la base' d'une disposition législative. Cependant, cela 'constitue un usage impropre de la langue'. En effet, continue Schmitt, en faisant appel à une disposition constitutionnelle, on se réfère à des compétences et à des 'habilitations'; dans ce cas, il n'est pas

possible de dériver un contenu quelconque de l'acte étatique concret», [Cfr. Paulson, 1995, p. 250]. Paulson se réfère à Carl Schmitt, 1931, p. 38, n. 2].

¹¹ Cette appréhension face à la prolifération des organisations partissanes s'illustre très bien par cette citation: «Quand le 'Dieu terrestre' chute de son trône et que le règne de la raison et de la vie morale objectives devient un *magnum latrocinium*, les partis mettent en pièces le puissant Léviathan et chacun se découpe sa part de viande dans son cadavre» [Schmitt, 1988 (1930), p. 132].

¹² Ce premier chapitre s'intitule «Die Justiz als Hüter der Verfassung» (La Justice comme gardien de la Constitution).

¹³ Le conflit entre deux normes constitutionnelles ne peut pas être résolu par le recours à un ordre juridique hiérarchisé, ce qui, selon Schmitt, met en difficulté la «Stufenbau» kelsenienne [cfr. Schmitt, 1931, p. 44].

¹⁴ «Si compétence est donnée à un 'tribunal' d'annuler une loi, alors il est doté du pouvoir d'établir une norme générale, car l'annulation d'une loi a le même caractère général que l'édition d'une loi. L'annulation est donc identique à la création, mais avec un signe négatif. Ainsi, l'annulation de lois est la fonction législative même, et un tribunal annulant une loi est un organe doté d'un pouvoir législatif», [Kelsen, 2006 (1931), pp. 127-128, n. 11].

¹⁵ L'article 48 de la Constitution de Weimar prévoit notamment que «le Président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre publics sont gravement troublés ou compromis dans le Reich allemand, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement». Les articles de la Constitution de Weimar, traduits par René Brunet, sont repris dans l'annexe de Schmitt, 1993 (1928), pp. 547-563.

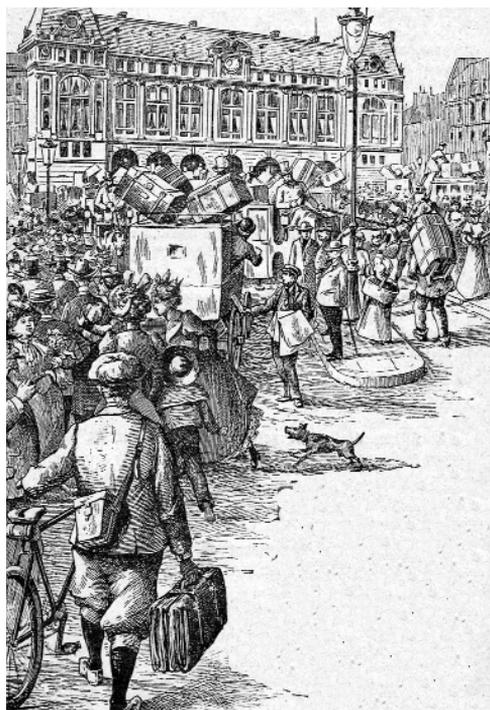
¹⁶ Article 20: «Le Reichstag est

Baume

formé des députés du peuple allemand»; Article 21: «Les députés sont représentants du peuple entier. Ils ne relèvent que de leur conscience et ne sont liés par aucun mandat»; Article 22: «Les députés sont choisis au suffrage universel, égal, direct et secret par les hommes et les femmes âgés de plus de 20 ans, sur la base de la représentation proportionnelle [...]».

¹⁷ Article 54 de la Constitution: «Le Chancelier du Reich et les Ministres du Reich doivent, pour l'accomplissement de leurs fonctions, jouir de la confiance du Reichstag. Chacun doit démissionner si le Reichstag lui retire sa confiance par un vote exprès».

¹⁸ Weber, «Der Reichspräsident», *Berliner Börsenzeitung*, 25 février 1919.



I giudici costituzionali e la comparazione giuridica

ANGIOLETTA SPERTI

La comparazione come metodo di interpretazione costituzionale

Nel commemorare i cinquanta anni di attività del nostro organo di giustizia costituzionale, nell'anniversario dell'udienza inaugurale del 23 aprile 1956, il Presidente Annibale Marini, alla presenza di numerose rappresentanze delle corti costituzionali europee ed extraeuropee, ha sottolineato come

la Corte costituzionale italiana [...] da lungo tempo coerentemente persegue la strada del confronto e dello scambio culturale con gli organi di giustizia costituzionale degli altri Paesi, nella convinzione che la formazione di un comune sentire nelle materie più delicate e "sensibili", quale innanzitutto quella dei diritti fondamentali dell'uomo, rappresenta la condizione imprescindibile di efficacia della sua stessa funzione e la garanzia che la civiltà giuridica, nei suoi aspetti essenziali, non sarà più messa a repentaglio.

Questa affermazione non va letta come una dichiarazione di circostanza: in essa si esprime la consapevolezza, da parte dei giu-

dici costituzionali, dell'importanza del dialogo e del confronto con le altre corti supreme con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali ed al tempo stesso - richiamando l'affermazione del Presidente emérito Gustavo Zagrebelsky nella stessa occasione - la constatazione di una

propensione [...] ultra-nazionale, se non universale, delle funzioni nazionali di giustizia costituzionale.

Le affermazioni del Presidente si pongono in sintonia con le considerazioni di alcuni giudici costituzionali stranieri i quali, analogamente, hanno sottolineato l'importanza di nuove e sempre più strette forme di confronto e dialogo tra le corti costituzionali. In uno scritto recente il Presidente della Corte Suprema di Israele ha sostenuto come si sia agli albori di una rivoluzione culturale nell'ambito della giustizia costituzionale che coinvolge le nuove corti costituzionali come quelle di più antica tradizione (Barak 2005, p. 195), mentre uno dei giudici della corte suprema canadese ha descritto l'attuale fase

come il passaggio «dalla recezione al dialogo» tra le corti supreme (L'Heureux-Dube, 1998). Se infatti, in passato il riferimento alle pronunce straniere avveniva principalmente nei casi di recezione di principi espressi nelle pronunce emesse in altri ordinamenti e di conseguente attribuzione ad esse del valore di fonte del diritto (come ad esempio avviene con riferimento, nell'ambito del *Commonwealth*, alle pronunce della *Judicial Committee del Privy Council* inglese) la giurisprudenza costituzionale più recente rileva un reciproco confronto e dialogo tra i giudici costituzionali i quali, con sempre maggior frequenza, rivolgono il proprio sguardo alla giurisprudenza delle corti costituzionali straniere.

I principi (ed i modelli di giustizia costituzionale) non circolano, dunque, più in senso prevalentemente unidirezionale dalle corti di più antica tradizione a quelle di più recente istituzione: il dialogo coinvolge infatti anche corti quali la Corte Suprema degli Stati Uniti il cui ruolo è stato sino ad oggi principalmente limitato all'«esportazione» di principi e modelli di giustizia costituzionale, in tendenziale chiusura verso le esperienze straniere (Lester 1998; Schlesinger - Baade - Herzog - Wise 2001, p. 7).

Gli elementi di novità si manifestano, dunque, su un duplice piano: da un lato, su un piano sostanziale, non può negarsi come, in particolare nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, sia individuabile un *common core* di principi e valori costituzionali condiviso dalle principali nazioni; dall'altro, con riferimento agli strumenti ed alle tecniche di interpretazione, la comparazione si presenta sempre più come un «quinto metodo» di interpretazione del diritto (Häberle 1989, p. 913).

In queste pagine ci proponiamo di esprimere alcune riflessioni circa l'accresciuto interesse dimostrato dalle corti costituzionali per il dialogo con esperienze straniere al fine di evidenziare come la comparazione non rappresenti più un'opportunità, ma una *necessità* per il giudice costituzionale. Il tema riveste particolare interesse poiché l'ammissibilità del ricorso ai precedenti stranieri al fine di interpretare la costituzione nazionale investe anche i profili di natura sostanziale della tutela dei diritti nonché l'attitudine delle corti ad affrontare sfide prime ignote agli organi di giustizia costituzionale. Il ricorso alla comparazione come metodo di interpretazione riapre tuttavia, come si dirà, la discussione – mai sopita, soprattutto nei paesi di *common law* – circa il ruolo «creativo» della giurisprudenza costituzionale in rapporto alla costituzione scritta e la legittimazione degli stessi giudici costituzionali nel contribuire all'elaborazione di un patrimonio condiviso di principi e valori costituzionali.

Il riferimento ai precedenti stranieri nella giurisprudenza di alcune corti costituzionali

L'analisi della recente giurisprudenza costituzionale di alcune delle principali corti costituzionali – in particolare sul tema della tutela dei diritti fondamentali – rivela finalità differenti del ricorso alla comparazione con i precedenti stranieri che riteniamo possibile ascrivere a tre diversi «modelli».

Un primo modello, caratterizzato da un ricorso limitato e «cauto» alle esperienze straniere ai fini dell'interpretazione delle

disposizioni costituzionali, può rinvenirsi nella recente esperienza statunitense in cui, per la prima volta, in *Lawrence v. Texas* (2003) la Corte Suprema - nell'affrontare il tema della legittimità costituzionale di una legge dello stato del Texas (una cd. *sodomy law*) che puniva penalmente i rapporti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso e nel concludere per la sua illegittimità costituzionale - ha aggiunto che le proprie conclusioni trovano conferma in una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo (*Dudgeon v. UK* (1981)) avente ad oggetto un'analogo vicenda. I principi espressi nel caso *Dudgeon* - scrive la Corte - evidenziano la condivisione da parte degli Stati Uniti di un patrimonio di valori comune a molte nazioni («*the values we share with a wider civilization*») ed

il diritto avanzato dai ricorrenti è stato riconosciuto come aspetto della libertà personale in molti paesi e non vi sono argomenti per concludere che [negli Stati Uniti] interessi statali legittimi o cogenti giustificano una maggiore limitazione della libertà personale.

È opportuno precisare che riferimenti comparatistici non erano in passato del tutto assenti nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: fra gli esempi più noti si possono ricordare il caso *Muller v. State of Oregon* (1908) - in cui la Corte richiamò le argomentazioni dell'avvocato difensore del convenuto, il futuro giudice Brandeis, nelle quali si faceva ampio riferimento alle legislazioni straniere in materia di numero di ore lavorative delle donne - ed il più recente *Atkins v. Virginia* (2002), in cui, nel menzionare la generale disapprovazione nei confronti della pena di morte di soggetti con menomazioni psichiche si ricorda, in una nota dell'*opinion of the court*,

come tale opinione sia generalmente condivisa dalla comunità internazionale.

Tuttavia tali esempi non possono essere ritenuti significativi: in primo luogo, perché i riferimenti comparatistici erano in passato espressi per lo più in nota, in opinioni concorrenti o nelle sole opinioni dissenzienti, il che consentiva alla Corte Suprema di non farli del tutto propri e di evitare in tal modo l'esplicito ricorso alla comparazione come strumento di interpretazione; in secondo luogo, perché la comparazione si risolve per lo più in richiami alla legislazione o alla dottrina straniere, mentre sembra del tutto assente l'apertura al dialogo con le altre corti costituzionali che emerge invece nel caso *Lawrence*.

Si può, dunque, ritenere che tale pronuncia abbia aperto una nuova fase nella giurisprudenza della Corte Suprema e che, come hanno affermato alcuni dei suoi giudici, il diritto costituzionale comparato si sia definitivamente affermato come disciplina di studio anche negli Stati Uniti (Day O'Connor 2002; Bader Ginsburg 2003 pp. 1-2).

Una più recente pronuncia (*Roper v. Simmons*, 2005) in tema di pena di morte nei confronti dei minori d'età sembra confermare tale tendenza: sebbene in essa non vi siano riferimenti alla giurisprudenza straniera, la Corte Suprema richiama molti accordi internazionali e ricorda la recente abolizione della pena di morte nei confronti dei minori in molti ordinamenti stranieri.

Alcune delle affermazioni espresse in questa pronuncia ci consentono di chiarire i caratteri di quello che abbiamo definito il «modello» americano di ricorso alla comparazione. Scrive il giudice Kennedy, già estensore del caso *Lawrence*:

Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty. This reality does not become controlling, for the task of interpreting the Eighth Amendment remains our responsibility. [...] The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions. [...]

[The Constitution] sets forth, and rests upon, innovative principles original to the American experience, such as federalism; a proven balance in political mechanisms through separation of powers; specific guarantees for the accused in criminal cases; and broad provisions to secure individual freedom and preserve human dignity. These doctrines and guarantees are central to the American experience and remain essential to our present-day self-definition and national identity. [...] It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom.

Il ricorso alla comparazione è dunque ammesso negli Stati Uniti in funzione confermativa del patrimonio costituzionale americano nel contesto di una interpretazione che resta fedele al dettato costituzionale. La consapevolezza dell'esistenza di una generale condivisione di valori con riferimento ad alcuni diritti fondamentali non è dunque tale da consentire ai giudici più aperti verso più aperte forme di interpretazione di svincolarsi dal testo, superando le obiezioni rivolte dai molti sostenitori, anche in seno alla stessa Corte Suprema, di una teoria formalista o originalista di interpretazione delle disposizioni costituzionali (Scalia 1989; Bork 2003; Posner 2004).

Le riserve espresse nei confronti della

più recente giurisprudenza della Corte Suprema hanno peraltro trovato espressione anche in una recente risoluzione dal titolo "Reaffirmation of American Independence" adottata dal Congresso con lo scopo di contrastare il crescente attivismo giudiziario nel ricorso ai precedenti stranieri a fini interpretativi. Ciò induce a ritenere che difficilmente la Corte Suprema potrà in futuro spingersi oltre il cauto ricorso alla comparazione che emerge da queste prime, anche se rilevanti, pronunce.

Un secondo orientamento, rispondente a quello che riteniamo di descrivere come un «secondo modello», si coglie invece nella giurisprudenza della Corte Suprema canadese. In questa esperienza i giudici manifestano una maggiore apertura alla comparazione; le pronunce, dalla motivazione molto estesa e ricca di spunti comparatistici, dedicano infatti particolare attenzione ai precedenti delle Corti europee e della Corte Suprema degli Stati Uniti ai fini dell'interpretazione del catalogo dei diritti sanciti nella *Canadian Charter of Rights and Freedoms* adottata nel 1982 (come, ad esempio, nei casi *Sauvé v. Canada*; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, del 2002). La Corte Suprema non esita talora a prendere le distanze dall'esperienza statunitense, nonostante le affinità che legano i due ordinamenti soprattutto sul piano della codificazione dei diritti fondamentali, e ad accogliere i principi espressi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo o dalle corti costituzionali europee (*Regina v. Keegstra*, 1990).

Il riferimento ai precedenti stranieri è talvolta giustificato con l'utilità del confronto con altre esperienze che hanno in passato risolto casi analoghi (*United States v. Burns*, 2001):

Sperti

Given the similarities of constitutional drafting and sources – scrive uno dei giudici della Corte suprema, fra i più attivi sostenitori dell'opportunità di un dialogo fra le corti – one would not be surprised by the new dialogue among judges and lawyers drawing on the expertise and experience of interpreters of similar documents. Moreover, because the legal protection of human rights is a novel phenomenon in many countries, sometimes, little or no previous domestic jurisprudence exists to give meaning to the rights, making judgments from elsewhere particularly useful and necessary. Deciding on applicable legal principles and solutions increasingly involves a consideration of the approaches that have been adopted for similar legal problems elsewhere.

[L'Heyreux-Dube, 2003, p. 661].

Sulla base di questi elementi è, dunque, possibile descrivere il carattere del ricorso alla comparazione nella giurisprudenza canadese come «dialogico» (Choudry 1999, pp. 835 ss.): la Corte suprema canadese vede, infatti, nel dialogo con le corti costituzionali straniere un elemento non solo utile, ma *necessario*, ai fini della decisione per confortare le proprie conclusioni ed al tempo stesso per trarre indicazioni in assenza di precedenti nazionali; tale aspetto assume peraltro particolare rilievo se si considera il valore di fonte del diritto del precedente in questo ordinamento.

Affinità con il modello canadese si rinvengono anche nella recente giurisprudenza delle corti inglesi: sebbene le pronunce siano di numero molto più contenuto, esse rivelano aspetti di particolare interesse sul piano del riferimento ai principi espressi in precedenti stranieri (Markesinis – Fedtke, 2005, pp. 30 ss.). Su tale sviluppo ha senz'altro influito l'adozione nel 1998 dello *Human Rights Act* ed in particolare l'art. 2 della nuova legge che ha consentito di dare attuazione ai diritti riconosciuti dalla Carta

Europea dei diritti dell'uomo anche attraverso il riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (Sperti, 2001, p. 73 ss.); tuttavia ai nostri fini rileva principalmente osservare come i giudici si siano dichiarati

increasingly prepared to accord persuasive authority to the constitutional values of other democratic nations when dealing with ambiguous statutory or common law provisions which impact upon civil liberties issues

[Lord Browne-Wilkinson 1995, p. 253]

ed abbiano altresì osservato come

The discipline of comparative law [...] has the different and inestimable value of sharpening our focus on the weight of competing considerations

[Lord Steyn in *Mac Farlane v. Tayside Health Bd.*, 2000]

Il ricorso al diritto comparato non può dunque essere rivolto a condizionare gli sviluppi del diritto inglese, ma se l'esempio straniero può essere utile al fine di servire meglio «i fini della giustizia»,

this must prompt anxious review of the decision in question

[*Fairchild v. Glenhaven Funeral Service*, 2002].

Vi è infine un ultimo modello che potremmo definire il più alto sul piano del confronto con le esperienze straniere ed il cui più significativo esempio può ravvisarsi nella Corte Suprema sudafricana. Nelle sue pronunce il ricorso al diritto comparato non è, infatti, solo strumentale alla migliore interpretazione del diritto nazionale, ma è spesso giustificato in considerazione della generale condivisione con gli altri paesi di un patrimonio di valori e di principi fondamentali in tema di tutela dei diritti fonda-

mentali. La comparazione appare dunque non solo utile, ma altresì come *doverosa* per il giudice costituzionale e va sottolineato che in Sud Africa essa è peraltro prevista esplicitamente da una precisa disposizione costituzionale la quale dispone che, nell'interpretare le disposizioni sui diritti fondamentali, le corti «devono tenere conto dei principi del diritto internazionale» e «*possono prendere in considerazione la giurisprudenza di corti costituzionali straniere*» (Art. 39, sect. 1).

La seguente citazione può meglio illustrare questo particolare orientamento: scrive il giudice Sachs:

I draw on statements by certain United States Supreme Court Justices [...] not because I treat their decisions as precedents to be applied in our Courts, *but because their dicta articulate in an elegant and helpful manner problems which face any modern court*. Thus, though drawn from another legal culture, they express values and dilemmas in a way which I find most helpful in elucidating the meaning of our own constitutional text [S. v. *Lawrence*, 1997].

L'esperienza del nostro Paese non trova invece facile collocazione in alcuno dei modelli descritti: sebbene, infatti, nella giurisprudenza civile siano numerosi gli esempi di ricorso alla comparazione e di collaborazione con le corti straniere (tanto da far ritenere emergente, anche nella nostra esperienza, una «*judicial comity*»), la giurisprudenza costituzionale rivela uno scarso riferimento alle pronunce costituzionali straniere. Se si escludono i frequenti ma generici richiami ai principi posti a fondamento di uno «stato democratico», dello «stato di diritto» o accolti nelle «moderne democrazie parlamentari», gli esempi di riferimento alle pronunce costituzionali straniere o ai principi espressi in altre costi-

tuzioni nella nostra giurisprudenza costituzionale si rivelano alquanto sporadici e sono spesso giustificabili in base alla specifica sensibilità o alla formazione dei nostri giudici costituzionali (Pegoraro 1987, pp. 601 ss.; Pegoraro – Damiani 1999, pp. 425 ss.; Sperti, 2005). I casi di citazione di precedenti di altre corti supreme sono inoltre in genere solo incidentali ed utili per rafforzare le conclusioni espresse nella motivazione, la quale resta tuttavia fondata su soli principi e disposizioni interne al nostro ordinamento. Inoltre nella nostra giurisprudenza, anche al di fuori di quella costituzionale, è in generale assente ogni riflessione circa l'utilità del diritto comparato ai fini interpretativi ed i problemi posti dal ricorso a tale strumento.

L'Italia si pone dunque, al pari della Francia, tra quelle esperienze in cui, sebbene il diritto comparato sia innegabilmente parte del bagaglio culturale dei giudici costituzionali, il riferimento agli ordinamenti stranieri è spesso solamente implicito (Markesinis – Fedtke 2005, p. 26 ss). Un significativo esempio in tal senso è rappresentato dalla importante ancorché risalente sent. n. 27 del 1975 in tema di diritto all'aborto in cui dalle affermazioni dei giudici costituzionali si desume una più debole tutela del concepito nelle prime fasi della gravidanza, secondo un modello che ricalca per molti aspetti i presupposti scientifici posti a fondamento della celebre pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Roe v. Wade* del 1973.

Tuttavia, anche nelle nostre corti si constata una crescente sensibilità al dialogo con le esperienze straniere: ne sono una riprova le affermazioni dei nostri giudici costituzionali con cui abbiamo introdotto questo lavoro e, al tempo stesso, alcuni

scritti recenti che guardano all'uso della comparazione da parte dei giudici (Alpa 2005) ed all'emergere di una generale condivisione di valori in tema di tutela dei diritti fondamentali (Spadaro 1998, pp. 441 ss.; Ferrarese 2002, pp. 65 ss.). Inoltre, sebbene alle corti di merito ed alla Corte di cassazione non possano essere estese alcune delle considerazioni espresse in questo lavoro, particolare rilievo assume una pronuncia del 1997 (caso *Scientology*), in cui, nel sottolineare come,

a dispetto della globalizzazione dell'informazione e degli accessi sempre più numerosi aperti verso la stessa dal moltiplicarsi delle fonti mediatiche,

il giudice di rinvio avesse errato nel trascurare le affermazioni della dottrina e della giurisprudenza straniera, la Corte di Cassazione lascia intendere che l'opinione comune non può essere correttamente valutata dall'interprete senza spingere lo sguardo al di là dei confini nazionali.

Comparazione giuridica per fini interpretativi e concezione della Costituzione

Le affermazioni espresse nella giurisprudenza costituzionale recente che abbiamo descritto sollevano due ordini di questioni, fra loro strettamente connessi: un primo attiene alle motivazioni del ricorso alla comparazione ed alla particolare concezione della Costituzione che tale ricorso finisce per presupporre; il secondo – che affronteremo nel paragrafo successivo – è invece relativo ai problemi posti dal ricorso alla comparazione con specifico riferimento alla giurisprudenza costituzionale

ed, in particolare, alla tutela dei diritti fondamentali.

Nelle pronunce richiamate nelle pagine precedenti è frequente il riferimento ad un patrimonio di valori e principi generalmente condivisi in tema di tutela dei diritti fondamentali. Tali considerazioni sono comuni a tutti i modelli descritti: esse si riscontrano, infatti, negli Stati Uniti (dove la Corte sottolinea in *Lawrence* l'appartenenza del paese ad una «*wider civilization*» e la dottrina più recente discute della natura di un emergente «*generic constitutional law*» (Law 2005, pp. 652 ss.)), così come in esperienze di giustizia costituzionale più recenti quali il Sud Africa o l'Ungheria (dove la Corte ha dichiarato il proprio intento di attuare una «costituzione invisibile» (Ponthoreau 2005, p. 171)).

Ciò ha indotto soprattutto coloro che si mostrano critici verso il riferimento a fonti esterne nei giudizi di legittimità costituzionale a sostenere come tali affermazioni implicino l'adesione ad una concezione giusnaturalista, per cui il ricorso alla comparazione presupporrebbe l'universalità di alcuni diritti fondamentali e tenderebbe ad instaurare una loro unificazione, con conseguente limitazione delle identità e delle tradizioni costituzionali nazionali (Posner 2005).

Tali considerazioni possono essere ricondotte, in una prospettiva più generale, ai recenti studi che hanno ravvisato un «*visible international consensus*» soprattutto con riferimento ad alcuni temi del diritto civile, quale conseguenza dell'emergere di una «*global community of courts*» (Slaughter 2003, p. 194) ed hanno descritto un «ordinamento giuridico globale» in cui «il potere giudiziario [...] tende a configurarsi quale organo di una società civile ormai cosmopolitica» (Galgano 2005, p. 10). È tuttavia ad

Häberle che si deve una prima analisi dell'«apertura verso l'esterno dei contenuti e delle dimensioni dei diritti fondamentali» e la constatazione di come essa contribuisca al nascere di una «comunità di interpreti dei diritti fondamentali» a carattere internazionale, in cui il diritto comparato si configura come un «quinto» metodo di interpretazione, oltre ai quattro metodi classici descritti da F.C. von Savigny nel 1840 (Häberle 1989, pp. 913 ss.).

Deve riconoscersi che il riferimento ai precedenti stranieri nella giurisprudenza costituzionale presuppone l'esistenza di un consenso diffuso sul «nucleo essenziale» di alcuni diritti fondamentali. Riteniamo infatti che, come già sostenuto in altra sede, il contenuto e taluni aspetti della tutela di alcuni diritti dell'uomo (si pensi, ad esempio, alla libertà personale) presentino una validità generale e possano essere utili ai fini dell'interpretazione ed integrazione delle singole costituzioni nazionali, prescindendo dai caratteri peculiari di ciascuna esperienza.

In secondo luogo, è forte la suggestione di un rapporto tra l'emergere di un *common core* di principi e valori costituzionali condiviso dalle principali nazioni, quale può evincersi dalla giurisprudenza costituzionale, e l'affacciarsi nell'agenda di molte corti supreme di questioni analoghe sui temi quali l'aborto (su cui, da ultimo, i casi *Scheidler v. National Organization for Women* e *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England* della Corte Suprema degli Stati Uniti), l'immigrazione, l'esposizione del crocefisso nei luoghi pubblici (su cui peraltro sia la nostra Corte costituzionale che la Corte Suprema USA – nel recentissimo *Baldwinsville Central School District v. Peck* – hanno scelto di «non decidere»).

Tuttavia la constatazione della condivisione di principi in tema di tutela dei diritti da parte delle Corti costituzionali non implica il ritenere tali affermazioni come ispirate dal tentativo di elaborazione di una giurisprudenza in tema di diritti fondamentali che travalica i confini nazionali né su tali premesse può fondarsi una critica circa la legittimazione di un'attività di *judicial lawmaking* e la potenziale violazione del principio della separazione dei poteri in senso stretto (sulla cui nozione in questo contesto, Barberis 2004).

Se si muove al tempo stesso dalla constatazione che anche paesi di tradizione giusnaturalista hanno in passato dimostrato chiusura verso gli studi comparatistici, si comprende come l'attenzione deve piuttosto concentrarsi sulle *motivazioni* che inducono i giudici, ed in particolare i giudici costituzionali, a fare ricorso alla comparazione. Un'attenta analisi delle pronunce e del contesto in cui esse sono state emesse rivela infatti come le affinità fra le diverse esperienze siano solo apparenti e come ai tre modelli che abbiamo descritto corrispondano propositi di differente natura nel ricorso ai precedenti stranieri.

Nel modello statunitense la finalità della comparazione nelle pronunce della Corte Suprema è di tipo essenzialmente culturale. La ritrosia in passato manifestata dalle corti verso il riferimento a precedenti stranieri a fini interpretativi è certamente spiegabile alla luce della particolare concezione della separazione dei poteri accolta in questa esperienza, ma su di essa pesano anche ragioni di tipo essenzialmente pratico quali la scarsa conoscenza delle lingue straniere e, sino a pochi anni or sono, l'assenza di Internet e di motori di ricerca utili per la ricerca di materiale giurisprudenziale straniero. Un

contributo importante all'affermarsi di una sensibilità verso la giurisprudenza straniera è inoltre venuto dalle frequenti occasioni di scambio culturale tra i giudici costituzionali affermatesi in tempi più recenti (Rosenfeld 2001). Inoltre l'egemonia economica e culturale che il paese ha esercitato ha innegabilmente contribuito al ruolo delle Corti e della dottrina di «esportatori» di modelli e principi in pressoché totale chiusura verso le altre esperienze di giustizia costituzionale.

I fattori di tipo economico esercitano, a nostro parere, un indubbio riflesso sull'attività degli organi costituzionali ed, in particolare, delle corti: il più stretto dialogo tra le corti costituzionali può infatti essere letto come una conseguenza, sul piano del diritto costituzionale, dei sempre più numerosi contatti tra corti nazionali e straniere favoriti dalla cd. *globalizzazione* dei rapporti economici. In ambiti quali, ad esempio, il diritto commerciale o il diritto fallimentare sono, infatti, frequenti i casi in cui le corti nazionali devono confrontarsi con organi giudiziari stranieri che hanno giurisdizione sulla controversia ed è offerta alle parti la scelta tra più fori competenti, ciascuno dei quali ha interesse a pronunciarsi (Slaughter 2000, p. 1114 ss.; Musy 2004, p. 122 ss.). Tali elementi di novità hanno probabilmente contribuito, in un sistema quale quello statunitense caratterizzato da un controllo diffuso di costituzionalità, al ricorso a precedenti stranieri anche in quelle pronunce in cui vengono più strettamente in considerazione temi connessi alla tutela dei diritti fondamentali.

Se si guarda invece al modello canadese e britannico, il carattere dialogico del ricorso alla comparazione può essere ricondotto all'adozione, rispettivamente, della

Carta dei diritti nel 1982 e dello *Human Rights Act* del 1998 i quali si pongono nel contesto di una codificazione dei diritti fondamentali che ha accomunato molti paesi del *Commonwealth*, con evidente circolazione dei modelli tra i vari paesi. La Carta canadese, ad esempio, è stata utilizzata come modello in Sud Africa, Nuova Zelanda, Hong Kong ed ha rappresentato un utile punto di riferimento anche in Gran Bretagna per l'elaborazione dello *Human Rights Act*.

Infine, in democrazie di più recente tradizione, e che abbiamo ritenuto di ascrivere ad un terzo modello, ad alcune delle motivazioni sin qui descritte deve aggiungersi un ulteriore fattore rappresentato dal tentativo delle corti costituzionali di rafforzare, da un lato, la propria legittimazione, autorità ed indipendenza e dall'altro, di rendere più evidente, al di fuori dei confini nazionali, il carattere democratico della nuova forma di stato.

In Sud Africa il ricorso alla comparazione agevola la Corte Suprema nell'intento di prendere "*parte allo sviluppo su scala mondiale del costituzionalismo e della tutela dei diritti umani*" e le consente di ricondurre i principi ispiratori della Costituzione al processo di «*global development of constitutionalism and human rights*» (*State v. Mhlungu* 1995). Al tempo stesso, l'utilizzo di precedenti stranieri a fini interpretativi permette alle istituzioni nazionali di collocarsi «*in the mainstream of international democratic practice*» (*Coetzee v. Government of the Republic of South Africa* 1995).

Molti di questi fattori ci consentono di evidenziare, secondo un'interpretazione proposta dalla dottrina dei *critical legal studies*, i rapporti della cd. *constitutional cross fertilization* con la realtà politica, economi-

ca e sociale che caratterizza le varie esperienze (Tushnet 1999, pp. 1285 ss.; Hirschl 2004). Tuttavia neppure il rapporto tra questi aspetti esaurisce le motivazioni del ricorso alla comparazione, né offre una risposta esaustiva all'emergere del fenomeno, al pari di quanto non possa dirsi del tutto soddisfacente una sua lettura in chiave esclusivamente giusnaturalistica.

Le corti, in tutti i modelli descritti, guardano infatti alle esperienze straniere anche come ad un modello da cui imparare e trarre indicazioni a fini semplicemente culturali. Scrive uno dei giudici della Corte suprema canadese che

esaminare e prendere in considerazione la giurisprudenza americana ci consente di trarre profitto da una competenza in materia di interpretazione costituzionale acquisita in più di duecento anni.

[L'Heureux-Dube 1998, p. 20]

Negli Stati Uniti, analogamente, il giudice Calabresi, uno dei più attivi sostenitori dell'opportunità di un'apertura ai precedenti stranieri, ha sottolineato:

at one time America had a virtual monopoly on constitutional judicial review and if a doctrine was not tried out here, there was no place else to look. That situation no longer holds. Since World War II, many countries have adopted forms of judicial review which [...] unmistakably draw their origin and inspiration from American constitutional theory and practice. These countries are our constitutional offspring and how they have dealt with problems analogous to ours can be very useful to us when we face difficult constitutional issues. Wise parents do not hesitate to learn from their children.

[United States v. Then, 1995]

La tecnica di interpretazione costituzionale adottata (e la teoria della costituzione a cui essa si riconduce) non risponde, dun-

que, ad un'unica finalità. Spesso il ricorso alla comparazione riflette una molteplicità di esigenze e, soprattutto nella giurisprudenza delle esperienze di giustizia costituzionale di più recente istituzione, è possibile rinvenire sia un uso di tipo meramente culturale che dialogico dei precedenti stranieri, così come una lettura in chiave universalistica del contenuto di alcuni diritti fondamentali.

Su alcune difficoltà poste dalla comparazione come metodo interpretativo

Le considerazioni sin qui svolte spostano l'oggetto della nostra indagine sul tema della comparazione come metodo di interpretazione costituzionale e ci consentono di svolgere alcune riflessioni in merito alle molte obiezioni rivolte dalla dottrina e da alcuni giudici costituzionali stranieri circa il ricorso ai precedenti stranieri nelle pronunce di costituzionalità.

È utile dunque partire osservando che la principale obiezione sollevata verso tale metodo muove dai timori di una più ampia discrezionalità dei giudici nell'interpretazione ed, in particolare, nella dichiarazione di illegittimità costituzionale. Se infatti il ricorso a fonti esterne può agevolare una pronuncia di illegittimità costituzionale, esso assume, secondo questa impostazione, i contorni di uno strumento potenzialmente lesivo del principio rappresentativo. Inoltre tale metodo di interpretazione consente, secondo i sostenitori di questa tesi, di svincolare l'interpretazione dal testo, accrescendo così la natura non democratica e discrezionale dell'attività interpretativa.

Sperti

Su questa linea si pongono anche nella nostra esperienza le considerazioni di chi, pur ammettendo che

al giorno d'oggi, il costituzionalista italiano potrà ben aprirsi alle esperienze internazionali ed europee ed «utilizzare» norme di altri ordinamenti

precisa che ciò debba avvenire

senza mai abbandonare l'angolo visuale della Costituzione italiana.
[Pace 2001, p. 42]

Alcune di queste osservazioni si possono ricondurre alla critica secondo cui il dialogo tra le corti presupporrebbe l'accoglimento di una concezione giusnaturalista dei diritti fondamentali; è infatti evidente la loro affinità con le critiche espresse nei confronti della teoria che propone un'interpretazione costituzionale «per valori» (Modugno 2005; *contra*, Pace 2001). Inoltre si ripropone in queste concezioni il dilemma tra il principio della separazione dei poteri e la natura dell'attività interpretativa degli organi statali ed in particolare dei giudici (Scalia in *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, p. 869 (1988); Posner 2005, pp. 84 ss.; Young 2005, pp. 163 ss.).

In realtà sia nelle esperienze più chiuse alla comparazione che in quelle in cui la giurisprudenza accoglie una concezione universalistica dei diritti fondamentali, i giudici muovono dal testo costituzionale e l'interpretazione non è del tutto avulsa dalle tradizioni, dalla cultura e dal diritto del paese. Un mutamento giurisprudenziale che riposi essenzialmente su un precedente di un giudice straniero o di una corte internazionale è poco più che un'ipotesi di scuola; anche chi negli Stati Uniti si mostra scettico verso il ricorso alla comparazione

finisce poi per riconoscere che la Corte Suprema non si è mai concretamente distaccata dalla sensibilità generale del paese (Levinson 2004, p. 359).

Le affermazioni espresse dalla Corte Suprema nel caso *Roper* confermano il tentativo delle corti di sottolineare come l'interpretazione, anche se avvalorata dai precedenti stranieri, resti pur sempre un'interpretazione fedele allo spirito della costituzione. Nel nostro paese Zagrebelsky ha ricordato che

la circolazione delle giurisprudenze non compromette l'identità della propria. La comunicazione di esperienze è sempre filtrata perché presuppone *standard* minimi di omogeneità e giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali. Questi giudizi sono delle Corti nazionali. Non si determina alcuna diminuzione della loro funzione sovrana.
[Zagrebelsky 2006]

Una seconda obiezione che, soprattutto negli Stati Uniti, viene frequentemente rivolta al ricorso alla comparazione da parte del giudice costituzionale attiene alle difficoltà di «esportare» i principi espressi nelle pronunce straniere prescindendo dal contesto sociale, politico o economico in cui essi sono stati inizialmente formulati (Teitel 2004; Posner 2005, pp. 84 ss.).

A questo proposito si deve preliminarmente osservare come il ricorso alla comparazione nell'ambito della giurisprudenza civile muova da presupposti solo in parte analoghi a quelli già descritti con riferimento al ricorso alla comparazione nella giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali. L'interpretazione costituzionale presenta infatti degli aspetti peculiari che la distinguono dall'interpretazione degli altri testi normativi (Pinelli 2004; Modugno 2005). Ciò ci induce a non acco-

stare il fenomeno del crescente dialogo tra le corti nel contesto della giurisprudenza civile con quello nella giurisprudenza costituzionale. Già in passato infatti erano state descritte forme di *cross fertilization* o di circolazione dei modelli giuridici relativamente ad alcuni istituti del diritto civile (Sacco 1988) e il ricorso alla comparazione in questo contesto era stato giustificato ad esempio dall'intento di ricercare nuove soluzioni a problemi pratici (Zweigert – Kötz 1998, p. 17; Teitel 2004, p. 2575) o da finalità di tipo essenzialmente culturale (Gorla 1988). Inoltre in questo contesto i fattori economici prodotti dalla cd. globalizzazione dei rapporti economici appaiono prevalenti.

Alla questione se l'utilizzo di principi o valori costituzionali in una realtà giuridica diversa da quella in cui essi sono stati elaborati possa prescindere dai fattori che hanno concorso al loro accoglimento nelle singole esperienze, si è già in parte risposto quando si osservava come in realtà sia possibile rinvenire, con riferimento al contenuto di alcuni dei diritti fondamentali, un *common core* condiviso dalle principali nazioni. Non è infatti casuale che le affermazioni più significative nella giurisprudenza sin qui richiamate abbiano sottolineato il ruolo della comparazione con specifico riferimento alla tutela di alcuni diritti.

Si può, infine, osservare a questo proposito che attività di individuazione di un comune patrimonio giuridico sono state compiute anche in passato attraverso lo spontaneo riconoscimento di principi giuridici fondamentali a valere anche al di fuori dell'ordinamento in cui essi sono stati elaborati e l'esempio più significativo è rappresentato dall'art. 38, lett. C dello statuto della Corte internazionale di giustizia

in cui si prevede che essa possa applicare nelle sue decisioni «i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazionali civili» (Pizzorusso 1998, p. 321).

Se dunque con riferimento agli aspetti relativi alla tutela dei diritti è possibile in parte prescindere dai caratteri politici, economici e sociali delle singole esperienze nazionali, considerazioni diverse devono invece svolgersi con riferimento all'utilizzo di pronunce straniere sui temi della cd. «*structural constitution*» ossia con riferimento ai caratteri alla forma di governo o alla forma di stato. In questo contesto è infatti più difficile prescindere dalle peculiarità delle singole esperienze nazionali e la comparazione deve presupporre un'attenta analisi delle peculiarità di ciascuna esperienza e dei fattori specifici che hanno concorso alla adozione dei singoli istituti negli ordinamenti di origine. In alcuni casi l'applicazione di principi, anche di quelli che posseggono un'apparente validità generale, si rende infatti particolarmente complessa: si pensi, ad esempio, alla *separation of powers* negli Stati Uniti alla quale il rapporto con il sistema dei *checks and balances* conferisce caratteri del tutto peculiari.

Osservazioni conclusive

L'analisi di alcune pronunce delle corti costituzionali mostra come il fenomeno della comparazione giuridica sia, come ha osservato Marie-Claire Ponthoreau, ancora marginale negli Stati Uniti ed in Europa e come, con l'eccezione del Canada, il fenomeno del dialogo tra le corti costituzionali riguardi principalmente le corti di più recente istituzioni quali la Corte Suprema

sudafricana o quelle dei paesi dell'Est Europa (Ponthoreau 2004, p. 182).

Tuttavia, sebbene nelle esperienze più consolidate di giurisprudenza costituzionale il peso della tradizione ed il condizionamento indotto dall'utilizzo di consolidate tecniche di soluzione dei casi siano più avvertiti, il fenomeno del dialogo tra le corti costituzionali rappresenta un fattore di novità e di grande interesse nel contesto degli studi di diritto costituzionale comparato. Come ha affermato uno dei giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti, il cui incarico si è recentemente concluso, negli Stati Uniti si può oramai ritenere che «*comparative constitutional law is an idea whose time has come*» (Day O'Connor 2002, p. 350). Al tempo stesso la consapevolezza dei giudici costituzionali di appartenere ad una più ampia ed «ideale cerchia giudiziale» - la cui esistenza Zagrebeksky ha ritenuto «constabile» - conferma l'accoglimento di una diversa prospettiva circa il ruolo del giudice costituzionale e la «nuova dimensione» della giustizia costituzionale.

È possibile che in futuro la necessità delle corti di confrontarsi con questioni nuove in tema di tutela dei diritti non possa che rafforzare questa tendenza: si pensi ad esempio ai temi connessi alla tutela dei cd. diritti di nuova generazione (quali il diritto all'ambiente), così come alle questioni poste dall'avanzamento delle scienze biologiche o dalla diffusione di nuovi strumenti di comunicazione di massa i quali hanno un innegabile riflesso sulle libertà fondamentali, ad esempio, sulla libertà di manifestazione del pensiero, di comunicazione e di corrispondenza.

Bibliografia

- Bader Ginsburg (Ruth), *Looking Beyond Our Borders: the Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, in «40 Idaho Law Review», 1 (2003);
- Barak (Aharon), *Compararison in Public Law*, in «80 Tulane Law Review», 195 (2005);
- Barberis (Mauro), *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale", Padova, 22-23 ottobre 2004;
- Bork (Robert H.), *Coercing virtue: the Worldwide Rule of Judges*, AEI Press, Washington, 2003;
- Choudry (Sujit), *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in «74 Indiana Law Journal», 819 (1999);
- Day O'Connor (Sandra), *Keynote Address Before the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law*, in «96 American Society of International Law Proceedings», 348 (2002);
- Ferrarese (Maria Rosaria), *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002;
- Galgano (Francesco), *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005;
- Gorla (Gino), *Diritto comparato e straniero*, voce dell'Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XI, 1988;
- Häberle (Peter), *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, in *Juristen Zeitung*, 1989, p. 913 ss.;
- Hirschl (Ran), *Globalization, Courts and Judicial Power: the Political Origins of the New Constitutionalism*, in «11 Indiana Journal of Global Legal Studies», 71 (2004);
- Law (David S.), *Generic Constitutional Law*, in 89 *Minnesota Law Review* 652 (2005);
- L'Heureux-Dube (Claire), *From Many Different Stones: A House of Justice*, relazione al Meeting dell'International Association of Women Judges (10 Novembre 2001, Montreal), in «41 Alberta Law Review», 659 (2003);
- L'Heureux-Dube (Claire), *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in «34 Tulsa Law Journal», 15 (1998);
- Lester (Anthony), *The Overseas Trade in the American Bill of Rights*, in «88 Columbia Law Review», 537 (1988);
- Loveland (Ian) a cura di, *Special Relationship? American Influences on Public Law in the UK*, Clarendon Press, Oxford, 1995;
- Marini (Annibale), *Indirizzo di saluto in occasione del cinquantesimo anniversario della Corte costituzionale*, Roma, Palazzo del Quirinale, 21 aprile 2006, consultabile all'indirizzo «www.associazione-deicostituzionalisti.it/materiali»;
- Markesinis (Sir Basil) - Fedtke (Jörg), *The Judge as a Comparatist*, in «80 Tulane Law Review», 11 (2005);

- Markesinis (Sir Basil) - Fedtke (Jörg), *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, Cavendish Publishing, London, 2006;
- Modugno (Franco), *Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori*, relazione del 12 maggio 2005 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza", pubblicata sul sito www.costituzionalismo.it;
- Musy (Alberto), *La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello americano in Italia*, Milano, Giuffrè, 2004;
- Pace (Alessandro), *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, pp. 35 ss.;
- Pegoraro (Lucio), *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, «Quaderni Costituzionali», 1987, pp. 601 ss.;
- Pegoraro (Lucio) - Damiani (Paolo), *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, «Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo», 1999, pp. 411 ss.;
- Pegoraro (Lucio) - Damiani (Paolo), *Comparative law in the judgement of constitutional courts*, in A.M. Rabello - A. Zanotti (a cura di), *Developments in European, Italian and Israeli law*, Giuffrè, Milano, 2001;
- Pinelli (Cesare), *Il dibattito sulla interpretazione costituzionale tra teorie e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladino*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 1671 ss.;
- Pizzorusso (Alessandro), *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998;
- Ponthoreau (Marie-Claire), *Le recours à l'argument de droit compare par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, in F. Mélin-Soucramanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, pp. 167 ss.;
- Posner (Richard A.), *No Thanks, We Already Have Our Own Laws*, in *Legal Affairs*, Luglio - agosto 2004, p. 40 ss.;
- Posner (Richard A.), *A Political Court*, in «119 Harvard Law Review», 31 (2005);
- Levinson (Sanford), *Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections*, in «39 Texas International Law Journal», 353 (2004);
- Rosenfeld (Michel), *Constitutional Migration and the Bounds of Comparative Analysis*, in 58 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 67 (2001);
- Sacco (Rodolfo), *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II, Torino, 1988;
- Schlesinger (Rudolf B.) - Baade (Hans W.) - Herzog (Peter E.) - Wise (Edward M.), *Comparative Law. Cases, text, materials*, sesta ediz., Foundation Press, New York, 2001;
- Slaughter (Anne-Marie), *Judicial Globalization*, in «40 Vanderbilt Journal of International Law», 1103 (2000);
- Slaughter (Anne-Marie), *A Global Community of Courts*, in «44 Harvard International Law Journal», 191 (2003);
- Scalia (Antonin), *Originalism: the Lesser Evil*, in «57 University of Cincinnati Law Review», 849, (1989);
- Spadaro (Antonino), *Gli effetti costituzionali della cd. globalizzazione*, in «Politica del Diritto», 1998;
- Sperti (Angioletta), *Il ricorso alla comparazione ed il dialogo tra le Corti costituzionali nell'esperienza più recente*, in corso di pubblicazione in «Rivista di Diritto Costituzionale», 2006, n. 2 e disponibile al sito www.associazionedeicostituzionalisti.it/anticipazioni;
- Sperti (Angioletta), *Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna dopo l'approvazione dello Human Rights Act*, in «Rivista di Diritto Civile», 2001, I, pp. 73 ss.;
- Teitel (Rudi), *Comparative Constitutional Law in a Global Age*, in «117 Harvard Law Review», 2570 (2004);
- Tushnet (Mark), *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in «108 Yale Law Journal», 1225 (1999), in part. 1285 ss.;
- Young (Ernst A.), *Foreign Law and the Denominator Problem*, in «119 Harvard Law Review», 148 (2005);
- Zagrebel'sky (Gustavo), *Relazione sui cinquanta anni di attività della Corte costituzionale*, Roma, Palazzo del Quirinale, 21 aprile 2006, consultabile all'indirizzo «<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali>»;
- Zweigert (Konrad) - Kötz (Hein), *Introduction to Comparative Law*, Oxford Univ. Press, 1998.

Corte costituzionale e sistema costituzionale in Germania

DIAN SCHEFOLD

I. *Premessa*

Quando l'Assemblea costituente italiana, nel 1947, decise di affidare competenze essenziali di controllo di costituzionalità a una Corte costituzionale, procedé verso un campo nuovo (Bonini 1996, pp. 13 ss.). Era conosciuta, è vero, la discussione sul controllo della costituzionalità diffuso delle leggi, anche sotto la direzione coordinatrice di una Corte suprema secondo il modello statunitense, c'erano le accuse ai ministri tipiche della monarchia costituzionale, e c'erano le esperienze dei conflitti costituzionali negli Stati tedeschi con decisioni pronunciate da Corti di Stato, recepite a livello centrale dalla Costituzione di Weimar¹. Ma collegare queste esperienze nell'ambito concettuale di una Corte costituzionale sembrava ancora un passo audace, tentato dalla costituzione austriaca del 1920, però essenzialmente modificata nel 1929 e poi distrutta dal totalitarismo². Malgrado alcune imitazioni e sviluppi in alcuni Stati fra le due guerre mondiali, la mate-

ria era ancora poco frequentata. Ne fanno fede gli interventi dei costituzionalisti tedeschi del 1928, quando Kelsen, importante per il modello austriaco, e Triepel, difensore della tradizione tedesca dei conflitti costituzionali, pronunciarono le loro relazioni senza avvicinarsi: le strade che, secondo il presidente dell'assemblea, si fossero incrociate nel bosco per andare verso un risultato chiarificatore non si sarebbero incontrate secondo l'opinione di tutti e due i relatori³. Questa immagine descrive bene la situazione di partenza dopo la seconda guerra mondiale, ed è questa novità della materia che deve essere considerata per valutare l'importanza del lavoro costituente italiano.

Se perciò, appena un anno più tardi, il Consiglio parlamentare di Bonn discusse il tema della tutela del sistema costituzionale mediante una Corte costituzionale, un influsso italiano sarebbe stato naturale. Tuttavia un influsso del genere non è rilevabile⁴. La discussione ruotava attorno all'esperienza weimariana, anche alla sua recezione

nelle costituzioni dei Länder emanate nel 1946/47, e alla discussione menzionata del modello austriaco, ma non sugli artt. 134-137 della costituzione italiana allora modernissima, e neanche sulla legge costituzionale 1/1948. Una tale prospettiva ristretta si spiega, oltretutto per la limitata prospettiva del diritto costituzionale comparato dell'epoca, per il fatto che la normativa italiana non era ancora operativa. Si sa che, nonostante i passi verso l'attuazione della costituzione, c'erano gravi ostacoli e le origini della Corte costituzionale italiana risalgono infatti soltanto al 1956.

In questa fase la Corte costituzionale tedesca operava già con effetti considerevoli, osservati subito dalla dottrina italiana⁵, cosicché la comparazione dei sistemi fu determinata piuttosto dall'ordinamento successivo. Ma è vero che per l'attuazione della Legge Fondamentale tedesca l'istituzione effettiva della giustizia costituzionale era un compito prioritario. Subito dopo l'elezione del primo *Bundestag*, fu presentato un disegno di legge, e dopo interventi sostanziali, anche con una modifica importante della concezione costituzionale tramite l'introduzione del ricorso costituzionale diretto individuale (non ancora garantito dalla Legge Fondamentale originaria), la legge sulla Corte originaria poteva essere promulgata già il 12 marzo 1951 (*Bundesgesetzblatt*, I, p. 243 ss.; sulla genesi della legge v. Schiffrers 1984), entrare in vigore il 17 aprile 1951: la Corte pronunciò la sua prima ordinanza il 9 settembre, la prima sentenza il 23 ottobre 1951.

Per descrivere l'importanza della Corte per lo sviluppo del diritto costituzionale tedesco ci sono diversi metodi possibili. Ci si può appoggiare sul testo costituzionale, descrivendo i contributi della giurispru-

denza all'interpretazione costituzionale⁶. Si può partire dalle competenze procedurali della giurisdizione cercando di descrivere il loro impatto⁷. Si possono analizzare i metodi interpretativi e argomentativi della Corte⁸. Si possono prendere di mira gli effetti concreti della giurisprudenza, ad es. tramite l'annullamento di leggi (*Ossenbühl* 2001, p. 33 ss.).

Ognuno di questi metodi può essere giustificato, può contribuire a valutare l'importanza della giustizia costituzionale tedesca e a sistemare le attività della Corte. Per il presente studio però tenterò di periodizzare l'attività della Corte, identificando i temi essenziali della giurisprudenza e i suoi effetti nelle singole fasi. Un tale modo di procedere, certo legato a un giudizio soggettivo, può aiutare a inserire le funzioni della Corte nella storia costituzionale della Germania (II). Ci permetterà poi di accentuare gli strumenti e le forme dell'influsso (III). Su questa base sarà possibile descrivere l'importanza della Corte per il sistema costituzionale attuale tedesco (IV).

Ho tentato un'analisi del genere già quasi un decennio fa⁹. Ora il cinquantenario della Corte costituzionale italiana mi motiva ad attualizzare lo studio allora presentato, con le modifiche necessitate dallo sviluppo recente.

II. Le fasi della giurisprudenza

1. Sul piano diacronico, ovviamente *non si possono separare* epoche nettamente distinte. Le *competenze* della Corte sono rimaste, in principio, sempre le stesse dalla prima emanazione della legge sulla Corte, il 12 marzo 1951, in poi, con modificazioni margina-

li. Le modificazioni della legge hanno, fra l'altro, nel 1956 ridotto il numero dei giudici, nel 1970 unificato le diverse tipologie di giudici, abolito la rieleggibilità, introdotto l'opinione dissenziente e riformulato le regole sulla tecnica dell'annullamento, e poi, tutte le modificazioni, fino all'ultima più importante con la ripromulgazione della legge l'11 agosto 1993 e anche progetti, non diventati legge, hanno tentato di ovviare al carico troppo pesante e al numero enorme di ricorsi individuali. Ma tutte queste modificazioni si spiegano come reazioni a problemi concreti risultati da determinate esperienze e non implicano nuovi orientamenti principali diversi dal passato.

Per la composizione, c'è certo una cronologia risultante da un cambiamento dei fin'ora otto presidenti da Hermann Höpker-Aschoff passando attraverso, fra l'altro, Ernst Benda e Roman Herzog fino a Jutta Limbach e Hans-Jürgen Papier. Ma malgrado i lenti cambiamenti generazionali¹⁰, sia per il fatto che ogni giudice dipende, nelle sue attività, dalle azioni e dai ricorsi presentatigli, sia per il fatto che dei due senati della Corte il presidente ne presiede soltanto uno¹¹, sia per principi e regole propri della collegialità, non si può dire che ci siano decisive influenze da parte dei presidenti. Questo vale di più per i singoli giudici. Naturalmente ciascuno ha una personalità con un certo peso, maggiore o minore. Ma c'è un tale numero, una collegialità così accentuata e un cambiamento così graduale e lento che i singoli giudici possono, è vero, influenzare, magari determinare decisioni rispetto a certi tipi di problemi, ma non generalmente le fasi della giurisprudenza.

2. Ciò ammesso, mi sembra più fruttuoso accennare a certi *accenti della giurisprudenza* riconoscibili nelle singole fasi della storia della Corte, necessariamente intrecciata con quella della Repubblica Federale. Intanto - e senza voler isolare le fasi che, invece, coincidono parzialmente - mi sembra che possiamo menzionare *sei fasi* e tendenze¹².

a) Una prima fase, da localizzare negli anni '50 circa, fa riconoscere una tendenza della Corte a *respingere aspettative troppo estese*. Certo, questa tendenza non è univoca. Fra l'altro, già la prima sentenza della Corte sulla riorganizzazione territoriale della parte sud-ovest della Germania (oggi Baden-Württemberg) (BVerfGE 1,14 ss., con 39 massime!) appare estremamente pretenziosa e contiene motivi e soprattutto un elenco di massime simili piuttosto allo stile di un manuale. Le sentenze che vietarono le votazioni popolari consultive su questioni di armamento nei comuni di alcuni Länder socialdemocratici (BVerfGE 8,104 ss., 122 ss.) interpretarono il principio federativo e quello democratico in maniera assai unilaterale, più tardi relativizzata o almeno messa in dubbio. Le sentenze sull'eguaglianza tra uomo e donna (BVerfGE 3,225 ss.; 6,55 ss.) sembrarono, per quell'epoca, ardite.

Ma più importante mi pare il fatto che, in questo periodo, la Corte ha respinto i tentativi di farne un elemento utilizzabile da una delle forze politiche nella formazione della volontà politica in Germania. Questo è riconoscibile anzitutto nella serie di pronunce sulla Comunità Europea di Difesa, prevista come strumento di integrazione europea negli primi anni cinquanta (e poi naufragata a causa dell'atteggiamento francese). La Corte, sollecitata prima dal-

l'opposizione, poi dalla maggioranza del Parlamento, poi dal Presidente Federale, ha due volte respinto l'ammissibilità del ricorso (BVerfGE 1, 396 ss.; 2, 143 ss.) e poi, pretendendo la forza vincolante, per i due senati, dei pareri della Corte allora ancora possibili, ha sottratto la materia al conflitto e al tentativo di servirsi del *plenum* o di un senato della Corte contro l'altro¹³. Così l'ammissibilità dei conflitti fra organi, comparabili ai conflitti di attribuzione italiani, ma possibili in Germania in misura più ampia che in Italia, fu delimitata e, per tanto tempo, ridotta. L'abrogazione dei pareri come forma di procedimento della Corte, nel 1956, ne era la conseguenza naturale (Friesenhahn 1962, p. 89, 129 ss.).

Nella stessa direzione andarono altre sentenze, sul porto di Kehl (BVerfGE 2, 347 ss.), sul trattato relativo al territorio della Saar (BVerfGE 4, 157 ss.) e soprattutto sul concordato del Reich del 1933 con la chiesa cattolica. La Corte, pur riconoscendo la validità e la forza in principio vincolante del concordato - malgrado la sua ispirazione derivante dalla tattica hitleriana - non riconobbe un diritto del governo federale di procedere contro un Land che violasse il concordato, mantenendo così la competenza culturale dei Länder, anche di riformare le proprie scuole (BVerfGE 6, 309 ss.).

In tutt'altra materia, ma con la stessa tendenza all'auto-limitazione, la Corte respinse, già all'inizio della sua giurisprudenza, non soltanto ricorsi individuali contro atti non provenienti dalla Repubblica Federale (ad es. del periodo pre-costituzionale, delle forze occupanti, della Germania orientale, o addirittura stranieri (es. BVerfGE 1, 5 ss., 10 s.; cfr. però le aperture verso sentenze su Berlino-Ovest, da BVerfGE 1, 70 ss fino a BVerfGE 19, 377 ss.) ma, in

una sentenza importantissima, il ricorso di una vedova con tre figli che ricevette una pensione ovviamente non sufficiente per il minimo vitale (BVerfGE 1, 97 ss.). I principi costituzionali della dignità umana e dello Stato sociale non davano diritto, secondo la Corte, a determinate prestazioni indipendentemente dalla disciplina legislativa, cosicché l'idea dei diritti sociali - non espressamente ancorati alla Legge Fondamentale - fu fin dall'inizio rigettata.

b) Una seconda fase, più lunga e meno limitata, ma con una concentrazione negli anni sessanta, riguarda *l'interpretazione dei diritti fondamentali*. Questo compito, urgente per la Corte sin dal primo giorno, perché fin dall'inizio c'era un pesante carico di ricorsi individuali, è duraturo. Ma si può constatare una certa prudenza, anche una certa incertezza all'inizio e una consolidazione della prassi durante gli anni sessanta, che non ha escluso importanti sviluppi ulteriori, ma ha delimitato la base interpretativa.

Nella prima fase della Corte, c'era soprattutto il principio di eguaglianza che, dalla prima sentenza già menzionata e sotto l'influsso ovvio di Gerhard Leibholz (1959, con la formula citata già in BVerfGE 1, 14 (51 s.)), fu interpretato nel senso di un vincolo anche per il legislatore e come divieto di differenziazione (e di equiparazione) arbitraria, importante dall'inizio (e sino ad oggi) per l'intero sistema giuridico e soprattutto per il diritto elettorale¹⁴. Per i diritti di libertà, le pronunce iniziali rimanevano, di regola, di portata limitata. Soltanto nel 1956, la famosa sentenza "Elfes" (BVerfGE 6, 32 ss.) sullo sviluppo libero della personalità (Art. 2, I° co. LF) ne dedusse principi di portata essenziale.

Da una parte, interpretò la garanzia del diritto come un diritto di libertà sussidiario, comprendendo tutte le libertà non protette da un diritto di libertà speciale. Dall'altra parte, permise la limitazione di un tale diritto tramite "l'ordinamento costituzionale" (*verfassungsmäßige Ordnung*), riservato nell'art. 2, I° co. e interpretato ora, come tutta la normativa esistente costituzionalmente legittima, in senso formale e materiale.

Con questa sentenza – base per una giurisprudenza costante¹⁵ – veniva disegnato un sistema generale dei diritti fondamentali, con conseguenze concrete ad esempio per stranieri, attività economiche e comportamenti atipici non protetti da un diritto speciale. Dall'altro lato, restava fermo, oltre la limitabilità ora chiaramente basata soltanto sui limiti speciali di ogni diritto fondamentale speciale, un limite generale dei diritti non specialmente protetti come tali, cioè nella prassi la riserva di legge, come parte dell'"ordinamento costituzionale" nell'interpretazione della Corte. Ne risultava però, inoltre, un allargamento enorme della portata dei diritti fondamentali e pertanto, tramite il ricorso individuale, del ruolo della Corte costituzionale. Questa, infatti, era competente in principio, grazie a questa giurisprudenza, per qualsiasi limitazione della libertà. Era questa competenza che fu messa in dubbio da singoli giudici¹⁶ e, nella prassi, limitata tramite il riferimento a questioni di carattere specificamente costituzionale¹⁷.

In questa cornice, l'interpretazione dei singoli diritti di libertà poteva essere sviluppata. Menziono i passaggi più importanti degli anni seguenti: la sentenza "Lüth" sulla libera manifestazione del pensiero (BVerfGE 7,198 ss.), anche in conflit-

ti con terzi e perciò come correttivo di pronunce giudiziarie di diritto civile e penale, qualificato come *Drittwirkung* e operando con il metodo della ponderazione, allora applicato per la prima volta. Questa sentenza è fino ad oggi la base di una giurisprudenza ampia che solleva sempre nuovi problemi; ci tornerò. Fu completata da una sentenza di gran rilievo sulle emissioni televisive (BVerfGE 12,205ss., v. anche infra, punto c)). Di importanza comparabile era la sentenza sulle farmacie (BVerfGE 7,377 ss.) che annullò, come condizione per l'apertura di farmacie, l'accertamento dell'effettiva necessità. L'argomentazione della sentenza specificò le condizioni per l'intervento nella libertà professionale su diversi gradi possibili, delimitando così, come si è avverato in seguito, la portata ed i limiti dell'iniziativa privata¹⁸.

Poi fu la volta della libertà di coscienza e di religione, concretizzata prima in occasione del controllo sull'obiezione di coscienza (BVerfGE 12,45 ss.), poi in una serie di sentenze sul rapporto tra Stato e chiese, confessioni religiose e cittadino, soprattutto nell'ambito del diritto tributario (BVerfGE 19,129 ss., 135 ss., 206 ss., 226 ss., 242 ss., 248 ss., 253 ss., 268 ss., 282 ss., 288 ss.), poi in una sentenza sulle attività di gruppi religiosi in rapporto con determinati interessi economici (BVerfGE 24,236 ss.). La libertà personale, sia nel senso del divieto principale di detenzione, sia nel senso della tutela dell'integrità corporale, fu delimitata in una serie di sentenze su disposizioni del processo penale e su sanzioni penali (Cfr., fra l'altro, BVerfGE 10,302 ss., 16,194 ss., 17,108 ss., 19,342 ss.). Questo diritto di libertà, con limiti poco precisati dal testo della Legge Fondamentale, fu meglio protetto tramite il prin-

cipio di proporzionalità, già sviluppato in altre sentenze menzionate. Anche l'idea, importante in seguito, di una concezione personalistica della garanzia della proprietà è riconoscibile in questa fase della giurisprudenza della Corte (Cfr. BVerfGE 21,362 (369 ss.).

Questa breve esposizione non menziona molti diritti la cui problematica ha occupato la Corte prevalentemente più tardi. Poco dopo si sono presentati nuovi problemi in tema di libertà dell'arte (soprattutto BVerfGE 30,173 ss.) e della scienza (soprattutto BVerfGE 35,79 ss.). Più tardi hanno assunto maggior interesse le libertà di coalizione, di riunione, di domicilio, d'asilo ecc. Ciò non vuole dire che i diritti menzionati abbiano trovato una loro concretizzazione definitiva nelle sentenze citate; ci sono nuovi aspetti anche di questi diritti, ad es. riguardo i rapporti speciali dei cittadini con l'amministrazione (BVerfGE 33,1 ss.), l'importanza procedimentale dei diritti (BVerfGE 53,30 (57 ss.), soprattutto l'opinione dissenziente p. 71 ss.), taluni aspetti dei diritti come diritti di partecipazione (BVerfGE 33,303 ss.) e l'obbligo statale di proteggere certi diritti (Cfr., oltre la sentenza precit., BVerfGE 53,30 ss. già 39,1 (44 ss.), 46,120 (164 ss.)). Ma rimane sempre vero che gli orientamenti giurisprudenziali della fine degli anni cinquanta e dei primi anni sessanta hanno offerto punti di riferimento per lo sviluppo ulteriore di tutta la giurisprudenza sui diritti.

c) Con gli anni settanta circa, una nuova problematica si pone con la presenza di una *maggioranza parlamentare riformista* - la coalizione social-liberale - e un'*opposizione forte*, anche basata sui Länder. In questa fase ha inizio un attacco sistematico e

ben preparato per sottoporre tutte le questioni di riforma al *controllo della Corte*. In tale contesto è anzitutto il controllo della legittimità costituzionale delle leggi in via principale, in Germania possibile su ricorso del governo federale, del governo di un Land oppure di un terzo dei componenti del Parlamento (art. 93, I° co. n. 2 LF) che determina i conflitti. L'opposizione parlamentare, forte già nella minoranza e legittimata come tale a sollevare i ricorsi alla Corte, approfitta inoltre del fatto che governa, tramite il partito democristiano, una gran parte dei Länder. I loro governi non determinano soltanto il Bundesrat e per questa via una partecipazione - e quindi un'opposizione - forte nel procedimento legislativo, ma si oppongono, insieme con la minoranza del Parlamento federale, al governo federale nel processo davanti alla Corte costituzionale.

Certo, questa situazione non era assolutamente nuova nel 1969. Si possono fare esempi comparabili, ad es. in occasione del tentativo di Adenauer di istituire, nel 1961, una seconda catena televisiva sotto il controllo del governo, un tentativo impedito dalla Corte costituzionale su ricorso dei Länder e dell'opposizione parlamentare, perchè la televisione è competenza dei Länder e deve essere determinata dal principio della libertà di manifestazione del pensiero¹⁹. Poi non era dissimile la situazione dopo l'emanazione della normativa sullo stato di emergenza nel 1968, quando la legittimità della limitazione del diritto di agire in giudizio nel caso di controlli sui telefoni fu contestata, perchè la limitazione violava la dignità umana e il principio dello Stato di diritto, tutti e due soggetti alla garanzia della immodificabilità (art. 79, 3° co. LF). La Corte, questa volta, con-

fermò la legittimità della modifica della costituzione, secondo la Corte "immanente al sistema" e perciò da non criticare²⁰. Ma forse non è un caso che fu addirittura questa sentenza la prima criticata da un'opinione dissenziente, in quel periodo introdotta dalla modifica della legge sulla Corte del 1970. La conflittualità politica in una pronuncia certo non è un caso unico, ma è un motivo che dà importanza all'opinione dissenziente.

È questa situazione che, negli anni settanta e nei primi anni ottanta, determina il ruolo della Corte e dà lo stimolo per un gran numero di scritti che problematizzano la politicità della giurisprudenza costituzionale²¹. Infatti la Corte si vide confrontata con molti ricorsi facendo valere l'incostituzionalità di misure di riforma del governo social-liberale, e anche a livello dei Länder. Ne scelgo alcuni importanti.

Forse il problema più agitato nei primi anni settanta era la nuova politica in materia dell'Europa orientale iniziata dal governo Brandt, e il conflitto culminò con il trattato fondamentale (*Grundlagenvertrag*) con la Repubblica Democratica Tedesca del 31-7-1973. Il governo bavarese impugnò questo trattato mediante un ricorso in via principale contro la legge di adesione. Il caso, sollevando anche problemi processuali (Cf. BVerfGE 35,171, 193, 246, 280), pose in maniera grave la questione del rapporto fra giustizia costituzionale interna e diritto internazionale pubblico, perchè la Corte, respingendo, è vero, il ricorso bavarese, interpretò la legge sul trattato nel senso di una Germania unita sempre esistente, in contraddizione con l'intenzione della Repubblica Democratica Tedesca riconoscibile anche nel testo del trattato, ma con la pretesa esplicita di vincolare, tramite una

tale sentenza interpretativa, tutti i poteri statali e politici della Repubblica Federale²². L'irritazione non soltanto della teoria internazionalistica, ma anche della politica concreta di tutte e due le Germanie prodotta da tale sentenza era bene comprensibile, ma visto da oggi, la Corte sembra aver anticipato le ragioni della storia ...

Eccitazioni simili risultarono da un'altra sentenza della Corte, pronunciata su ricorso in via principale di quattro Länder con governi democristiani e della minoranza del Parlamento federale contro la riforma dell'aborto - una riforma che aveva dichiarato non punibile un aborto nelle prime sei settimane della gravidanza. La sentenza, anticipata già da un'ordinanza provvisoria (BVerfGE 39,1 ss.; l'ordinanza BVerfGE 37,324 ss.) e in contraddizione ovvia con la giurisprudenza di altre Corti come quella italiana, annullò la legge, pretendendo non solo un diritto alla vita, anche del non nato e perciò giuridicamente non ancora capace, ma un obbligo statale di proteggerlo - ecco per la prima volta questo concetto -, proprio con gli strumenti del diritto penale. La critica dell'opinione dissenziente e di tante voci del mondo dei giuristi e dei politici fu dura²³.

Due altre sentenze (BVerfGE 39,96 ss.; 41,291 ss.), su ricorsi del governo bavarese, limitarono il diritto del governo federale di dare aiuti finanziari ai Länder per scopi di investimenti comunali, vincolandoli sia alla determinazione dettagliata in via legislativa, sia all'accordo con il Land competente e limitando in questo modo lo strumentario federale nel campo delle politiche riformatrici. Una facilitazione procedimentale dell'obiezione di coscienza fu annullata, su ricorso dei governi democristiani e di un terzo dei componenti del

Bundestag, a motivo della priorità della difesa, di nuovo contro un precoce voto dissenziente²⁴.

La legge su una tassa per finanziare la formazione professionale dei giovani, nel caso di mancanza di posti di formazione resi disponibili dai datori di lavori, certo ibrida nel sistema tributario tedesco, fu annullata su ricorso della Baviera, con una sentenza estremamente controversa, con quattro opinioni dissenzienti (BVerfGE 55,274 ss.). Finalmente, nel momento della svolta del settembre-ottobre 1982, la Corte annullò, su ricorso dei Länder democristiani, la legge sulla responsabilità civile dello Stato, emanata dopo tante controverse e tanti sforzi contro il voto dell'opposizione (BVerfGE 61,149 ss.) – una riforma incontestabilmente urgente, ma la cui competenza federale poteva, infatti, essere contestata. Il Presidente federale aveva promulgato la legge, pronunciando però la sua perplessità riguardo alla legittimità costituzionale²⁵.

Ma c'è di più. Altre misure del governo social-liberale, come alcune esternazioni con carattere propagandistico durante una campagna elettorale (BVerfGE 44,125 ss.; v. *contra* BVerfGE 63,230, 251, 254) e misure di bilancio poste in essere nel caso di bilancio preventivo non tempestivamente approvato (BVerfGE 45,1 ss.; cfr. ancora BVerfGE 79,311 ss.), furono impugnate con successo, al posto del conflitto fra organi, dall'opposizione parlamentare. In altri casi, quando, dopo trattative lunghe, l'opposizione parlamentare aveva almeno in principio approvato la soluzione emanata, c'erano stati ricorsi individuali di gruppi extraparlamentari interessati a provocare sentenze della Corte che, tramite interpretazione oppure annullamento, almeno

influenzarono la disciplina applicabile, così nel caso dei trattati con gli Stati dell'Europa orientale (BVerfGE 33,195 ss., 232 ss.; 38,49 ss.; 40,141 ss.), dei titoli dei giudici (BVerfGE 38, 1 ss.) – un tentativo timido di "democratizzare" la giurisdizione – e della riforma universitaria, in effetti bloccata dalla Corte²⁶. Il caso più importante e famoso riguardava la codeterminazione imprenditoriale, confermata dalla Corte, è vero, ma con una tale interpretazione della normativa costituzionale così come di quella legislativa che la tendenza innovatrice della legge appariva molto attenuata²⁷.

Tutto sommato non mi sembra esagerato qualificare l'utilizzazione del processo costituzionale da parte dell'opposizione democristiana negli anni fra il 1969 e il 1982 come strumento essenziale per indebolire la politica governativa, e si può desumere da quanto ricordato che la Corte ha esercitato, attraverso questa politica, un ruolo utile all'opposizione. Questo non significa pretendere una parzialità della Corte. Ma l'interpretazione costituzionale, improntata dalle esperienze e dalla prassi fin ad allora applicate, si è dimostrata un freno per la legislazione e la prassi costituzionale riformiste. Il fatto che opinioni dissenzienti abbiano espresso, nella maggior parte delle sentenze riferite, concetti alternativi, prova inoltre che la prassi interpretativa utilizzata dalla Corte non era l'unica possibilità.

d) Ma la situazione conflittuale del periodo della coalizione social-liberale ha, inoltre, offerto il *modello di decisione dei conflitti costituzionali* che, forse, nella prima fase della Corte sarebbero ancora stati valutati come troppo politici. Infatti, nel 1966, Leibholz e Rinck, entrambi giudici della

Corte, avevano pubblicato il loro commentario che raggruppava tutte le sentenze relative ai singoli articoli della LF osservando, per tanti articoli della parte organizzativa, che "con riferimento a questo articolo non esiste fin'ora una giurisprudenza della Corte costituzionale"²⁸. Ora la conflittualità degli anni '70 aveva cominciato a colmare questa lacuna. Tale sviluppo proseguiva negli anni successivi malgrado un raggruppamento degli interessi meno chiaro.

C'era però un'altra fonte per tale sviluppo, perché in un campo speciale la Corte, sotto l'influsso di Gerhard Leibholz, aveva accentuato fin dall'inizio lo strumento del conflitto di attribuzione, del c.d. conflitto fra organi (*Organstreit*). Aveva pronunciato già in una delle prime sentenze, poi tante volte confermate, il diritto e l'obbligo dei partiti politici di far valere la loro posizione costituzionale come parti del sistema di formazione della volontà statale secondo l'art. 21 I° co., 1° fr. LF (cfr. art. 49 Cost. italiana)²⁹.

Il contenuto dei conflitti era spesso simile. Si trattava di una giurisprudenza sull'uguaglianza nei procedimenti politici, soprattutto nel diritto elettorale e nel diritto dei partiti politici. Gli argomenti più importanti erano, da una parte, il sistema tedesco dell'elezione proporzionale personalizzata con certe differenziazioni nel valore effettivo del voto, come le clausole di sbarramento, i mandati in sovrarappresentazione, il privilegio dell'attribuzione proporzionale dei seggi per partiti che hanno vinto tre seggi diretti, il numero delle firme necessario per presentare candidati e liste. Tutti questi problemi hanno occupato la Corte fin dall'inizio e restano importanti sino ad oggi.

Dopo le sentenze sulle prime elezioni

della Germania unificata, importanti per questo processo³⁰, sono da menzionare le due sentenze sulla sovrarappresentazione, molto contestata, e l'attribuzione proporzionale dei seggi a partiti con tre seggi vinti direttamente all'occasione delle elezioni del 1994 (BVerfGE 95,335 ss., 408 ss.). Ovviamente questa giurisprudenza che accentua il principio d'uguaglianza in maniera assai severa, ammettendo però certe disuguaglianze limitate per aumentare la stabilità, riveste una importanza costituzionale fondamentale. Dall'altro lato, le controversie riguardavano il finanziamento dei partiti, una materia sempre estremamente contestata e trattata dalla Corte in una giurisprudenza estesa e contraddittoria.

Mentre una prima sentenza (sotto l'influsso di Leibholz) raccomandò al legislatore un finanziamento statale³¹, una seconda, dopo la ricusazione di Leibholz per sospetta parzialità, lo esclude ammettendo soltanto un rimborso delle spese della campagna elettorale (BVerfGE 20,56 ss.), che poi in un'altra sentenza fu nondimeno dichiarato lecito in forma generalizzata (BVerfGE 24,300 ss.) e fu, malgrado ulteriori sentenze più o meno limitative della Corte (anzitutto BVerfGE 52,63 ss., 73,1 ss., 40 ss.), sempre aumentato, fino ad una sentenza del 1992 (BVerfGE 85,264 ss) che tornò ad un finanziamento generale dei partiti, limitando però la somma massima assoluta e relativa, seguita da tentativi di sanzionare i finanziamenti illeciti³². In questa giurisprudenza oscillante, l'unico punto abbastanza fermo è il tentativo della Corte di limitare i finanziamenti, uno scopo certo degno di lode, ma difficile da compiere. Rimane al legislatore invece la traduzione delle sentenze in versioni sempre nuove della legge sui partiti.

Ma oltre a tali preludi e a casi meno importanti, era proprio lo scioglimento del Parlamento dopo la svolta del 1982 che aprì la strada ad un conflitto classico del sistema parlamentare deciso nella forma di un conflitto di attribuzione. Kohl, eletto cancelliere per mezzo della sfiducia costruttiva il 1° ottobre 1982, aveva tuttavia accettato di presentarsi al voto degli elettori, in accordo con tutti i partiti rappresentati in Parlamento. Ora, applicando l'art. 68 LF, dopo una questione di fiducia con l'astensione della maggioranza governativa, e perciò con esito negativo, chiese lo scioglimento del Parlamento al Presidente Federale, che lo pronunciò. Ma quattro deputati protestarono per la perdita del loro mandato e sollevarono un conflitto di attribuzione, respinto in effetti dalla Corte costituzionale, ma con una estesa sentenza (BVerfGE 62,1 ss.) cui si opposero tre giudici con tre opinioni dissenzienti: la Corte pretese di controllare, nell'interesse della stabilità governativa tanto accentuata dalla Legge Fondamentale, se esistesse infatti un rapporto di fiducia tra maggioranza parlamentare e governo, malgrado la decisione espressa dal Parlamento di non pronunciare la fiducia.

La sentenza, piuttosto criticata a causa del risultato negativo³³, lo fu meno per il controllo molto esteso operato dalla Corte. Tuttavia il risultato della sentenza sembra inevitabile, non soltanto sotto il profilo politico, ma anche costituzionale; la decisione di coscienza dei deputati (art. 38 I° co. fr. 2 LF) si sottrae ad un controllo giurisdizionale. Ne dà testimonianza la riproposizione del problema nel 2005 quando il cancelliere Schröder, avendo perso molte elezioni nei Länder e pertanto in difficoltà per continuare al governo, chiese di

nuovo al Presidente Federale lo scioglimento del Parlamento in seguito ad una questione di fiducia con astensione della maggioranza governativa. Anche questa volta, la Corte invocata da alcuni deputati, rigettò l'azione, adesso però, nonostante le critiche, accentuando più chiaramente la portata della decisione parlamentare³⁴.

Sulla base della sentenza del 1983, sembrava naturale sottoporre alla Corte tutti i conflitti risultanti dal sistema parlamentare. Una tale tendenza, infatti, è da notare nella fase seguente. In un caso di corruzione collegato a finanziamenti illeciti dei partiti, il rifiuto del governo di mettere a disposizione della commissione d'inchiesta parlamentare gli atti contenenti segreti fiscali degli imputati fu dichiarato incostituzionale dalla Corte, benché con una motivazione cauta (BVerfGE 67,100 ss., cfr. 71,299 ss.), e in altri conflitti, i diritti di singoli deputati indipendenti da gruppi parlamentari e di gruppi parlamentari piccoli furono disciplinati (BVerfGE 70,324 ss., cfr. 77,170 ss. e poi 80,188 ss.), certo non nel senso di una garanzia completa, ma mantenendo il diritto del Parlamento intero e del legislatore³⁵ a disciplinare il suo funzionamento.

Dopo la riunificazione, il numero di questi conflitti è ancora aumentato (ad es. BVerfGE 82,316 ss., 84,304 ss., 92,74 ss., 96,264 ff.; di recente 106,253 ss.), e si potrebbe pensare di dedicare il titolo di un nuovo capitolo della giurisprudenza a questa problematica³⁶. Ma i diritti di controllo e di formazione della volontà statale spettano soltanto al Parlamento intero. Perciò si spiegano le sentenze che approvano la legittimità costituzionale della dislocazione dei missili americani o di armi chimiche in Germania (BVerfGE 68,1 ss., 77,170 ss.) e

poi la sentenza fondamentale che approva le azioni dell'esercito al fine della preservazione della pace all'estero, benché con previa autorizzazione parlamentare (BVerfGE 90,286 ss.) ora largamente praticata.

Altri conflitti costituzionali riguardavano il rapporto tra la federazione e i Länder. I conflitti tra singoli Länder e la federazione in materia del diritto del governo federale di emanare direttive nel campo dell'amministrazione federale delegata (*Bundesauftragsverwaltung*) erano ancora collegati con problemi tradizionali (BVerfGE 81,310 ss., 84,25 ss.).

Un altro conflitto sull'adesione del governo tedesco a una direttiva comunitaria in materia televisiva (BVerfGE 92,203 ss., cf. già 80,74 ss.), sollevò i problemi dello Stato federale nell'Unione Europea, poi attenuati tramite il trattato di Maastricht e l'art. 23 LF introdotto nel 1992, ma più tardi, come vedremo, di nuovo di intensa attualità.

Le pretese di far determinare la perequazione finanziaria secondo la Legge Fondamentale con misure di controllo giuridici potevano invece sembrare ardite. La Corte però, in una sentenza molto profonda e illustrativa di un federalismo basato sulla "Bundestreue" (fedeltà federale), determinò le misure di una perequazione più giusta e conforme con la normativa costituzionale (BVerfGE 72,330 ss., però contro le riserve del giudice *Niebler*, p.424 ss.). Sentenze più recenti hanno concretizzato questa pretesa (BVerfGE 86,148 ss., 101,158 ss.) e gettano un ponte verso problematiche attuali.

Accanto a questi conflitti, altri furono decisi nella forma più abituale del controllo delle leggi in via principale. Un tentativo di limitare, dopo l'emanazione di una

nuova legge sul servizio civile, gli effetti della sentenza menzionata sull'obiezione di coscienza fu respinto dalla Corte (BVerfGE 69,1 ss.; vedi la sentenza 48,127), mentre i ricorsi in via principale contro parecchie leggi dei Länder sui media, che intendevano l'ammissione della televisione privata, furono decisi dalla Corte, mantenendo regole contro i monopoli privati, assicurando il pluralismo e garantendo il mantenimento di un sistema di base pubblico³⁷, però con un successo limitato grazie allo sviluppo economico e internazionale. Con pieno successo poi il gruppo parlamentare ora di maggioranza a livello federale impugnò le leggi di due Länder sull'elettorato comunale degli stranieri (BVerfGE 83,37 ss., 60 ss.), prima del Trattato di Maastricht, e la legge di un Land sulla codeterminazione dell'impiego pubblico nell'amministrazione (BVerfGE 93,37 ss.; cf. ora la sentenza più cauta BVerfGE 107,59 ss.). Ma anche ricorsi individuali sollevarono problemi importanti dell'organizzazione costituzionale, con costruzioni giuridiche sull'ammissibilità un po' ardite, come il famoso ricorso individuale contro l'approvazione del trattato di Maastricht, provocando una sentenza assai nota la cui problematica è ancora da sistemare³⁸.

Il bilancio di questa giurisprudenza appare invece univoco. La Corte ha rafforzato, oltre alle sue attività già importanti, il suo ruolo di arbitro in tutti i conflitti costituzionali, e i limiti riconoscibili ancora nei primi anni della giurisprudenza sono stati allargati fino a una competenza generale.

e) Menzionare tutti questi conflitti non vuol però contestare il fatto che al centro del lavoro della Corte restano sempre, anche in fasi di litigi politici surriscaldati,

i problemi dei *diritti fondamentali* e della loro protezione, soprattutto in via di decisione di ricorsi individuali. Anzi ci sono indizi – ed eccomi alla quinta fase – per una *nuova conflittualità* caratteristica in queste materie, soprattutto negli anni novanta.

Per capire meglio questo sviluppo, occorre tener conto delle dimensioni quantitative della giurisprudenza, che comprende, ora, più di 110 volumi, a prescindere da tutte le ordinanze, anzitutto sul rigetto in forme semplificate, non pubblicate ufficialmente, ma spesso reperibili in riviste e in una collezione speciale³⁹. Dopo la stabilizzazione dei punti di orientamento per l'interpretazione dei diritti negli anni cinquanta, la Corte ha, man mano, completato e raffinato la sua giurisprudenza, soprattutto in materie come la garanzia della proprietà, con accenti diversi dalla Corte di cassazione⁴⁰, e, fra l'altro, con pronunce così delicate – e perciò molto criticate – come la legittimità costituzionale del riconoscimento delle espropriazioni nella Germania orientale prima del 1949, ancorata al trattato sull'unificazione, in seguito, nell'art. 143 III° co. LF (BVerfGE 84,90 ss.), oppure la qualificazione del diritto del locatario al suo domicilio come proprietà nel significato della costituzione (BVerfGE 89,1 ss.

Lo stesso vale per la libertà di riunione, diventata oggetto di una giurisprudenza più ampia soltanto dopo gli eventi del 1968, e soprattutto dopo le manifestazioni contro l'industria nucleare (BVerfGE 69,315 ss.). Nel campo dello sviluppo libero della personalità, la Corte ha elaborato, all'occasione del censimento previsto per il 1983, un diritto all'autodeterminazione informatica, molto fruttuoso sotto il profilo della protezione dei dati (BVerfGE 65,1 ss.; sull'importanza pratica, cfr., fra altri, BVerfGE

97,391 ss.). Altri diritti, come la libertà professionale, sono stati ulteriormente applicati, ad es. riguardo alla disciplina delle professioni libere e il rapporto tra disciplina corporativa e libertà della pubblicità (cfr. sulla base già di BVerfGE 33,125 ss. poi 71,162 ss., 183 ss.; 76,171 ss.), oppure all'applicabilità anche alle persone giuridiche. Ma soprattutto i principi generali dei diritti fondamentali sono sempre più applicati, ad es. i principi della proporzionalità e la portata della riserva di legge.

Ovviamente in un tale processo di concretizzazione non si possono evitare opinioni contrarie sull'una o sull'altra pronuncia. Controversie del genere sono il pane quotidiano del giurista. Ma come fenomeno nuovo si presenta negli anni novanta che, oltre alle sentenze nel campo della formazione della volontà dello Stato di cui alcune sono già state menzionate⁴¹, le critiche, anzi gli attacchi contro la Corte si concentrano sull'interpretazione di diritti fondamentali. Menziono alcuni esempi: basandosi sulla libertà personale e la proporzionalità delle sue limitazioni, la Corte dichiarò l'impunità del possesso di piccole quantità di haschisch per uso personale (BVerfGE 90,145 ss.), e venne denunciata come distruttrice dell'ordinamento sociale. Dall'altro lato, una nuova sentenza sull'aborto, la cui disciplina doveva essere unificata dopo la riunificazione, restrinse di nuovo la liberalizzazione voluta dal Parlamento e deluse pertanto molte aspettative (BVerfGE 88,203 ss. (cfr. 39,1 ss., cit.).

Per la libertà di riunione era molto contestato il profilo secondo cui un blocco della strada da parte di manifestanti fosse da qualificare – e da punire – come "costrizione" nel senso del § 240 del codice penale. Un gran numero di ricorsi individuali

non fu accolto, perché quattro giudici sostennero una violazione della libertà, ma quattro la negarono⁴². Poi la posizione del senato cambiò. In nuove sentenze i ricorsi individuali furono accolti, ma avendo contro forti opinioni dissenzienti che influenzarono la giurisprudenza successiva⁴³. Nell'ambito del diritto fiscale la Corte ha pubblicato pronunce estremamente concrete, vincolanti il legislatore. Fra l'altro ha deciso che sul minimo di vita non deve essere percepita l'imposta sul reddito (BVerfGE 82,60 ss., 198 ss.) e che l'educazione dei figli deve essere rispettata nel diritto fiscale (BVerfGE 97,332 ss.), ma poi ha strettamente limitato l'imposta patrimoniale, cosicché questa è poi stata abrogata (BVerfGE 93,121 ss.). Ovviamente questa giurisprudenza era determinata dall'influsso del giudice Kirchhof⁴⁴. Allarga la garanzia della proprietà, rovesciando intanto la giurisprudenza. Da tutt'e due i lati le critiche sono dure. Lo stesso vale riguardo al diritto d'asilo, molto limitato da una modificazione della Legge Fondamentale del 1993 che fu impugnata, ma senza successo, dinanzi alla Corte⁴⁵, malgrado un'opinione dissenziente di tre giudici e tante voci nella discussione pubblica.

Ma tutti questi conflitti rimangono entro dimensioni comprensibili, mentre due altre sentenze hanno provocato vere crisi politiche. L'una riguarda il crocifisso, o la croce nelle scuole bavaresi, la cui applicazione era prevista da un regolamento del Land. Genitori di allievi che non desideravano un tale influsso religioso sollevarono ricorsi e finalmente un ricorso alla Corte costituzionale, accolto da questa a motivo della libertà religiosa (anzitutto negativa)⁴⁶, ma avendo contro l'opinione dissenziente dura di tre giudici e causando poi un'ondata di proteste in

numerossime riviste, attraverso discorsi politici ed assemblee popolari, fino all'emanazione di una nuova legge bavarese che prescrisse di nuovo la croce nelle scuole, con possibilità di eccezioni molto vaghe. Certo, la nuova legge non è stato oggetto della sentenza; ma mi sembra ovvio che comportava lesione della forza vincolante della sentenza⁴⁷. Le proteste sono forse comprensibili sotto profili tradizionali, culturali, del federalismo nella pubblica istruzione; ma occorre ricordare che la Corte, più di venti anni prima, aveva dichiarato incostituzionale l'obbligo di condurre un processo sotto una croce nell'aula di tribunale (BVerfGE 35,366 ss.), che aveva ammesso una preghiera durante l'istruzione scolastica soltanto a patto che la partecipazione fosse volontaria (BVerfGE 52,223 ss.), e che la giurisprudenza tedesca dà spazi ampi a dispense da attività scolastiche per motivi di libertà religiosa, ad esempio a ragazze islamiche che non devono partecipare all'istruzione della ginnastica coeducativa (così BVerwGE 94,82 ss. (*Bundesverwaltungsgericht*)).

La sentenza sulle croci si inserisce perciò bene nella giurisprudenza tedesca, e, a prescindere da alcuni sbagli capitati in occasione dell'emanazione della sentenza, l'eccitazione pubblica non sembra giustificata. Tuttavia ha avuto conseguenze, riconoscibili non soltanto nella legge bavarese menzionata – e sempre in vigore –, ma del pari nel più recente conflitto riguardo al velo islamico di un'insegnante. La Corte, questa volta, ben sottolineando la libertà religiosa sia delle insegnanti, sia degli allievi, ha lasciato al legislatore del Land il diritto di escludere insegnanti velate dall'attività nella scuola (BVerfGE 108,282 ss. contra opinione dissenziente di tre giudici, p. 314 ss.). Così il conflitto, benché di

natura costituzionale, è stato riportato nell'ambito della politica.

Il discorso su una giurisprudenza continua della Corte vale, del pari, per sentenze nel campo della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà d'arte, soprattutto per manifestazioni critiche, anche satiriche. Basandosi sulla giurisprudenza menzionata nel campo della libertà di manifestazione che ammette limitazioni soltanto a patto di una ponderazione accurata, la Corte, da una sentenza dei primi anni ottanta in poi (BVerfGE 67,213 ss.), ha sempre accentuato la libertà di manifestare critiche forti, anche satiriche, soprattutto quando si trattava di manifestazioni di carattere artistico, inteso in senso largo (v. ad es. BVerfGE 68,226 ss., 71,108 ss., 75,369 ss., 77,240 ss., 81,278 ss., 298 ss., 82,1 ss., 43 ss., 236 ss., 272 ss., 86,1 ss., 90,1 ss.), perché la libertà dell'arte è garantita dall'art. 5 III° co. LF senza limiti speciali, e la Corte, in questo campo, non applica valori e diritti concorrenti se non con grande prudenza.

Non mancavano critiche a questa giurisprudenza che aveva annullato numerose condanne, basate sia sul diritto civile che su quello penale. Ma si poteva - e si può - constatare una giurisprudenza continua, liberale, è vero, ma cosciente dell'importanza della manifestazione libera per la democrazia, e che conosce limiti. In questa situazione, dopo una sentenza con un contenuto già comparabile (BVerfGE 86,1 ss.), la Corte decise che l'utilizzazione della citazione del poeta Kurt Tucholsky - i "soldati sono assassini" - non fosse sempre reato, ma soltanto nel caso di un'offesa concreta dell'esercito tedesco. Annullò perciò le condanne in una serie di casi (BVerfGE 93,266 con opinione dissenziente della giudice Haas, p. 313.).

Ovviamente la Corte non ha fatto strada a qualsiasi offesa delle forze armate, ma era proprio un tale rimprovero che fu sollevato nella stampa, poi in tanti discorsi politici, ufficiali e nella critica giuridica⁴⁸. Anzi si discuteva una modificazione del codice penale per assicurare la punibilità dell'espressione.

A distanza di un decennio queste discussioni, anche surriscaldate, possono apparire episodiche. Caratterizzano però forse un periodo nel quale i conflitti fra governo e opposizione erano meno cristallizzati in litigi costituzionali e la Corte pertanto aveva meno problemi a decidere i conflitti sempre esistenti come arbitro indipendente. In un tale contesto l'applicazione, la limitazione e la protezione dei diritti recuperano l'interesse politico e riflettono anche le posizioni interpretative opposte.

f) Sembra però che in un passato più recente un problema costituzionale fondamentale si è riproposto e sta recuperando nuova attualità, cioè *il potere pubblico su una pluralità di livelli*. Un aspetto della problematica può essere localizzato addirittura nella conseguenza delle sentenze ultimamente menzionate, perché l'interpretazione della libertà di manifestazione del pensiero riscontra un'opposizione nuova da un punto di vista finora poco preso in considerazione. In un processo contro una storia tipica della stampa scandalistica, la principessa Caroline di Monaco aveva sollevato reclamo contro la violazione della sua sfera privata. Alla fine la sua posizione fu rigettata dalla Corte costituzionale invocando questioni essenziali in tema di protezione della libertà di manifestazione e della stampa (BVerfGE 101,361 ss.), ma su ricorso la Corte Europea dei diritti dell'uomo le diede

ragione, invocando il rispetto della sfera privata secondo l'art. 8 CEDU come limite della libertà di manifestazione del pensiero, anche questa garantita dalla CEDU (art. 10) (Sentenza della CEDU del 24-6-2004, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2647 ss.). Il conflitto poteva essere qualificato come correzione di dettaglio nella ponderazione fra i diritti di libertà di manifestazione e della personalità privata, figura ben conosciuta anche nel diritto tedesco ove, come abbiamo visto, la Corte costituzionale ha accentuato soprattutto la libertà di manifestazione, ma senza trascurare i diritti della personalità.

Sembra che il governo tedesco, non invocando la gran camera della Corte di Strasburgo secondo gli artt. 43 s. CEDU, ha interpretato la sentenza in questo senso. Ma per la stampa tedesca e gli interpreti l'attacco al risultato della ponderazione elaborato dalla Corte tedesca ora effettuato dalla Corte Europea sembrava inaccettabile, e ne seguì una polemica contro la Corte Europea⁴⁹. Questa polemica fu sostenuta da altre sentenze e dalla discussione in materia⁵⁰. Il dibattito culminò in un esame della forza vincolante delle sentenze della Corte Europea in confronto con quella delle sentenze della Corte costituzionale – e pertanto in un dibattito sulla sovranità tedesca che non doveva essere limitata dalla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo⁵¹. Così l'idea dei diritti fondamentali come concretizzazione dei diritti dell'uomo fu trascurata⁵², e del pari l'idea della concretizzazione dei diritti in una cooperazione delle Corti coinvolte, in favore dell'idea dell'unità della giurisdizione che, come l'esempio mostra, può frenare lo sviluppo della giurisprudenza.

L'esperienza di un potere sopranazionale che era entrato in concorrenza con l'ulti-

ma decisione da parte della Corte costituzionale non era però nuova, perché già nella sentenza Maastricht l'argomento essenziale della Corte aveva insistito sull'ultima decisione della Corte costituzionale tedesca in caso di una trasgressione della competenza del potere comunitario (BVerfGE 89,155 ss. (188, 210), vedi *supra*, d)).

L'obiezione che una tale pretesa violasse i principi fondamentali del potere europeo, soprattutto il principio della prevalenza dell'applicazione del diritto comunitario, era ovvia, e in un caso successivo, riguardo alla conciliabilità del mercato delle banane del diritto comunitario con il diritto costituzionale tedesco, la Corte tornò al requisito di una violazione ovvia e voluta dei principi costituzionali comuni degli ordinamenti europei per mettere in dubbio la prevalenza di applicazione del diritto comunitario⁵³, limitando in questo senso il suo controllo a quello riservato – dopo lunghe discussioni – nella sentenza "Solange II" del 1986⁵⁴. Anche la sentenza recente in materia del mandato di cattura europeo, benché annullando la legge di esecuzione tedesca per violazione di diritti fondamentali tedeschi, non mette in dubbio l'obbligo tedesco di eseguire le decisioni della "terza colonna" del diritto europeo in maniera compatibile con la Legge Fondamentale⁵⁵. Ma le controversie mostrano che – oltre il problema sempre vivo del rango delle fonti – è proprio il quesito sull'ultima decisione in un sistema con una pluralità di livelli che occupa la Corte costituzionale⁵⁶.

La continuazione del lavoro avendo di fronte una tale problematica è un compito continuo, ma ha ripreso nuova attualità dopo la riunificazione tedesca. La situazione di base è caratterizzata dal fatto che la

prassi legislativa e giurisprudenziale ha aumentato enormemente l'importanza del Bundesrat nell'emanazione delle leggi federali, di maniera che la politica legislativa della maggioranza parlamentare può essere bloccata da governi dei Länder rappresentati nel Bundesrat con orientamento politico diverso⁵⁷. Questo sviluppo, osservabile da parecchio tempo, si è accentuato con la riunificazione. Su un livello formale il problema era stato risolto dal trattato sull'unità del 31 agosto 1990, approvato con legge del 23 settembre e entrato in vigore il 29 settembre 1990, creando i cinque nuovi Länder dell'Est, inserendoli nella Repubblica Federale e evitando asimmetrie al sistema federale.

La prassi della riunificazione però richiedeva, oltre regole costituzionali speciali⁵⁸, una rivalutazione del federalismo. Fra l'altro, sedici Länder pongono problemi ulteriori e diversi rispetto ai tradizionali undici; le piccole dimensioni dei nuovi Länder lasciano aperti i problemi propri del funzionamento di Länder economicamente deboli. Perciò non era un caso che le modificazioni della Legge Fondamentale prese di mira dal trattato sull'unità e discusse da una commissione costituzionale comune riguardassero, in gran parte, i problemi del federalismo.

Ne risultarono le revisioni costituzionali, prima del 21 dicembre 1992 che, adattando la Legge Fondamentale al trattato di Maastricht, disciplinarono, nel nuovo art. 23, anzitutto la partecipazione dei Länder alla formazione della volontà in materia dell'Unione Europea, e poi del 27 ottobre 1994 che, modificando molte disposizioni, tentarono di rinforzare la posizione dei Länder. Fra le innovazioni in materia, c'era anzitutto la riforma della clausola di

necessità della legislazione federale secondo l'art. 72 II° co.LF, ancorata nella costituzione già dal 1949, ma finora senza grande importanza nella prassi e nella giurisprudenza costituzionale⁵⁹. Questa clausola fu formulata in maniera più categorica, e un diritto di ricorso anche del Bundesrat, dei governi e dei parlamenti dei Länder alla Corte costituzionale doveva garantire l'osservanza delle condizioni di competenza federale (art. 93 I° co. n. 2a° LF). L'importanza di questa innovazione sembrava però, per almeno otto anni, al massimo teorica.

Se era preparato dalla revisione del testo costituzionale, fu nondimeno assai sorprendente che, nel 2002, una sentenza della Corte⁶⁰ operasse, per la prima volta, un controllo rigoroso delle condizioni dell'art. 72 II° co. LF. In deviazione esplicita rispetto alla prassi sino ad allora applicata, la Corte interpretò scrupolosamente la «necessità della regolazione nell'interesse dello Stato nel suo complesso» per «l'instaurazione di condizioni di vita equivalenti», la «garanzia dell'unità giuridica» e la «garanzia dell'unità economica», giudicando, su questa via, l'applicabilità della competenza federale. Se in questo primo caso le conseguenze dell'interpretazione nuova rimanevano limitate, ne seguirono altre, da un lato praticamente più importanti⁶¹, dall'altro lato, creando un'incertezza sulla portata di tante competenze legislative federali. Con questa giurisprudenza, il peso della legislazione dei Länder è cresciuto, quello della legislazione federale è diventato precario, e sono emersi nuovi problemi del federalismo, anche comparabili con problemi attuali italiani⁶².

Da tutti questi sviluppi risulta il bisogno di una riforma del federalismo tedesco, concretizzata in una prima fase tramite una

commissione comune (“bicamerale”) istituita da Bundestag e Bundesrat con decisioni del 16 e 17 ottobre 2003 che svolse un vasto lavoro nel corso di più di un anno, ma senza arrivare a risultati generalmente accettati; perciò si sciolse senza raccomandazioni il 17 dicembre 2004, ma il suo lavoro fu ampiamente documentato (*Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*, Zur Sache 1/2005, Berlin 2005) e commentato (cfr. il riassunto di Schmidt-Jortzig 2005, p. 731 ss.740).

In questo senso l’opinione generale non accettava il naufragio come definitivo. Già l’occasione delle elezioni anticipate e della formazione della nuova (grande) coalizione sfociarono nell’accordo di coalizione del 18 novembre 2005 di cui quasi un quarto tratta la riforma dello Stato federale, e dal marzo 2006 la riforma ha iniziato l’iter parlamentare⁶³. La proposta presentata dalla coalizione tenta di ridurre l’intreccio tra legislazione federale e quella dei Länder, diminuendo i casi di approvazione necessaria del Bundesrat alle leggi federali. Per equiparare questa perdita di influenza, permette ai Länder di deviare in certi casi da leggi federali e ridistribuisce la competenza legislativa, prevalentemente in favore dei Länder.

A questo scopo la legislazione cornice – comparabile alla legislazione concorrente secondo l’art. 117 III° co. Cost. it. – e i compiti comuni di federazione e Länder sono abrogati. Per il controllo di necessità della legislazione federale, la maggior parte della competenza legislativa federale è esclusa dall’applicazione dell’art. 72 II° co. LF. Se ne può concludere una certa critica della giurisprudenza recente menzionata della Corte costituzionale in questa materia⁶⁴, e qui l’importanza della giurisprudenza

costituzionale diminuirebbe se la revisione costituzionale fosse realizzata secondo la proposta. Tuttavia altre soluzioni suggerite solleverebbero nuovi e difficili problemi di interpretazione costituzionale, certamente come temi della giurisprudenza. E c’è di più: la perequazione finanziaria, trattata dalla Corte già alla metà degli anni ottanta (v. *supra* d) in fine), si ripresenta attualmente come problema. Ora però la situazione sembra molto più complessa che venti anni fa, perché ci sono tanti Länder in una situazione finanziaria di emergenza⁶⁵. Tuttavia sarà compito della Corte di stabilire, magari su questa base, il carattere federale dello Stato che rimarrà all’ordine del giorno, anche come problema della giustizia costituzionale.

III. Strumenti e forme di influsso

1. Per capire meglio il modo di influsso della Corte costituzionale tedesca, mi sembra necessario, prima di sistematizzare i risultati delle fasi della giurisprudenza, completare il quadro finora presentato con alcune osservazioni, necessariamente frammentarie, sul funzionamento della Corte che è, sotto molti profili, assai simile a quello della Corte italiana, ma con alcune differenze importanti.

In prima linea risulta già dalla presentazione della giurisprudenza, l’importanza enorme *del ricorso individuale* che è stato lo strumento per provocare una gran parte delle sentenze menzionate, soprattutto in materia dei diritti fondamentali. Sono migliaia i ricorsi individuali che vengono registrati, anno per anno, dalla Corte, e tutte le altre forme di procedimento, anche sommate,

fanno soltanto una piccola percentuale – meno del 10% – dei ricorsi individuali⁶⁶. Pure il controllo delle leggi in via incidentale – anche in Germania legalmente ammissibile soltanto se il giudice *a quo* è convinto dell'incostituzionalità⁶⁷ – è praticato molto più raramente che in Italia, perché il giudice sa che c'è sempre la possibilità del correttivo tramite il ricorso individuale, che però, oltre alle questioni di legittimità costituzionale della legge, può sollevare anche questioni relative all'applicazione della legge e pertanto un controllo di ogni attività amministrativa e giurisdizionale, normalmente però soltanto dopo la decisione giurisprudenziale in ultima istanza.

Ne segue per di più che le sentenze interpretative della Corte costituzionale, certo uno strumento utilizzato, ma discusso e contestato molto anche nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca⁶⁸, solleva problemi meno difficili, perché la Corte costituzionale può sempre, su nuovi ricorsi individuali, confermare la sua interpretazione, con la pretesa dell'effetto vincolante *erga omnes*.

2. Il numero enorme dei ricorsi individuali ha costretto però la Corte e il legislatore a provvedere a semplificazioni del procedimento per la stragrande maggioranza dei casi di rilievo costituzionale e di chances di fondatezza minima. Oltre al rigetto, sempre possibile all'unanimità senza udienza pubblica in via di ordinanza, già dal 1956 in poi furono istituite commissioni di tre giudici – oggi chiamate "camere" – che avevano prima il diritto di rigettare ricorsi ovviamente inammissibili o infondati, e che decidono oggi sull'accettazione di un caso, sotto la condizione che questo sia di specifica rile-

vanza costituzionale. Altri casi sono immediatamente rigettati. Lo possono essere anche senza motivazione, oppure se esiste una prassi della Corte in un certo senso, possono essere accolti dalla camera secondo questa prassi. Soltanto i casi accettati nel senso menzionato sono decisi dalla Corte⁶⁹; perciò un numero molto limitato, comparabile a quello dei controlli in via incidentale.

Anche questo procedimento di accettazione sembra però spesso insufficiente, perché il carico è troppo grande⁷⁰. Fu perciò istituita, nel 1996, una commissione di esperti, per elaborare una procedura meno gravosa per i singoli giudici. Propose di lasciare l'accettazione di ricorsi individuali alla discrezionalità della Corte⁷¹ e pertanto una soluzione che, sottolineando la funzione oggettiva del ricorso individuale, avrebbe radicalmente ridotto la funzione per la protezione dei diritti. La proposta però sembrava troppo incisiva e non fu realizzata.

Altre misure suggerite dalla giurisprudenza, come un accento maggiore sulla protezione dei diritti da parte delle Corti costituzionali dei Länder⁷² e il controllo della garanzia del diritto di essere sentito dal giudice tramite le autorità giurisdizionali delle singole giurisdizioni⁷³, tendono ad alleggerire il lavoro della Corte costituzionale, ma sono di portata minore. Rimane però la giurisprudenza delle camere, certo limitata a casi di portata pregiudiziale minore⁷⁴, ma nella prassi importantissima, ad esempio per il diritto d'affitto, e da alcuni anni, a prescindere dalla pubblicazione in riviste, anche accessibili in una serie di volumi speciali⁷⁵.

3. Se ho parlato finora della Corte, occorre precisare che essa, comprendendo sedici giudici, decide in *due senati* di otto giudici,

secondo una ripartizione delle competenze effettuata dalla legge e completata dal regolamento e da decisioni della Corte. Ne segue che ogni senato si occupa di un numero molto limitato di casi, meno di cento all'anno. La discussione fra gli otto giudici – impegnati però, per una gran parte del loro tempo, dal lavoro preparatorio e di decisione delle camere – può essere assai ampia e sostenuta. Le sentenze sono perciò il risultato di un lavoro collettivo che permette di correggere il relatore anche nel dettaglio e di dare alle sentenze dimensioni talvolta mostruose, non di rado più di cento pagine.

Così la Corte ha la possibilità – e la utilizza spesso – di inserire direttive per la legislazione futura e di accennare a future possibili incostituzionalità⁷⁶. Può sviluppare una giurisprudenza riassunta in un numero limitato di sentenze ben deliberate, ponderate e armonizzate fra di loro, che operano per sé come massimario di carattere legislativo, cosicché il rimprovero di un "positivismo della Corte costituzionale"⁷⁷ è basato su fatti concreti.

Occorre aggiungere che la situazione non è molto diversa da quella italiana, per cui da una parte le Corti hanno sviluppato tecniche che permettono, oltre all'annullamento classico, di influenzare ulteriormente la situazione normativa, sia tramite sentenze interpretative, sia tramite constatazioni dell'incostituzionalità senza annullamento, che obbligano il legislatore a legiferare per eliminare l'incostituzionalità⁷⁸; dall'altra parte, in Germania come in Italia, l'effetto delle sentenze (in Germania anche di rigetto) è *erga omnes*, il che conferma l'influsso vincolante esercitato dalle Corti, in Germania, come abbiamo visto, anche sanzionato dalla possibilità di ricorsi indi-

viduali in casi di violazione del vincolo. È la combinazione di questi strumenti con il carattere descritto delle sentenze che dà, mi pare, alla Corte tedesca il potere di fatto i cui risultati ho appena presentato. E proprio in questa prospettiva sembra ancora più grave se il vincolo *erga omnes* non funziona più, come in alcuni esempi sopra discussi.

IV. L'importanza della Corte per il sistema costituzionale

Con queste osservazioni sono già alla conclusione, che deve tentare di sistematizzare il tipo di influenza della Corte costituzionale sulla Legge Fondamentale. Abbiamo già constatato che ora praticamente tutte le parti del testo costituzionale entrano nel mirino della Corte, mentre nelle prime fasi l'influsso era ancora limitato.

1. L'influsso sulla *forma di Stato* risulta, in prima linea, già dalla stessa esistenza di una Corte costituzionale con competenze ampie. Lo Stato costituzionale, certo basato sulla sovranità del popolo e il suo potere costituente democratico, affida il prodotto di questo potere non al popolo e soltanto in misura limitata e controllata al Parlamento e agli altri organi dello Stato. Il ruolo della Corte, come potere di controllo, oppure come una delle "garanzie costituzionali" (parte II tit. VI cost. it.) della legittimità costituzionale, oppure come arbitro (tit. III cap. V cost. del Belgio), oppure come custode (secondo la teoria weimariana) fra le forze politiche, racchiude già di per sé la decisione in favore di uno *Stato di diritto*⁷⁹. L'attività della Corte

costituzionale tedesca descritta, che elabora gli elementi di un tale principio di Stato, lo concretizza e lo attualizza come Stato di diritto; pensiamo, oltre i diritti fondamentali, ai principi di proporzionalità, della determinatezza, della non retroattività della legge, della tutela giurisdizionale.

Del pari la Corte costituzionale assicura la forma statale come *federale*. In questo senso la Corte funziona dapprima come arbitro dei conflitti politici⁸⁰ e misura i diritti delle parti nella consociazione federale. Nella prassi però questo ruolo si svolge oggi, come abbiamo visto, meno nei conflitti federali, cioè di attribuzione tra federazione e Länder nel senso tradizionale, che in via di controllo di legittimità costituzionale delle leggi, spesso in via principale su azione di un Land o della federazione. Il catalogo limitato delle competenze federali, combinato con il requisito ora controllato dalla Corte circa la necessità di legislazione federale, si avvera pertanto come fortificazione del federalismo. Se ora la riforma del sistema federale è all'ordine del giorno, è in gran parte la giurisprudenza costituzionale che ha dato la spinta per un tale sviluppo. La soluzione dei problemi che si sono formati oltrepassa però il campo della giurisdizione e richiede una soluzione di politica costituzionale.

Più complessi sono gli effetti della giustizia costituzionale sugli altri principi costituenti la forma di Stato tedesco secondo l'art. 20 LF. Il principio *democratico* viene sottolineato⁸¹, protetto e concretizzato, certo, tramite la giurisprudenza sul principio di eguaglianza, soprattutto nel campo dei diritti politici. Ma il compito di una Corte costituzionale è, forse necessariamente, accennare ai limiti del principio democratico e pertanto di una politica

riformista. Descrivendo la democrazia come legittimazione di ogni volontà statale tramite una genesi unitaria che risale al popolo⁸², la Corte protegge, è vero, l'unità statale. Ma il contenuto democratico di tale giurisprudenza mi pare discutibile⁸³. La sentenza di Maastricht ad es. non ha avanzato la democratizzazione dell'Unione Europea, e il compito della democrazia reale, anche diretta, rimane all'ordine del giorno, senza che la Corte costituzionale sembri svolgere un ruolo promotore⁸⁴.

Riflessioni simili valgono, infine, per lo *Stato sociale*, la cui garanzia dovrebbe sostituire, secondo l'art. 20 LF, tutte le garanzie dei diritti sociali contenute in altre costituzioni, ma non nella Legge Fondamentale. La Corte ha presto accennato ai limiti di una tale garanzia, e pur attivandola tramite la giurisprudenza sull'eguaglianza sociale ed i suoi effetti, dobbiamo intanto constatare una lunghezza differente dei quattro lati del rettangolo dei principi costituzionali.

2. Per la *forma di governo*, l'effettività della Corte, all'inizio limitata ed esercitata con grande prudenza, si è rinforzata man mano nelle fasi descritte della sua giurisprudenza. Certo, non è la Corte che ha creato il sistema di governo attuale, forse all'eccezione della posizione dei partiti, sviluppata anzitutto tramite la giurisprudenza. Considerato dal punto di vista dell'oggi, la Corte non esita a correggere le forze politiche, esercitando una funzione di arbitro anche sotto questi profili. Il principio di eguaglianza tra cittadini, partiti e componenti del sistema di governo, soprattutto dei gruppi parlamentari, determina limitazioni del potere maggioritario e del governo.

Questo sistema non è senza vizi e lacu-

ne, ed è proprio la giurisprudenza costituzionale che vi accenna. Pensiamo alle pronunce contraddittorie sul finanziamento dei partiti, al problema della sovrarappresentazione non veramente risolto e alle controversie sulle sentenze relative allo scioglimento del Bundestag dopo la questione di fiducia negata. Correggendo le pratiche incostituzionali ed abusive, la Corte non può prescindere dal rendere palese il prezzo della stabilità governativa tedesca che, necessariamente, indebolisce la tutela delle minoranze. I limiti di tali disuguaglianze, ben difesi in principio, rimangono sempre oggetto di contestazione.

3. Ma è anzitutto la *protezione dei diritti fondamentali* il canale attraverso cui la Corte ha fondato, fin dall'inizio della sua giurisprudenza, la sua legittimazione e l'impatto sull'ordinamento costituzionale tedesco. Giudicando la mole dei ricorsi individuali si realizza da un lato l'integrazione del cittadino, e dall'altro si garantisce lo sviluppo dell'ordinamento statale, che riguarda tutti gli ambiti del diritto, oltre alla costituzione, del pari l'amministrazione, i rapporti di diritto civile, i limiti e le funzioni del diritto penale, i dettagli dello Stato sociale. Oltre al contributo importantissimo dato su materie particolari, ne risulta il filone ulteriore della formazione della volontà dello Stato, accanto a quello parlamentare-legislativo.

Il cittadino, oltre alla sua funzione come parte del potere c.d. sovrano, svolge una nuova sovranità rispetto alle autorità statali, facendo valere la sua qualità non di suddito delle autorità, e non soltanto come soggetto del processo politico, ma come soggetto di un ulteriore processo costituzionale. Certo, la realtà delle tecniche per far

fronte ai ricorsi individuali ci ha insegnato che questa posizione del cittadino è molto precaria – come anche nel processo di formazione della volontà politica. Ma è forse questa precarietà di entrambe le posizioni che dà importanza alla duplice integrazione del cittadino, nel processo politico come in quello della giustizia costituzionale.

Bibliografia

- AA.VV., *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen 2001;
- AA.VV., *Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court, Federal Republic of Germany*. Vol. 3: *Questions arising from German Unification*, Baden-Baden 2005;
- Abendroth (Wolfgang), *Das Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts*, in «Kritische Justiz», 1975;
- Benda (Ernst), *Grundrechtswidrige Gesetze*, Baden-Baden 1979;
- *Entlastung des BVerfG – Vorschläge der Entlastungskommission*, Baden-Baden 1998;
- Böckenförde (Ernst-Wolfgang), *Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts*, in «Zeitschrift für Rechtspolitik», 1996;
- Bonini (Francesco), *Storia della Corte costituzionale*, Roma 1996;
- Brugger (Winfried), Huster (Stefan), *Der Streit um das Kreuz in der Schule*, Baden-Baden 1998;
- Bryde (Brun-Otto), *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden 1982;
- *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1994;
- Bundesministerium der Justiz (a cura di), *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts. Bericht der Kommission*, Bonn 1998;
- Capoccia (Giovanni), *La Germania unita fra continuità e rinnovamento*, Roma 1995;
- Cerrina Feroni (Ginevra), *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino 2002;
- Däubler (Wolfgang), Küsel (Gudrun), (a cura di), *Verfassungsgericht und Politik*, Reinbek 1979;
- Dopatka (Friedrich-Wilhelm), *Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt*, Berlin 1982;
- Ermacora (Felix), *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen*, Wien 1982;

- Friesenhahn (Ernst), *Die Staatsgerichtsbarkeit*, in «Handbuch des Deutschen Staatsrechts», vol. 2, Tübingen 1932;
- *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, in H. Mosler (a cura di), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln 1962;
- Grasshoff (Karin), a cura di, *Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 4 voll., Heidelberg, aprile 2006;
- Häberle (Peter), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt 1976;
- *Introduzione a Jorg Luther, Adele Anzon, La Legge Fondamentale Tedesca*, Milano 1997;
- *Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, in «Europäische Grundrechte-Zeitschrift», 2005;
- Hesse (Konrad), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed. Heidelberg 1996;
- von Hippel (Ernst), *Die Staatsgerichtsbarkeit*, in «Handbuch des Deutschen Staatsrechts», vol. 2, Tübingen 1932;
- Lamprecht (Rolf), *Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden 1996;
- Lamprecht (Rolf), Malinowski (Wolfgang), *Richter machen Politik*, Frankfurt 1978;
- Landfried (Christine), *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden 1984;
- Leibholz (Gerhard), *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin 1925, 2a ed. 1959;
- Leibholz (Gerhard), Rinck (Hans-Justus), *Grundgesetz. Kommentar*, 1ª ed., Köln 1966;
- Luther (Jörg), *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden 1990;
- Maunz (Theodor), Dürig (Gunther), *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1986;
- Mayer (Franz), *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, München 2000;
- Ossenbühl (Fritz), *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 1, Tübingen 2001;
- Papier (Hans-Jürgen), *Grundgesetz und Wirtschaftsordnung*, in *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2a ed. Berlin 1994;
- Pedrini (Federico), *Il libero sviluppo della personalità*, in «Quaderni Costituzionali», 2006;
- Prümm (Hans Paul), *Verfassung und Methodik*, Berlin 1977;
- Redaktion Kritische Justiz (a cura di), *Demokratie und Grundgesetz*, Baden-Baden 2000;
- Rinken (Alfred), *Reform der Verfassungsbeschwerden*, in *Justizministerium Baden-Württemberg (a cura di), Rechtsstaat – Rechtsmittelstaat*, Symposium 19/20-11-1998, 1999;
- *Demokratie und Hierarchie*, in «Kritische Vierteljahresschrift», 1996;
- in AA.VV., *Kommentar zum Grundgesetz, Reihe Alternativkommentare*, 3a ed., Neuwied 2002;
- Scheffold (Dian), *I "verdi" e la deliberazione sul bilancio preventivo dei servizi segreti*, in «Quaderni costituzionali», 1986;
- *Sviluppi attuali del sistema parlamentare in Germania*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1987, I;
- voce *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in «Evangelisches Staat-slexikon», 3a ed., Stuttgart 1987;
- Presentazione a D.Th. Tsatsos (a cura di), *Parteienfinanzierung im europäischen Vergleich*, Baden-Baden 1992;
- *Cooperazione politica ed amministrativa. Il Bundesrat tedesco come modello di intreccio*, in A. D'Atena (a cura di), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano 1994;
- *Costituzione e amministrazione*, in *Studi Mazziotti di Celso*, Padova 1995;
- *Il contributo del Bundesverfassungsgericht*, in Lorenza Carlassare (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova 1998;
- *L'effettività del principio di eguaglianza nel sistema tedesco*, in G.C. De Martin, G. Berti (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano 2003;
- *Teoria sociale e teoria statale della democrazia in Hermann Heller*, in «Quaderni Costituzionali», 2003;
- Schiffers (Reinhard), *Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Düsseldorf 1984;
- Schlaich (Klaus), Koriath (Stefan), *Das Bundesverfassungsgericht*, 6ª ed., München 2004;
- Schlaich (Klaus), *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, in *VVDStRL 39*, 1981;
- Schmidt-Jortzig (Edzard), *Verfahrensfragen der Föderalismusreform*, in «Zeitschrift für Parlamentsfragen», 2005;
- Schneider (Peter), Ehmke (Horst), *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1963;
- Schneider (Hans-Peter), *Sibyllinisch oder salomonisch?*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1983;
- Scholz (Rupert), *Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in «Archiv des Öffentlichen Rechts» 100, 1975;
- Schulze-Fielitz (Helmut), *Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in AA.VV., *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, cit.
- Schuppert (Gunnar Folke), *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein 1976;
- Soehring (Jörg), *Die Entwicklung des Presse- und Äußerungsrechts 1994-1996*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1997;
- Starck (Christian), (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 2 voll., Tübingen 1976;
- Stern (Klaus), *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Köln 1980;
- Tohidipur (M.), *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik*, Frankfurt 1976;
- Vogel (Joachim), *Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht*, in «Juristenzeitung», 2005;
- Wesel (Uwe), *Der Gang nach Karlsruhe*, München 2004;

Schefold

- Wielinger (Gerhart), *Hans Kelsen*, in W. Mantl (a cura di), *Politik in Österreich*, Wien 1992;
- Württemberg (Thomas Daniel), *Art. 72 II GG: Eine berechenbare Kompetenzausübungsregel?*, Baden-Baden 2005;
- Zeh (Wolfgang), *Bundestagsauflösung und Neuwahlen*, in «Der Staat», 1983;
- Zippelius (Reinhold), *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen 1976;
- Zuleeg (Manfred), *Kommentar zum Grundgesetz, Reihe Alternativ-Kommentare*, 2^a ed. Neuwied 1989, vol. 1; – *Menschenrechte, Grundrechte und Menschenwürde im deutschen Hoheitsbereich*, in «Europäische Grundrechts-Zeitschrift», 2005.
- ¹ Per la situazione prima del 1933, vedi Friesenhahn 1932, p. 523 ss. È tipico che accanto a questo contributo, un altro (von Hippel 1932, p. 546 ss.) trattasse il controllo giurisdizionale incidentale, secondo il concetto degli artt. 13 e 19 della Costituzione di Weimar.
- ² Sul concetto austriaco, vedi Ermacora 1982, p. 71, 446 ss.; Wielinger 1992, p. 776 (769, 778 ss.).
- ³ Vedi le *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* (VVDStRL), vol 5, 1929, con le relazioni opposte di Hans Kelsen e di Heinrich Triepel, p. 2 ss., ed il tentativo di conciliazione di Hans Thoma, p. 104, rifiutato da tutti e due i relatori, p. 116 s.
- ⁴ Vedi il riassunto delle delibere in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 1, 1951, p. 669 ss.; Rinken 2002 vor Art. 93, n. 9 ss., 16.
- ⁵ Sorprende però che l'opera accurata di Bonini 1996 non ne parli; v. anche la traduzione italiana dell'opera di Friesenhahn 1962.
- ⁶ Questo metodo, forse prevalente nella prassi, può essere trovato riassunto nel commentario sulla giurisprudenza della Corte curato da Gerhard Leibholz e Hans Justus Rinck, 1^o ed. Köln 1966; vedi ora Grasshoff 2006.
- ⁷ Cfr., sulla base Schlaich, Korioto, 2004, come buon esempio Landfried 1984, che valuta in maniera decisa il controllo in via principale esercitato dalla Corte.
- ⁸ Così, fra l'altro, l'approccio di Schneider, Ehmke, 20, 1963, p. 1 ss.
- ⁹ Schefold 1998, p. 119 ss. Parti del saggio del 1998 sono qui riprese, ma aggiornate fino al presente e quindi con alcune modifiche anche sul piano del bilancio conclusivo.
- ¹⁰ *Höpker-Aschoff* era ancora stato ministro delle finanze nel periodo weimariano, mentre gli ultimi cinque presidenti hanno ricevuto la loro formazione giuridica soltanto dopo il 1945.
- ¹¹ Questa differenza rispetto alla Corte suprema statunitense mi pare importante, mentre nel confronto con l'Italia la durata normalmente più lunga della funzione presidenziale non sembra aumentare in maniera decisiva l'influsso presidenziale.
- ¹² Cf. per tentativi di periodizzazione simili Häberle 1997, p. 18 ss.; Wesel 2004.
- ¹³ BVerfGE 2,79 ss. L'influsso caratteristico del giudice Ernst Friesenhahn è riconoscibile in questo procedimento.
- ¹⁴ Da BVerfGE 1,208 (242 ss.); 4,31 (39 ss.); 6,84 (90 ss.); cf. di recente BVerfGE 82,322 (337 ss.); da BVerfGE 99,1ss., però, le elezioni nei Länder e comuni sono giudicate soltanto secondo l'art. 28 1^o co. fr. 2, non secondo l'art. 3 e pertanto sottratte al ricorso individuale.
- ¹⁵ Non accettata da tutti, ma nondimeno confermata, v. BVerfGE 80,137 con opinione dissenziente del giudice Dieter Grimm p. 164 ss.; cfr. anche la critica pronunciata da Hesse 1996, p. 173 ss., n. 425 ss. Una presentazione recente della problematica in italiano in Pedrini 2006, p. 161 ss.
- ¹⁶ V. gli autori cit. nella nota precedente.
- ¹⁷ Cfr. la formula sviluppata dal giudice Heck, utilizzata come giurisprudenza costante da BVerfGE 18,85 (92), ma con un'applicazione molto flessibile che lascia ampia discrezionalità alla Corte.
- ¹⁸ Cf., fra l'altro, Papier 1994, p. 799 ss.; Scholz 1975, p. 80 ss., 265 ss. e in Maunz, Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, ad art. 12 n. 114 ss.; nella giurisprudenza fra l'altro BVerfGE 46,120 (137); 87,84 (102, 118); 68,193 (216, 223 ss.).
- ¹⁹ BVerfGE 12,205 ss., in prima linea un conflitto fra federazione e Länder, ma del pari un conflitto di costituzionalità in via principale e sull'interpretazione della libertà di manifestazione del pensiero tramite la televisione.
- ²⁰ BVerfGE 30,1 ss.; cfr. la recensione di Häberle alla sentenza, in *Juristenzeitung*, 1971, p. 145 ss.
- ²¹ Primi esempi possono essere visti nell'antologia curata da Häberle 1976, e negli scritti in onore dei 25 anni della Corte costituzionale curati da Starck 1976; importanti poi Tohidipur 1976; Lamprecht, Malinowski 1978; Benda 1979; Däubler, Küsel (a cura di) 1979; Schuppert 1976; Stern 1980; Sch-

- laich 1981, p. 9 ss.; Bryde 1982; Dopatka 1982; Landfried 1984; per il mio modo di vedere cfr. Schefold *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1987, p. 3760 ss.
- ²² BVerfGE 36,1 ss., ove la Corte, pur utilizzando il termine del "judicial self-restraint" (p. 1, 14 s.), richiede una forza vincolante di tutta la sentenza per tutte le autorità e poteri della Repubblica Federale, ma anche dell'altra parte firmataria del trattato, e una responsabilità del governo federale di garantire tale ubbidienza! Per la critica v., fra l'altro, Zuleeg 1989, vol. 1, preambolo n. 16 ss.
- ²³ L'opinione dissenziente dei giudici Simon e Rupp-von Brünneck, BVerfGE 39,1 (42 ss.); cf. inoltre Abendroth 1975, p. 121 ss.; Martin Kriele, *Juristenzeitung* 1975, p. 222 ss.
- ²⁴ BVerfGE 48,127 ss. con voto dissenziente del giudice Hirsch, p. 185 ss.; v. l'ordinanza provvisoria BVerfGE 46,337.
- ²⁵ Cfr. la lettera del Presidente Carstens indirizzata al Presidente del Bundesrat del 26-6-1981, Bundesrats-Drucksache 267/81; il testo anche in BVerfGE 61,149 (161 s.).
- ²⁶ BVerfGE 35,79 ss. con opinione dissenziente Simon/ Rupp-von Brünneck, p. 148 ss.
- ²⁷ BVerfGE 50,290 ss.; cfr. ad es. la critica di Mückenberger e di Reich, in Däubler, Küsel 1979, p. 49 ss., 70 ss.
- ²⁸ Leibholz, Rinck, 1966, vedi per es. pp. 356-374. Vedi per ciò che segue Schefold, *Sviluppi attuali*, 1987, p. 363 ss.
- ²⁹ Così la giurisprudenza costante da BVerfGE 1,208 (223 ss.); 4,27 fino a 91,262 (276). Per la difesa dei diritti fondamentali, il ricorso individuale dei partiti è invece ammesso, v. ad es. BVerfGE 111,54 (80 s.).
- ³⁰ BVerfGE 82,322 ss., 353 ss., v. Capoccia 1995, p. 65 ss.
- ³¹ BVerfGE 8,51 ss.; cfr., anche per il seguito, la presentazione di Schefold 1992, p. 494 ss.
- ³² Il fenomeno più spettacolare di questa tendenza fu la sentenza sulle offerte clandestine alla CDU e la sanzione del rendiconto lacunoso, BVerfGE 111,54 ss.
- ³³ Vedi, oltre le opinioni dissenzienti p. 70 ss., 108 ss., ad es. Zeh 1983, p. 1 ss.; Schneider 1983, p. 1529.
- ³⁴ BVerfGE 114, 121 ss., con due opinioni dissenzienti (di cui una in favore dell'accoglimento del ricorso): convincente invece l'opinione della giudice Lübbecke-Wolff, pp. 182 ss., che insiste sulla responsabilità dei deputati.
- ³⁵ BVerfGE 70,329 (360 ss. con opinione dissenziente p. 376 ss.); cfr. Schefold 1986, p. 425 ss.
- ³⁶ Così, in una selezione in lingua inglese delle decisioni della Corte, dopo due volumi dedicati al periodo anteriore un terzo volume riguarda questi problemi: *Decisions of the Bundesverfassungsgericht*, 2005, e ovviamente ci sono molti giudizi, ma di carattere assai eterogeneo. Per il profilo sistematico, gli aspetti sottolineati in seguito mi sembrano perciò di maggior interesse.
- ³⁷ Soprattutto BVerfGE 57,295 ss., 73,118 ss., 74,297 ss., 83,238 ss., 97,228 ss.; in tempi più recenti aumentano i ricorsi individuali di enti televisivi, ad es. BVerfGE 103,44 ss., 107,299 ss.
- ³⁸ BVerfGE 89,155 ss., sulla problematica di questa e di successive sentenze vedi infra, f).
- ³⁹ BVerfGK, *Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, finora 4 voll., Heidelberg 2004/05, vedi infra, III 2.
- ⁴⁰ Di grande importanza a riguardo BVerfGE 58,300 ss., seguita da sentenze divergenti da parte della Corte di cassazione.
- ⁴¹ Si pensi ad es. alla sentenza sulla sovrarappresentazione, BVerfGE 95,335, emanata con 4 voti (soltanto) e perciò non di annullamento.
- ⁴² BVerfGE 73,206 (242 ss.); un'altra decisione, E. 85,69 ss., fu pronunciata con opinione dissenziente di due giudici.
- ⁴³ BVerfGE 92,1 ss. con opinione dissenziente di tre giudici che si appoggiano sulla giurisprudenza fino ad allora praticata; BVerfGE 104,92 ss. allarga di nuovo la punibilità, con due opinioni dissenzienti..
- ⁴⁴ Così l'opinione dissenziente del giudice Böckenförde, BVerfGE 93,121 (149 ss., 154, con rinvio a Kirchhof, *Juristenzeitung* 1979, p. 153, 156; VVDStRL 39, 1981, p. 213, ss6 ss.); vedi anche la critica acerba di W. Kahrs, *Kritische Justiz* 1997, p. 201 ss. Recentemente i limiti alla tassazione elaborati sotto l'influsso di Kirchhof sono stati relativizzati, vedi BVerfG decisione del 18-1-2006, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, p. 1191 ss.
- ⁴⁵ BVerfGE 94, 49 ss., 115 ss., 166 ss. I ricorsi individuali non riguardarono però direttamente la modificazione della costituzione.
- ⁴⁶ BVerfGE 93,1 ss. Vedi la documentazione curata da Brugger, Huster, 1998; Martin Heckel, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1996, p. 453 ss.
- ⁴⁷ Questa critica, pronunciata fra altri da G. Czermak, *Kritische Justiz* 1997, p. 490 ss., fu però contestata da una sentenza della Corte costituzionale bavarese, *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, p. 3157 ss.
- ⁴⁸ Presentazione del dibattito in Soehring 1997, p. 360 ss.; e in Lamprecht 1996, che, partendo dal questa sentenza, vede negli attacchi causati dalla giurisprudenza menzionata proprio una crisi della giustizia costituzionale in Germania.
- ⁴⁹ Così, dopo il riassunto di Andreas Heldrich, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2634 ss., l'osservazione introduttiva al saggio di Roger Mann, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 3220 ss.; ora Christian Starck, *Juristenzeitung* 2006, p. 76 ss.

- ⁵⁰ Vedi soprattutto la sentenza della CEDU del 26-2-2004 (caso Görgülü) e, di seguito, BVerfGE 111,307 (319 ss.), che relativizza il vincolo del giudice tedesco al rispetto delle sentenze della CEDU.
- ⁵¹ In questo senso Hans-Jürgen Papier – il Presidente della Corte costituzionale –, *Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – die Sicht des Bundesverfassungsgerichts*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 124 (2005) II, p. 113 ss.; vedi la risposta di Luzius Wildhaber – Presidente della CEDU –, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2005, p. 743 s.
- ⁵² Cfr. le osservazioni critiche di Zuleeg 2005, p. 681 ss.
- ⁵³ BVerfGE 102, 147 ss.: si noti che, al tempo di questa sentenza, il giudice Kirchhof, importante per la giurisprudenza anteriore, non era più membro della Corte.
- ⁵⁴ BVerfGE 73,339 ss., deviando dalla vecchia giurisprudenza BVerfGE 37,271 ss., molto criticata e perciò abbandonata.
- ⁵⁵ BVerfGE 113,223 ss. (295 ss.); vedi però il voto dissenziente del giudice Gerhardt, p. 339 ss., che dubita della possibilità di conciliazione tra decisione europea e diritti fondamentali tedeschi secondo l'interpretazione della sentenza, pur insistendo sulla priorità del diritto comunitario. Cf. anche Vogel 2005, p. 801 ss.
- ⁵⁶ Così la presentazione della problematica da parte di Mayer 2000.
- ⁵⁷ Vedi Schefold 1994, p. 165 ss. (173) con riferimento alla prassi giurisprudenziale, anzitutto BVerfGE 37,363 ss.; cfr. di recente l'accento sul voto unanime di ogni Land (art. 51 III° co., fr. 2 LF) secondo BVerfGE 106,310 ss.
- ⁵⁸ Vedi anzitutto gli artt. 135a II° co., 143 LF che creano, oltre le modificazioni introdotte in maniera generale (preambolo, artt. 23, 51 II° co., 146 LF), diritto speciale per la Germania dell'Est.
- ⁵⁹ BVerfGE 1,264 (272 s.); 13,230 (233) rispettando la discrezionalità del legislatore; vedi il rinvio in BVerfGE 106,62 (136).
- ⁶⁰ BVerfGE 106,62 ss. Vedi Schefold 2003, p. 79 ss. (89 s.).
- ⁶¹ Casi tipici: BVerfGE 110,141 (174 ss.): rapporto fra diritto amministrativo dei Länder e disposizioni federali di diritto penale; 111,10 (28 s.): regolazione della chiusura dei negozi; 111,226 ss. (competenza federale in materie universitarie, però con voto dissenziente di 3 giudici). Vedi sulla problematica, di recente Würtenberger 2005.
- ⁶² Vedi sulla problematica dell'art. 117 II m) cost. it. il volume precisato di De Martin, Berti; è però da tener conto del fatto che questa disposizione attribuisce una competenza dello Stato centrale, mentre l'art. 72 II° co. LF limita le competenze federali attribuite da altre disposizioni.
- ⁶³ Bundestags-Drucksache 16/813 del 7-3-2006, identica con Bundesrats-Drucksache 178/06. Bisogna qui ricordare che la riforma del federalismo è stata poi approvata e promulgata con legge di revisione costituzionale del 28 agosto 2006, BGBI. I, p. 2034.
- ⁶⁴ Cfr. l'argomentazione – però cauta – nella Bundestags-Drucksache 16/813, p. 7 ss., 11; diversamente però ad es. Würtenberger 2005, p. 276 ss., che difende l'applicazione rigida e generale dell'art. 72 II° co. LF.
- ⁶⁵ Attualmente (aprile 2006) un ricorso del Land di Berlino è stato presentato e discusso in udienza orale, ma ci sono altri ricorsi già presentati oppure da aspettarsi nel prossimo futuro, ma la federazione e i Länder più ricchi si oppongono.
- ⁶⁶ I dati statistici sono spesso pubblicati dalla Corte, vedi come presentazione recente l'appendice in AA.VV. 2001, vol. 2, p. 931 ss.
- ⁶⁷ Vedi per questa differenza Schefold 1995, p. 717 (723 ss.); è da concedere però a Luther 1990, p. 82 ss. (84) che non è questa differenza giuridica ad essere alla base della differente prassi.
- ⁶⁸ Era importantissimo anzitutto il conflitto sulla continuità dei funzionari pubblici dopo l'8 maggio 1945, che una giurisprudenza basata su BVerfGE 3,58 ss. negò, mentre il *Bundesgerichtshof* (Corte di cassazione) la affermò, BGHZ 13,265 ss., contestato da BVerfGE 6, 222 ss. Nell'ambito di una dottrina ricchissima v. Prümm 1977; Zippelius 1976, vol. 2 p. 108 ss., di recente Schulze-Fielitz 2001, vol. 1, p. 385 (390 ss.); desta però interesse il fatto che in questa opera collettanea non ci sia un contributo speciale dedicato alle sole sentenze interpretative.
- ⁶⁹ Così i §§ 93a-93d BVerfGG, introdotti in sostituzione del § 91a (1956) nel 1963 e spesso modificati, soprattutto nel 1985 e 1993.
- ⁷⁰ Caratteristica la critica del giudice uscente Ernst-Wolfgang Böckenförde 1996, p. 281 ss.
- ⁷¹ Bundesministerium der Justiz 1998; v. Benda 1998; Rinken 1999, p. 19 (39 ss.)
- ⁷² BVerfGE 96,345 ss.; vedi anche BVerfGE 99,1 ss. sulla protezione dell'uguaglianza nel diritto elettorale dei Länder e comuni.
- ⁷³ BVerfGE 107,395 ss., uno dei rari casi di decisioni plenarie.
- ⁷⁴ Così, l'accettazione del ricorso secondo § 93a è legato sia all'importanza costituzionale, sia ad un pregiudizio imminente grave per il ricorrente; la decisione in favore del ricorrente è legata alla condizione che la questione costituzionale che fa l'oggetto del conflitto è già stata decisa dalla Corte, e l'annullamento di una legge per incostituzionalità da parte delle camere è esclusa, § 93c I° co. BVerfGG.
- ⁷⁵ Vedi i volumi BVerfGG, cit., n. 39.
- ⁷⁶ Gli esempi, anche nei casi sopra menzionati, sono numerosissimi; accenno soltanto alla sentenza sulla codeterminazione imprenditoriale (BVerfGE 50,290 ss., sopra,

III 2 c., nota n. 27) ove il rigetto del ricorso era accompagnato non soltanto da un'interpretazione limitativa della legge, ma del pari da un obbligo del legislatore di osservare lo sviluppo avendo riguardo alle previsioni e reagendo nel caso di sviluppi divergenti (p. 332 ss., 352, 377 s.). Sulla problematica v. ora l'eccellente discussione in Cerrina Feroni 2002; ivi sulla "Nachbesserungspflicht" e la sentenza sulla codeterminazione p. 297 ss., 389 s.

⁷⁷ Espressione creata da Bernhard Schlink, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1989, p. 11 (16).

⁷⁸ Anche su queste tecniche v. ora Cerrina Feroni 2002, p. 123 ss.

⁷⁹ Vedi di recente Häberle 2005, p. 685 ss.

⁸⁰ Nel senso di Triepel, *supra* nota n. 3, pp. 2 ss..

⁸¹ Sotto questo profilo è di grande rilievo la sentenza BVerfGE 44,125 ss.

⁸² Vedi – fra le altre – le sentenze citate sopra II 2 d in fine.

⁸³ Vedi le critiche di Bryde 1994, p. 305 ss.; Rinken 1996, p. 282 ss.; poi *Redaktion Kritische Justiz* 2000. Queste critiche sembrano aver influenzato, fino a un certo punto, BVerfGE 107,59 ss. Una mia discussione sul tema è stata tradotta in italiano da Carlo Fusaro: *Teoria sociale*, 2003, p. 181 ss. (203).

⁸⁴ Vedi già *supra* II 2 a; esempio recente: BVerfGE 102,176 ss. sui limiti dell'iniziativa popolare.

25 años de historia del Tribunal Constitucional español: acordes y desacordes

MIGUEL PRESNO LINERA

1. Estado de la cuestión

La próxima conmemoración de los 50 años de la Corte costituzionale italiana es casi coincidente con los 25 años del Tribunal Constitucional español, que se celebraron el 12 de julio de 2005. Agradezco muy sinceramente al *Giornale di Storia costituzionale* la invitación a participar en esta reflexión conjunta sobre la justicia constitucional en Europa y trataré, en el espacio disponible, de cumplir con el cometido de explicar la relevancia del Tribunal Constitucional en la reciente historia constitucional y social española. Como cabe suponer, en estas páginas ni se analizarán en profundidad todas las aportaciones del Tribunal Constitucional a la articulación del Estado democrático español, ni, mucho menos, se pondrán respuestas a las dudas que su funcionamiento ha venido suscitando; como mucho, nos atreveremos a formular algunas preguntas.

En primer lugar, parece oportuno señalar que en el momento de redactar estas

líneas –marzo de 2006– se está debatiendo en el Parlamento español un Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional que, según su Exposición de Motivos, «pretende reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional» y reconoce «la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar la casi totalidad del tiempo y de los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa» (Puede consultarse en la página del Congreso de los Dipu-

tados, en la sección de iniciativas legislativas; <http://www.congreso.es/>).

Alguna de estas inquietudes – “giustizia lenta è giustizia denegata” – no es exclusiva del Tribunal Constitucional español, pero, como ha recordado hace poco tiempo (*Conferenza stampa* de 9 de febrero de 2006), Annibale Marini, Presidente de la Corte costituzionale italiana, «lo stare al passo con i carichi di lavoro che alla Corte giungono non sempre è facile e – soprattutto – non sempre è possibile» (Puede leerse en la página de la Corte costituzionale italiana http://www.cortecostituzionale.it/ita/attivita_corte/relazioni_anuali_dei_presidenti/2005/relazioni_anuali_2005.asp). En esta línea, también se ha dicho (Caamaño Domínguez) que todo tribunal de última instancia está ineludiblemente condenado a la sobrecarga de asuntos, llámese Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Tribunal de Estrasburgo o, en España, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional ha apreciado dilaciones indebidas en multitud de procesos sustanciados ante la jurisdicción ordinaria y, no hace mucho, ha sido el Tribunal de Estrasburgo el que, por la misma causa, ha condenado al Tribunal Constitucional. Más aun, no dudo de que si existe un juicio final, allí también se condenará por dilaciones a los miembros del Tribunal de Estrasburgo (Francisco Caamaño Domínguez en *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma. Debate de expertos*, Seminarios y Jornadas 11/2005, Fundación Alternativas, págs. 25 y 26; puede leerse en formato pdf en http://www.falternativas.org/base/download/58dc_27-09-05_11recursoamparo.pdf).

Añadimos, no obstante, que dentro de la sobrecarga de trabajo propia de muchos de los Tribunales Constitucionales, la del espa-

ñol es, como se comprobará de inmediato, especialmente grave y por ello no es casual la citada condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en el asunto *Soto Sánchez contra España* (sentencia de 25 de noviembre de 2003) apreció la vulneración del artículo 6.1 del Convenio por una duración del procedimiento ante el Tribunal Constitucional de 5 años, 5 meses y 18 días para el examen de un recurso de amparo. El Tribunal recuerda que corresponde a los Estados parte organizar su sistema judicial de manera que sus jurisdicciones puedan garantizar el derecho a obtener una decisión definitiva en un tiempo razonable.

Para constatar la carga de trabajo que soporta el Tribunal Constitucional español es suficiente con acudir a unos datos facilitados recientemente (21 de febrero de 2006) por su Presidenta: desde 1981 hasta el 31 de diciembre de 2005, el Tribunal Constitucional ha dictado 5.601 sentencias y 13.679 autos; importa destacar que de los 386 recursos registrados en 1981 se ha llegado a 7.951 en 2004 y a 9.707 en 2005. En este último año, el incremento de los asuntos que han llegado al Tribunal ha sido muy importante: el 18% con respecto a 2004, bordeándose la frontera de los 10.000 asuntos, de los cuales 9.476 corresponden a recursos de amparo (un 97,62% del total). Esta tendencia no parece tener fin: en enero de 2006, el número de asuntos de amparo ingresados había crecido un 30% respecto del mismo mes de 2005; en el mes de febrero se registraron en un solo día – el pasado día 13 – 100 recursos de amparo (La conferencia puede consultarse en <http://www.tribunalconstitucional.es/EVENTOS.htm>).

Para tratar de hacer frente a esta avalancha de asuntos, el Tribunal aprobó a lo

largo del año 2005 6.154 resoluciones, de las que 342 han sido sentencias (86 más que el año anterior; un 33,7% más) y 527 autos; las restantes 5.289 adoptan la forma de providencias, que no requieren motivación o justificación. En ese mismo período de tiempo, por citar la situación de otro tribunal, la Corte costituzionale italiana emitió 482 decisiones, de las que 198 fueron sentencias, número más alto que los de los años anteriores (382 en 2003 y 446 en 2004).

Este contraste entre los asuntos a resolver por los tribunales constitucionales español e italiano tiene mucho que ver, como se puede deducir con facilidad, con la sobrecarga que supone para el Tribunal español la admisión y resolución de los recursos de amparo frente a presuntas vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos 14 al 29 de la Constitución, que supusieron en el año 2005, como se acaba de recordar, el 97,62% del total de asuntos que llegaron al Tribunal. Sobre su incidencia en el funcionamiento y en el propio sentido de la jurisdicción constitucional se volverá más adelante.

Podría pensarse que este elevado número de asuntos que llegan al Tribunal se debe al buen conocimiento que la sociedad española tiene de esta institución y de los instrumentos para acudir a ella, así como del convencimiento de que se trata de un órgano al que pueden acceder los gobernados para defenderse de los excesos de los poderes públicos; sin embargo, no parece que sea así: con motivo del 20 aniversario de la Constitución española, en diciembre de 1998, el Centro de Investigaciones Sociológicas¹, realizó un estudio sobre el conocimiento y aceptación por los españoles tanto

de su Norma Fundamental, como de los órganos constitucionales en ella previstos; pues bien, según los resultados de este estudio, 18 años después de su existencia, el 56% de los españoles no conocía las funciones del Tribunal Constitucional, el 36% tenía "alguna idea al respecto" y únicamente el 7,5% decía conocerlas bien. En ese estudio se inquirió también sobre el grado de confianza en esa institución, que resultó ser del 5,53 en una escala de 0 a 10 puntos, un poco menor que la confianza en el Gobierno (5,60), en el Parlamento (5,59) o en el Defensor del Pueblo (5,91), pero mayor que en el Consejo General del Poder Judicial (4,88) (El estudio citado puede consultarse en la página del CIS: <http://www.cis.es>, Estudio 2309, de diciembre de 1998; http://www.cis.es/cis/export/sites/default/Archivos/Marginales/2300_2319/Es2309mar.pdf).

El último estudio de ese organismo publicado hasta el momento de escribir estas líneas está fechado en diciembre de 2005 y de él se concluye que esa confianza no ha mejorado mucho: el 43,7% de los españoles dice tener mucha o bastante confianza en el Tribunal Constitucional, mientras que el 39,5% dice tener poca o ninguna confianza; comparativamente sigue suscitando menos confianza que el Defensor del Pueblo y más que el Consejo General del Poder Judicial y la Administración de Justicia.

Lo cierto es que en España las resoluciones del Tribunal Constitucional tienen, en estos momentos, escasa relevancia social, a diferencia de lo que sucedió en los primeros años de su funcionamiento, si bien es verdad que a principios de los años ochenta llegaron al Tribunal asuntos como el de la despenalización del aborto (STC

53/1985) o la expropiación por Decreto-ley de uno de los más importantes grupos empresariales (“Caso Rumasa”, STC 111/1983) que suscitaron un amplio debate político y social antes ya de su resolución por el Tribunal, cuyas sentencias fueron esperadas y examinadas con gran atención. Se puede pensar que esta expectación social y política puede resurgir cuando el Tribunal se pronuncie, por ejemplo, sobre la ley relativa a los derechos de los extranjeros en España, la que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo o sobre las leyes que han establecido las cuotas de sexo en las listas electorales.

En esta línea de colocar, al menos de forma ocasional, los focos sobre el Tribunal Constitucional se inserta la práctica frecuente del principal partido de la oposición, sea el que sea, consistente en que cuando interpone a través de sus parlamentarios un recurso de inconstitucionalidad ante el Alto Tribunal procura que tal circunstancia tenga la máxima repercusión en los medios de comunicación social; igualmente, los actores políticos tratan de obtener la máxima rentabilidad social y política cuando un pronunciamiento del Tribunal acoge sus pretensiones.

Pero también es habitual que esos mismos actores, y lo mismo sucede con los medios de comunicación social, emitan, en muchos casos con temeridad manifiesta e ignorancia supina, juicios y opiniones sobre la constitucionalidad de los actos y normas emanados de los poderes públicos mucho antes de que el Tribunal se pronuncie o, lo que es peor, aunque ya se haya pronunciado. Si en los meses previos a la Constitución republicana de 1931 se decía que cada español llevaba su propio proyecto de Constitución en el bolsillo, hoy se

podría concluir que cualquiera se erige en intérprete autorizado de la Constitución, claro que tampoco han faltado magistrados constitucionales que en diversas ocasiones, jurisdiccionales o no, se han creído llamados a dar lecciones de *indirizzo politico* y constitucional, sin otro resultado que una considerable pérdida de legitimidad institucional, al quedar enredados en “el embrollo –*embroilment*- de la política”, por utilizar las palabras del juez Frankfurter (*Colegrove v. Green*) (http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0328_0549_ZO.html).

A ello hay que añadir dos factores que minan la confianza que la sociedad española pueda tener en el Tribunal Constitucional: en primer lugar, la exasperante lentitud con la que resuelve los asuntos; así, por citar casos pendientes de decisión, los recursos contra la reforma de la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se presentaron a principios del año 2001, y contra las primeras leyes autonómicas que introdujeron las cuotas electorales, y que están suspendidas hasta que se pronuncie la sentencia constitucional, en el año 2002. Si se revisan sentencias recientes nos encontramos con dos del año 2005, las SSTC 173 y 189, que resolvieron recursos interpuestos, respectivamente, en febrero y septiembre de 1996, y muchas otras del año 2005 relativas a recursos y cuestiones de inconstitucionalidad de los años 1997, 1998 y 1999. Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas no tienen mejor suerte: en el año 2005 se resolvieron conflictos iniciados en los años 1996 y 1997 e, incluso, uno (STC 154/2005) que databa de mayo de 1995. En cuanto a los recursos de ampa-

ro por supuesta lesión de derechos fundamentales de las personas, si bien en el año 2005 se resolvieron muchos asuntos que llegaron en los años 2003 y 2004, hay decenas de sentencias sobre recursos del año 2000, 6 sobre recursos del año 1999, y 2 sobre recursos presentados en 1998 y 1997.

Si acudimos a la Memoria oficial del Tribunal del año 2004 (<http://www.tribunal-constitucional.es/MEMORIAS.htm>), que es la última hecha pública hasta el momento, nos encontramos con los siguientes datos:

a finales de ese año se encontraban admitidos a trámite para dictar Sentencia del Pleno 439 procesos (que abarcaban, teniendo en cuenta los acumulados, 510 asuntos jurisdiccionales): son 215 recursos de inconstitucionalidad (236 acumulados), 142 cuestiones de inconstitucionalidad (187 acumuladas), 76 conflictos positivos de competencia (81 acumulados) y 6 conflictos en defensa de la autonomía local. Estaban pendientes de resolver sobre la admisibilidad 2 recursos de inconstitucionalidad, 71 cuestiones de inconstitucionalidad, 3 conflictos positivos de competencia y 4 conflictos en defensa de la autonomía local. Los procesos de amparo pendientes de Sentencia de ambas Salas del Tribunal, al final del año, eran 498 (que, sumando los asuntos acumulados, daban 505 recursos). Ante la Sala Primera pendían 339 recursos de amparo (que acumulaban 346 asuntos jurisdiccionales); de los cuales, 253 se encontraban conclusos y pendientes de sentencia (más 7 acumulaciones), mientras que 62 todavía estaban pendientes de la remisión de las actuaciones judiciales y 24 lo estaban de las alegaciones de las partes e informe del Fiscal. Ante la Sala Segunda pendían 159 procesos de amparo (de los cuales, 63 se hallaban conclusos, y 96 en tramitación). Los recursos pendientes de resolver sobre su admisibilidad sumaban 3922, ante la Sala Primera, y 3658 ante la Segunda.

Entre otras consideraciones, esta desmesurada tardanza en resolver los asuntos obliga, utilizando el título del conocido

estudio de Otto Bachof², a reflexionar sobre el papel del Tribunal Constitucional entre el derecho y la política; si no nos cabe duda que está vinculado sólo al derecho, cabría aquí concluir, invirtiendo las palabras finales de Bachof, que también el legislador, además del Tribunal, puede esperar que ese conflicto le sea evitado en la medida de lo posible, no en consideración a él, sino en consideración al derecho. Piénsese en una hipotética declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de la ley que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo después de que se hayan celebrado cientos o miles de matrimonios, teniendo en cuenta que, como afirmó el Tribunal en su STC 45/1989 (que declaró inconstitucional la obligación de los cónyuges de realizar su declaración fiscal de manera conjunta), contraponiendo el sistema español al alemán, «la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad».

El segundo factor que daña la imagen del Tribunal es el progresivo convencimiento social de que tampoco su composición³ es ajena al fenómeno de la *lottizzazione*, como han reconocido los propios actores políticos en los debates de investidura del Presidente del Gobierno en los años 1993 y 1996, y ejemplificó en 1998 la renovación por parte del Senado de cuatro de los Magistrados, que se retrasó diez meses a resultas de una conflictiva negociación entre los portavoces de los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista en la Cámara Alta. La doctrina española e, incluso, la italiana⁴ han analizado esta situación, y el propio Tribunal se pronunció sobre esta práctica en relación con el nombramiento

de los miembros del Consejo General del Poder Judicial con unas palabras que también a él le podrían ser aplicadas: «se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada en la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atienden sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial” (STC 108/1986, de 29 de julio, F. 13).

2. El origen “revolucionario”, también en España, de la jurisdicción constitucional

Es bien conocido que los modernos sistemas europeos de jurisdicción constitucional se implantaron al concluir la traumática experiencia, en todos los órdenes, que supusieron el nazismo, el fascismo y la Segunda Guerra Mundial (Tribunales constitucionales italiano, alemán y francés) o bien tras la transición pacífica, después de largos años de dictadura, a la democracia (en la década de los setenta los Tribunales griego, portugués y español y, en la de los noventa, los de Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Polonia, República Checa, Rumania y Rusia). En suma, tras un proceso de superación de tiranías y poderes políticos incontrolados.

La introducción de un mecanismo de

control de constitucionalidad después de una profunda transformación política e institucional ya se produjo en España con la primera fórmula de jurisdicción constitucional, que se remonta, en el derecho positivo, a la Constitución de la II República, de 9 de diciembre de 1931. No es casualidad, por tanto, que en España el origen más remoto de propuesta de jurisdicción constitucional - Tribunal Supremo Federal - se encuentre también en un proceso de ruptura política como el que se intentó desarrollar en el Proyecto de Constitución federal de 1873.

Artículo 73.- El Tribunal Supremo Federal se compondrá de tres magistrados por cada Estado de la Federación. Artículo 77.- En el caso de que el Poder legislativo dé alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en pleno tendrá facultad de suspender los efectos de esta ley. Artículo 78.- En los litigios entre los Estados entenderá y decidirá el Tribunal Supremo de la Federación. Artículo 79.- También entenderá en las funciones jurídicas ordinarias que determinen las leyes; en los conflictos que se susciten sobre inteligencia de los tratados; en los conflictos entre los Poderes públicos de un Estado; en las causas formadas al Presidente, a los ministros en el ejercicio de sus cargos, en los asuntos en que la Nación sea parte.

No obstante, y como excepción a esta regla de continuidad entre un fenómeno “revolucionario” y la consiguiente propuesta de un sistema de control de constitucionalidad, el antecedente inmediato del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana de 1931, lo representa la “Sección de Justicia del Consejo del Reino” prevista en el “Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española”, presentado por el dictador Primo de Rivera el 6 de julio de 1929 ante la Asamblea Nacional. Esa “Sección” se

calificaba como "Tribunal Constitucional" y, en ese Anteproyecto, se le atribuía el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad.

Artículo 44.- Para el asesoramiento del Poder moderador en el ejercicio de las prerrogativas enumeradas en el Artículo anterior, existirá un Consejo del Reino, al cual corresponderá, además de las facultades gubernativas, consultivas y de intervención legislativa que la Constitución le atribuye, la de decidir, como órgano de justicia constitucional, con jurisdicción delegada del Rey, sobre los conflictos, responsabilidades y recursos especificados en el Artículo 47... Artículo 47.- Corresponde al Consejo del Reino, como órgano jurisdiccional: 1. Resolver las competencias y los recursos de queja entre los representantes del órgano ejecutivo y los del judicial. 2. Conocer de los recursos por inconstitucionalidad o ilegalidad de las leyes, reglamentos y disposiciones generales, a que hace referencia el Título XI... Artículo 103.- Toda infracción constitucional realizada individualmente por ministros, autoridades, representantes o funcionarios de cualquier especie, o colectivamente por los órganos o asambleas en que radiquen los diferentes Poderes, dará lugar a recursos judiciales. Estos recursos serán: ... 3. El recurso por inconstitucionalidad o ilegalidad de reglamentos o disposiciones de carácter general publicados por el Poder Ejecutivo. 4. El recurso por inconstitucionalidad de las leyes, que podrá interponerse en casos individuales y concretos de infracción constitucional. La ley establecerá la forma y condiciones de ejercicio de estos recursos. De los comprendidos en los números 3 y 4 conocerá con exclusiva competencia la Sección de Justicia del Consejo del Reino. No será aplicable a este Tribunal constitucional el Precepto contenido en el Párrafo tercero del Artículo 93. El fallo que anule como inconstitucional un reglamento obligará a la inmediata Publicación del acuerdo de nulidad, y éste producirá efecto desde el día mismo de hacerse Público, a menos que la Propia Sección de Justicia haya fijado un plazo, que no podrá exceder de seis meses, para que la vigencia del reglamento cese. El fallo sobre inconstitucionalidad de una ley será también inmediatamente

ejecutivo en el caso particular para el que a instancia de parte legítima se hubiere dictado...

Como ha recordado Cruz Villalón⁵, tras la caída de la Dictadura en 1929 se sucedieron las propuestas constitucionales, que incluían generalmente una forma de control de constitucionalidad, y que tendrán continuidad en un proceso dubitativo y oscilante que culminó con la articulación en la Constitución de 9 de diciembre de 1931 del denominado "Tribunal de Garantías Constitucionales", dentro del Título IX de la Constitución (Garantías y reformas de la Constitución).

Artículo 121.- Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes. b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades. c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí. d) El examen y aprobación de los poderes de los Compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República. e) La responsabilidad criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros. f) La responsabilidad criminal del Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República.

Artículo 122.- Compondrán este Tribunal: 1. Un Presidente designado por el Parlamento, sea o no diputado. 2. El Presidente del alto Cuerpo Consultivo de la República a que se refiere el Artículo 93. 3. El Presidente del Tribunal de Cuentas de la República. 4. Dos diputados libremente elegidos por las Cortes. 5. Un representante por cada una de las Regiones españolas, elegido en la forma que determine la ley. 6. Dos miembros nombrados electivamente por todos los Colegios de Abogados de la República. 7. Cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España.

Artículo 123. - Son competentes para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: 1. El Ministerio Fiscal. 2. Los Jueces y Tribunales en el caso del Artículo 100. 3. El Gobierno de la República. 4. Las Regiones españolas. 5. Toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada.

Artículo 124. - Una ley orgánica especial, votada por estas Cortes, establecerá las inmunidades y prerrogativas de los miembros del Tribunal y la extensión y efectos de los recursos a que se refiere el Artículo 121...

Como se puede concluir de este último artículo, la Constitución se remitía a una ley orgánica especial del Tribunal de Garantías Constitucionales, que, por los avatares políticos del momento, no fue promulgada hasta un año y medio después, el 14 de junio de 1933.

De la lectura conjunta del texto constitucional y de la ley orgánica resulta, en pocas palabras, que el modelo español de 1931 responde a los principios del denominado "sistema europeo" de control de constitucionalidad – jurisdicción concentrada, tribunal especializado, control directo de constitucionalidad – si bien resulta extraña a este modelo la previsión de que los efectos serán exclusivamente *inter partes* cuando la declaración de inconstitucionalidad sea por razones sustanciales o materiales, y no por motivos formales.

La vida del Tribunal de Garantías Constitucionales fue breve, como la de las demás instituciones democráticas existentes en este período: se constituyó el 20 de octubre de 1933; su primera sentencia se dictó el 8 de junio de 1934 con ocasión de una cuestión de competencia legislativa promovida por el Gobierno de la República a propósito de una Ley del Parlamento de Cataluña sobre contratos de cultivo. A esta primera resolución le seguirían otras (pueden verse

en Bassols Coma *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, CEC, Madrid, 1981), varias de las cuales provocaron críticas y rechazo de las partes implicadas, buena prueba del escaso entusiasmo que esta institución suscitó desde sus orígenes. Con la rebelión militar y el comienzo de la guerra civil española se produjo la dimisión de los magistrados del Tribunal (20 de agosto de 1936), aunque siguió funcionando de manera interina hasta 1939, ocupándose de la resolución de recursos de amparo.

3. *El Tribunal Constitucional en la Constitución de 1978 y en la Ley Orgánica 2/1979*

La jurisdicción constitucional renació en España con la restauración de las libertades democráticas que supuso la Constitución de 1978. Los artículos relativos al Tribunal Constitucional (159 a 165) no experimentaron grandes cambios a lo largo del proceso constituyente, pues el sistema a implantar no ofrecía grandes dudas: se trataba de instaurar un sistema concentrado en un órgano constitucional ajeno al Poder Judicial. Si bien no hubo pronunciamientos expresos durante la fase de elaboración de la Constitución, ni puede decirse con propiedad que ahí radique su razón de ser, tampoco en España resultó ajena a esta organización del Tribunal Constitucional la desconfianza hacia un Poder Judicial esencialmente conservador y poco o nada crítico con la dictadura que se acababa de suprimir.

Los modelos de referencia, además del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana de 1931, fueron

los tribunales constitucionales alemán e italiano. Así, en el Anteproyecto de Constitución, con evidente influencia del sistema italiano, el Tribunal se componía de once magistrados, que serían nombrados por el Rey, cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, tres a propuesta del Senado, en ambos casos por mayoría de tres quintos, dos a propuesta del Gobierno y otros dos del Consejo General del Poder Judicial, por un plazo improrrogable de nueve años. En los siguientes trámites (Ponencia), se amplió a cuatro el número de magistrados a designar por el Senado, con lo que el Tribunal tiene doce miembros, y se rebajó (en Comisión) a quince años el tiempo mínimo de ejercicio profesional; otros cambios tuvieron menos relevancia.

Quizá uno de los rasgos que más aproximan el Tribunal español al alemán es la amplitud de sus competencias; según el artículo 2 de su Ley Orgánica:

El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53.2 de la Constitución. c) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. d) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado. e) Del control previo de constitucionalidad en los casos previstos en la Constitución y en la presente Ley. f) De las impugnaciones previstas en el número 2 del artículo 161 de la Constitución. g) De la verificación de los nombramientos de los magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley. h) De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las Leyes orgánicas.

El vigente artículo 165 de la Constitución se remite a una ley orgánica, que “regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”. Esta ley orgánica (LOTG) es la 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y ha sido modificada en cinco ocasiones: por la L. O. 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la L. O. 2/1979; la L. O. 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el Capítulo segundo del Título VI (que permitía el recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de leyes orgánicas y estatutos de autonomía); la L. O. 6/1988, de 9 de junio, por la que se modifican los artículos 50 y 86 (sobre admisión de los recursos de amparo); la L. O. 7/1999, de 21 de abril, que introdujo el conflicto en defensa de la autonomía local, y la L. O. 1/2000, de 7 de enero, que permite reconducir los problemas de constitucionalidad de índole territorial a través de los acuerdos en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación Estado-Comunidades Autónomas (Pueden consultarse tanto la Ley Orgánica 2/1979 como las sucesivas reformas en la página del Tribunal: <http://www.tribunalconstitucional.es/TRIBUNAL.htm>).

De estas cinco reformas, la que ha tenido más relevancia hasta hoy ha sido la realizada por la L. O. 4/1985, de 7 de junio, que derogó el recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y Leyes Orgánicas.

El propio Tribunal, a través de su Presidenta⁶, ha demandado nuevas reformas de su Ley y en el momento de escribir estas

líneas (abril de 2006) se está tramitando una que tiene su origen en el Proyecto presentado por el Gobierno el 18 de noviembre de 2005, al que haremos mención en los siguientes apartados.

4. *El Tribunal Constitucional español como garante del principio de constitucionalidad y del sistema de fuentes*

Como es conocido, la Constitución democrática es una norma jurídica cuya forma no alberga un único programa, pues su estructura abierta la convierte en garantía de posibilidades. La teoría de la interpretación ha de servir para delimitar esas posibilidades, pero no para restringirlas cuando no hay duda de que la norma constitucional las permite. Por este motivo, el papel del Tribunal Constitucional no consiste en restaurar la voluntad del constituyente adecuándola al momento presente, ni en reducir el margen de actuación del legislador, ni en convertir a éste en mero ejecutor de una reinterpretada Constitución. La tarea asignada al Alto Tribunal no es otra que la de actuar como garante de las posibilidades que la Constitución encierra, sancionando las contradicciones con ella cuando se produzcan, moviéndose dentro de la argumentación jurídica, sin caer en la tentación de la argumentación política dirigida a suplir en cada caso la voluntad, también política, del constituyente o del legislador.

Este cometido lo lleva a cabo en España el Tribunal Constitucional principalmente cuando se pronuncia sobre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con

fuerza de Ley. Como dispone la LOTC (artículos 32 y 33):

Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales: a) El Presidente del Gobierno. b) El Defensor del Pueblo. c) Cincuenta Diputados. d) Cincuenta Senadores. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.

El recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado.

Según el artículo 35:

Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión...

Es importante recordar que los controles directo (recurso) e incidental (cuestión) no son excluyentes, ni la desestimación de un recurso impide que con posterioridad un juez o tribunal pueda cuestionar la constitucionalidad de idéntica norma.

El Tribunal Constitucional español, ya en sus primeras sentencias (Puede consultarse toda su jurisprudencia en [http:// www.tribunalconstitucional.es/JC.htm](http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm)), aclaró cuáles eran sus cometidos y la forma en la que iba a desarrollarlos: así, en su primera sentencia declaró que «actúa como intérprete supremo, de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos...» (STC 1/1981, de 26 de enero de 1981).

En sus primeros meses de vida, el Tribunal afirmó que «garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados» (STC 4/1981, de 2 de febrero, F. 1); que «es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución» (STC 5/1981, de 13 de abril, F. 6); «puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que esta es la norma constitucional. No compete, pues, al Tribunal, en su función de órgano decisor de los recursos de inconstitucionalidad enjuiciar el mayor o menor acierto con que los operadores jurídicos estén llevando a cabo la labor de aplicación» (STC 11/1981, de 8 de abril, F. 4).

El Tribunal Constitucional español ha sido, en la inmensa mayoría de los casos,

fiel al mandato constitucional y a esta temprana "declaración de principios", y en las pocas ocasiones en las que no lo ha hecho, sus decisiones han sido objeto de aceradas críticas por parte de la doctrina y de los propios magistrados del Tribunal que discrepaban de esos pronunciamientos, y han provocado gran controversia política y social. Un buen ejemplo de estas desviaciones lo constituye la sentencia sobre la Ley que despenalizaba el aborto y en la que el Tribunal realizó las siguientes "prescripciones" al Legislador:

Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es, al aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. La protección del nasciturus exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto. ... el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional...

Como se encargó de recordar uno de los Magistrados discrepantes (Rubio Llorente) en su voto particular,

con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la

oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales... El Tribunal Constitucional, que no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica.

La doctrina española, y los propios magistrados del Tribunal Constitucional en los votos particulares (SSTC 140/1986; 116/1987 y 98/2004), han importado la categoría italiana de las *decisioni manipolative* para incluir tanto sentencias, como la ya citada STC 53/1985, calificadas por la doctrina, de manera benévola, como "constructivas", como para las "sentencias aditivas", que declaran la inconstitucionalidad de una norma no por lo que dice, sino por lo que omite.

Finalmente, aunque con la brevedad que exige el espacio disponible, debe recordarse que en alguna ocasión el "exceso" del Tribunal Constitucional ha consistido en adoptar decisiones que "modulan sus efectos" de una forma que no está amparada ni por la Constitución ni por su Ley Orgánica:

así, en la STC 208/1999 (F. 8) se argumenta que «dados los términos en que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos..., ha de diferirse la nulidad de los mismos hasta el momento en que..., puedan las Comunidades Autónomas recurrentes ejercer las competencias ejecutivas que aquí se les reconocen... Del hecho de que no se acuerde la nulidad inmediata de aquellos preceptos de la Ley que se declaran inconstitucionales se infiere la persistencia de una situación anómala, en la que las competencias controver-

tidas pueden seguir siendo ejercitadas por el Estado. Esa situación es, desde luego, provisional y, por supuesto, debe acabar cuanto antes...»

En esta Sentencia, el Tribunal se contradice con lo dicho en otra decisión muy relevante, la ya citada STC 45/1989, donde, contraponiendo el sistema español al alemán, afirmó que «la Ley Orgánica no facultaba a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad».

Para evitar tales excesos, el Proyecto de reforma de la LOTC que se debate en estos momentos en el Parlamento español propone una nueva redacción del artículo 39:

...motivadamente y para preservar los intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años.... Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por omisión, podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si éste incumpliere dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la omisión.

También este Proyecto incluye una novedad importante: permite que, si lo desean, las partes litigantes del proceso judicial en el que el órgano judicial plantee una cuestión de inconstitucionalidad puedan personarse ante el Tribunal Constitucional para formular las alegaciones que consideren oportunas. Si la reforma entra en vigor se pondrá fin a una situación que ya en 1993 provocó la condena del Estado español por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 23 de junio, *Ruiz Mateos c. España*), al considerar que se había vulnerado el derecho a un juicio justo

al no permitirse que el demandante afectado por una ley singular pudiera intervenir en la cuestión de inconstitucionalidad suscitada sobre dicha ley.

Si el Tribunal Constitucional proclamó, ya en su primera sentencia, el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos, también ha tenido ocasión de delimitar la posición, dentro del sistema de fuentes, de otras normas esenciales del ordenamiento español; en especial de los tratados internacionales; las leyes, tanto orgánicas como ordinarias, y los decretos-ley.

En pocas palabras, respecto a los tratados,

como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un Tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado. Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el Tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (Declaración de 1 de julio de 1992). «Con esta defensa jurisdiccional anticipada la Constitución ve asegurada su supremacía frente a las normas internacionales desde el momento mismo de la integración de éstas en el Derecho nacional.» (Declaración de 13 de diciembre de 2004).

En cuanto a las leyes orgánicas y ordinarias, ya en la STC 5/1981, de 13 de febrero, afirmó el Tribunal que

cuando en la Constitución se contiene una reserva de Ley ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de la Ley orgánica - y no una reserva de Ley ordinaria - sólo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la norma fundamental (art. 81.1 y conexos). La reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congela-

ción de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 de la C.E.), pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza. Llevada a su extremo, la concepción formal de la Ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozaban de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas. Por ello hay que afirmar que si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 de la C.E.), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria.

Finalmente, sobre los decretos-ley

3. Nuestra Constitución limita en un doble sentido la facultad excepcional que atribuye al Gobierno para promulgar, en forma de Decreto-Ley, normas con fuerza de Ley. Esta limitación viene dada, de una parte....., por la exclusión de determinadas materias (ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, derechos y libertades de los ciudadanos reguladas en el Título I, etc...) que en ningún caso pueden ser objeto de regulación mediante Decreto-Ley; de la otra, por la conexión establecida entre esta facultad legislativa excepcional y la existencia de un presupuesto habilitante concreto: el caso de extraordinaria y urgente necesidad. El aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución es, evidentemente, función propia de este Tribunal.... El Tribunal podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso

de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia. (STC 29/1982, de 31 de mayo).

5. *El Tribunal Constitucional y el "Estado autonómico jurisdiccional"*

Si hubiera que destacar un ámbito en el que la aportación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha resultado decisivo es en el de la articulación del Estado autonómico y en la defensa del bloque constitucional, hasta el punto de que se ha acuñado en la doctrina la expresión "Estado autonómico jurisdiccional".

El Tribunal, ya en sus primeras sentencias, precisó lo que es la "autonomía territorial" (STC 4/1981, de 2 de febrero):

la Constitución (arts. 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización -el Estado- para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango... Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución.... Y debe hacerse notar que la [Constitución] contempla la necesidad... de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en

relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa, como a los entes locales...

Como ha recordado en fecha reciente Fernández Farreres (*La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005), en sólo tres años el Tribunal definió y delimitó el concepto de autonomía, explicando las reglas que rigen las relaciones entre los ordenamientos; precisó el significado del principio dispositivo y de la cláusula residual de competencias del Estado; formuló el principio de interpretación conforme a la Constitución de los Estatutos de Autonomía; definió las "bases" de las competencias estatales...

El impacto político y jurídico de su sentencia 76/1983, de 5 de agosto, una de las más importantes de la historia del Tribunal, fue enorme. En esta sentencia, el Tribunal cercenó las pretensiones uniformadoras de la legislación estatal sobre las legislaciones autonómicas, reconociendo, entre otras cosas, que puede haber desigualdades entre las Comunidades Autónomas; que el legislador estatal no puede dictar normas que incidan en el sistema constitucional de distribución de competencias, integrando hipotéticas lagunas existentes en la Constitución, ni tampoco incidir con carácter general en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas configurado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía sin una expresa previsión constitucional o estatutaria.

A esta sentencia han seguido otras muchas en las que, con independencia de algunas oscilaciones y errores, se ha podido constatar el acierto de conferir al Tribunal Constitucional, a través de los recursos

de inconstitucionalidad y los conflictos de competencias, la resolución de los litigios relativos a la división territorial del poder político, lo que permite enlazar el papel del Tribunal Constitucional español con el desempeñado por los Tribunales contemporáneos en los que se inspiró (alemán e italiano) y con los antecedentes históricos españoles, pero con la gran diferencia, en este último caso, de que el actual Tribunal ha podido llevar a un buen puerto lo que en anteriores momentos de la historia española resultó imposible. Como ha dicho el propio Tribunal, «con el conocimiento de estos conflictos por el Tribunal Constitucional se asegura un sistema de garantías jurídicas del reparto de poderes» (STC 88/1989, de 11 de mayo).

En definitiva, la aportación del Tribunal al desarrollo del principio de Estado autonómico y, por extensión, al Estado democrático de derecho ha sido continuada y decisiva a lo largo de sus veinticinco años, no sólo cuando ha delimitado la titularidad de una competencia sometida a litigio, sino también cuando ha rechazado pronunciarse sobre lo que eran en ese momento proyectos que debían ser debatidos en sede parlamentaria, como sucedió con el denominado "Plan Ibarretxe" (propuesta de nuevo Estatuto de Autonomía para el País Vasco «basado en la libre asociación con el Estado español») o, por citar un caso muy reciente, con la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Auto de 15 de marzo de 2006).

En el primero de los asuntos (Auto 135/2004, de 20 de abril) el Tribunal recorrió que:

el Acuerdo del Gobierno Vasco es expresión de una atribución inherente a todo Gobierno en un sistema democrático parlamentario, cual es la de

someter a la Cámara legislativa iniciativas normativas o de pura discusión política, que pueden dar lugar, o no, a la asunción de un texto normativo y, en todo caso, al debate público sobre cuestiones de interés general, de cuyo acierto en punto a la oportunidad y a las posiciones defendidas por los grupos parlamentarios sólo puede legítimamente pronunciarse el cuerpo electoral... En pocas palabras, sentado que la Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos, ni somete el deber de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento, la necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de *infracciones normativas*, sólo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas, y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido. La jurisdicción puede reaccionar contra la forma jurídica que resulte de esas intenciones, pero la intención misma y su debate o discusión son inmunes en una sociedad democrática a todo control jurisdiccional, singularmente si el debate se sustancia en un Parlamento, sede privilegiada del debate público.

En el segundo de los Autos (15 de marzo de 2006), el demandante (el Grupo Parlamentario Popular) calificaba la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña como una "reforma encubierta" de la Constitución; el Tribunal rechazó esta argumentación y afirmó que:

bajo la cobertura de un recurso de amparo (y bajo la alegación de vulneración del art. 23.2 CE, que hemos visto que no se ha producido) lo que realmente se pretende, en el fondo, desvirtuándose claramente nuestro proceso de amparo, es que este Tribunal ejerza una competencia de control previo de constitucionalidad sobre proyectos de normas, que de ninguna manera tiene. El cumplimiento estricto de la Constitución y de nuestra Ley Orgánica nos obliga a velar porque no se desvirtúen la naturaleza y contenido de los procesos constitucionales que nos están atribuidos...

6. *El Tribunal Constitucional y los otros órganos constitucionales*

En las resoluciones que se acaban de citar se esboza el recto entendimiento llevado a cabo por el Tribunal de las relaciones entre los distintos poderes del Estado y de éstos con el propio Tribunal, si bien esta conclusión no se extrae de lo que parecería que es el cauce habilitado para ello: el procedimiento de resolución de los conflictos entre órganos constitucionales, no previsto en la Constitución y creado por la LOTC (artículos 59 y 73 a 75) para dirimir los conflictos entre el Gobierno, el Congreso, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial, y que en los veinticinco años de historia del Tribunal se ha utilizado en cuatro ocasiones: en las tres primeras se acumularon los conflictos entre el Consejo General del Poder Judicial y las Cámaras de las Cortes Generales sobre la reforma del sistema de nombramiento de los miembros del Consejo (STC 45/1986, de 17 de abril); la cuarta ocasión enfrentó al Gobierno – en ese momento del Partido Socialista – con el Senado – con mayoría del Partido Popular, por negativa de la Cámara Alta a tramitar por el procedimiento de urgencia una reforma de la ley despenalizadora del aborto. En la STC 234/2000, de 3 de octubre, el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió que la Mesa del Senado, al no admitir a trámite la declaración de urgencia del Gobierno en relación con ese Proyecto de Ley Orgánica, invadió la atribución constitucional que al Gobierno confiere el artículo 90.3 de la Constitución.

Al margen de este procedimiento, el Tribunal ha desarrollado una fructífera jurisprudencia al delimitar el ámbito de la potestad normativa del Gobierno (ya se ha

mencionado la doctrina sobre el decreto-ley) y del Parlamento (leyes orgánicas y ordinarias) y al precisar el estatuto de los parlamentarios y de los órganos de gobierno de las Cámaras, así como su carácter de sede privilegiada para el debate público.

Si las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los órganos constitucionales ejecutivo y legislativo han sido, hasta la fecha, poco problemáticas, no se puede decir lo mismo respecto al Poder Judicial y, en particular, con el Tribunal Supremo. Si bien los episodios de mayor tensión son recientes, las primeras escaramuzas se remontan al momento mismo de entrada en funcionamiento de la jurisdicción constitucional; así, en el segundo voto particular emitido a una sentencia dictada en recurso de amparo (STC 31/1981, de 28 de julio), el magistrado discrepante (que había sido Presidente del Tribunal Supremo), manifestó que «el recurso de amparo no es una nueva instancia que posibilite al Tribunal Constitucional subrogarse en la posición de un Tribunal a quo, sino un procedimiento autónomo para la protección y establecimiento de derechos consagrados en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que se atribuye a una jurisdicción constitucional concentrada y distinta de aquella en la que el Tribunal Supremo es el órgano superior por imperativo del artículo 123 y a quien corresponde con plenitud, según el artículo 117.3 de la misma, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

Si bien la mayoría de los episodios de esta "guerra de las Cortes", como ha sido gráficamente calificada esta disputa por la doctrina tanto italiana como española⁷, los ha protagonizado en España la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la de lo Penal también ha sido parte activa. Esta Sala

adoptó el 15 de diciembre de 2000 el siguiente Acuerdo: «El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reunión mantenida en el día de hoy, ha acordado por unanimidad lo siguiente: en los procesos penales en los que se haya dictado sentencia de casación, anulada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, necesariamente el Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional en el orden penal, habrá de finalizar el proceso dictando la sentencia que corresponda en los términos que habrían sido procedentes de haber sido apreciada en la casación la vulneración estimada por el Tribunal Constitucional, consecuentemente con la nulidad y los efectos decididos por el Tribunal Supremo.».

No obstante, el punto culminante de este enfrentamiento lo ha representado la sentencia de 23 de enero de 2004, de la Sala de lo Civil, que condenó por culpa extracontractual a once de los doce magistrados del Tribunal Constitucional al apreciar negligencia en la inadmisión de un recurso de amparo. Ante lo que tres ex presidentes del Tribunal Constitucional – Rodríguez-Piñero, Rodríguez Bereijo y Cruz Villalón-, calificaron de “crisis constitucional” [Diario *El País*, de 26 de enero de 2004] la reacción de los “condenados” no se hizo esperar y el Pleno del Tribunal Constitucional adoptó el Acuerdo de 3 de febrero de 2004, que reproducimos en parte por su valor como ejemplo de la tensión entre “las Cortes”:

El Pleno del Tribunal Constitucional,...., ha adoptado por unanimidad, en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución y su Ley Orgánica le confieren, y para cumplir con el esencial deber de preservar la jurisdicción que tiene atribuida

en materia de amparo constitucional..., el siguiente Acuerdo: 1.... La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, tras rechazar la falta de jurisdicción alegada en su momento, examinó respecto al fondo la acomodación a Derecho de las decisiones jurisdiccionales de este Pleno, y lo hizo en términos de grave e inequívoca censura de la corrección jurídica de aquellas, a las que se imputó quebrantamiento de la prohibición del *non liquet*, es decir, una ausencia de respuesta, y también, con evidente contradicción, una respuesta falta de lógica y de motivación suficiente, calificándose la conducta profesional de los Magistrados demandados de “negligencia profesional grave, que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable” de normas imperativas. ...la Sala de lo Civil, al enjuiciar la fundamentación dada por el Pleno a una Resolución de inadmisión, pone en serio peligro la función jurisdiccional de amparo invadiendo competencias que sólo al Tribunal Constitucional corresponden... no podemos dejar de constatar en el ámbito de la defensa de la jurisdicción que la Constitución nos atribuye, y desde esa perspectiva, que la sentencia referida realiza, sin reserva alguna, un escrutinio de las decisiones que recayeron en dicho proceso constitucional, propio del que corresponde a este Tribunal, de tal modo que *de facto* la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo parece situarse en la posición de un Tribunal de grado superior, asumiendo funciones de control o revisión de nuestras resoluciones dictadas en el legítimo ejercicio de la función jurisdiccional que, de manera exclusiva y excluyente, nos viene atribuida por la Constitución. El examen o enjuiciamiento acerca de si se hallan o no ajustadas a Derecho las resoluciones dictadas por este Tribunal en los procesos constitucionales de los que conoce, y en este caso en el de amparo, es materia vedada, por principio, a la jurisdicción ordinaria, incluido el Tribunal Supremo,.... El desconocimiento de esta clara delimitación por la Sala de lo Civil incurre en una invasión de las funciones jurisdiccionales constitucionalmente atribuidas a este Tribunal Constitucional.

3. Esta constatación que, con toda objetividad pero también con seria preocupación realizamos, nos lleva a calificar de clara extralimitación competencial, y correlativa invasión de nuestras

exclusivas competencias y atribuciones constitucionales, el enjuiciamiento de cualquiera de nuestros pronunciamientos, efectuado en vía de amparo constitucional, por cualquier Órgano de la jurisdicción ordinaria... Desde la perspectiva analizada, hemos, pues, de reafirmar nuestra jurisdicción rechazando, con serenidad pero también con rigor la invasión de nuestra jurisdicción que supone la utilización de la vía civil como indebida prolongación del recurso de amparo.

Por todo ello, el Pleno del Tribunal Constitucional, Acuerda: Primero. Declarar que las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial dado que sólo a este Tribunal corresponde, conforme a la Constitución y a su Ley Orgánica, resolver tales recursos. Segundo. Asimismo declarar que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida a este Tribunal Constitucional por la Constitución.

A este Acuerdo se ha sumado el recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Supremo interpuesto por los propios magistrados condenados del Tribunal Constitucional. El legislador parece querer terciar en esta polémica a través del ya varias veces citado Proyecto de reforma de la LOTC. En ese Proyecto se dice que «en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla y podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia en los asuntos sometidos a su conocimiento. Las resoluciones del Tribunal Constitucional agotan la vía jurisdiccional interna. Ninguna otra jurisdicción del Estado puede enjuiciarlas a ningún

efecto. El Tribunal podrá anular de oficio los actos y resoluciones que contravengan lo dispuesto en los dos apartados anteriores, previa audiencia del Fiscal General del Estado y del órgano autor del acto o resolución»; Los magistrados del Tribunal Constitucional «serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece, ni encausados ni perseguidos por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones».

Como se puede deducir de lo expuesto, todos estos conflictos han tenido como elemento común la reacción del Tribunal Supremo ante la resolución por el Constitucional de recursos de amparo y es que, a diferencia de otros constituyentes europeos, el español ha llevado mucho más lejos su desconfianza respecto a la identificación del Poder Judicial con los valores y principios de la Constitución democrática: además de un sistema de jurisdicción constitucional concentrado sobre las normas legales a las que la Norma Fundamental reserva el desarrollo y la regulación del ejercicio de los citados derechos fundamentales, ha atribuido al Tribunal Constitucional el control último sobre las resoluciones de los jueces y tribunales ordinarios, incluido el Tribunal Supremo, que puedan suponer alguna lesión de un derecho fundamental. A esta cuestión nos referiremos ahora; antes puede recordarse, por citar un supuesto totalmente ajeno al sistema español, que en Francia no han existido estas "guerras de jurisdicciones" y ello obedece, en buena medida, a que el Conseil Constitutionnel no tiene encomendada una función revisora de las decisiones de los tribunales ordinarios.

7. *El Tribunal Constitucional y la tutela de los derechos: crónica de una parálisis anunciada*

El título de este epígrafe demanda una aclaración inmediata: la aportación del Tribunal Constitucional a la "fundamentalidad" de los derechos, a su potencial disponibilidad inmediata por sus titulares, ha sido decisiva e indiscutible; baste recordar que ya en sus primeras sentencias el Tribunal proclamó que «los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos» (STC 15/1982, F. 9).

En esta línea, el Tribunal ha dicho que los derechos fundamentales participan de la fuerza normativa de la Constitución y tienen una eficacia directa, vinculando a todos los poderes públicos, incluido el legislador (STC 80/1982, F. 1), que para limitarlos deberá respetar su contenido esencial (STC 11/1981, F. 11). Dado que la Constitución vincula a todos, poderes públicos y ciudadanos, la eficacia de los derechos es no sólo vertical, sino también horizontal, entre particulares (STC 18/1984, F. 6). La proclamación del Estado de Derecho irradia esta eficacia de los derechos: los ciudadanos podrán recabar su tutela ante los tribunales (STC 56/1982, F. 2), lo que impone la motivación de las sentencias (STC 67/1984, F. 2) y su ejecución (STC 55/1987, F. 1).

En suma, la ingente jurisprudencia constitucional sobre derechos y libertades constituye un bagaje esencial para la cultura jurídica, e incluso, ciudadana, y se ha consolidado como regla de conducta que debe presidir la práctica de los poderes públicos y, de modo especial, la de los tribunales ordinarios.

Dicho lo anterior, que no necesita aquí mayor desarrollo, nos ocuparemos, también con brevedad, de la "sombra" que esta tarea de tutela de los derechos, tal y como está diseñada, proyecta hoy sobre el funcionamiento del Tribunal. Ya se dijo al inicio que durante el año 2005 llegaron al Tribunal casi 10.000 asuntos, de los cuales 9.476 corresponden a recursos de amparo (un 97,62% del total), con una tendencia evidente al alza: en enero de 2006, el número de asuntos de amparo ingresados había crecido un 30% respecto del mismo mes de 2005; en el mes de febrero se registraron en un solo día – el pasado día 13 – 100 recursos de amparo.

Con ser espectacular el crecimiento de los recursos de amparo en los dos últimos años, este fenómeno se remonta a mediados de los años ochenta y no representaría un problema grave si esos recursos pudieran tener respuesta, incluida la mera inadmisión, en un plazo razonable y además este volumen de asuntos no repercutiera en el tratamiento de los demás asuntos competencia del Tribunal. Lo cierto es que no es así ni con los recursos de amparo ni con los demás, como ya se puso de manifiesto con datos recientes al hablar de la lentitud que afecta a todos los procesos constitucionales.

Esta situación resultó diagnosticada hace tiempo, pero ni el legislador ni el propio Tribunal han sido capaces de aplicar tratamientos adecuados; recordemos que el 8 de julio de 1987, hace casi veinte años, el Gobierno de entonces presentó un proyecto de reforma de la LOTC, en el que se apelaba a un discurso pronunciado por el entonces Presidente del Tribunal, Tomás y Valiente, el 1 de octubre de 1986, en el que se decía que «el número de recursos de amparo interpuestos cada año crece de

modo vertiginoso», si bien el propio Presidente matizó que «no es fácil decidir si conviene combatir tal avalancha de recursos». En todo caso se constataba que, al igual que en la República Federal de Alemania o en Austria, el creciente número de recursos de amparo empezaba a paralizar al Tribunal.

La solución que aprobó el legislador se incluyó en la Ley Orgánica 6/1988, de reforma de los artículos 50 y 86 de la LOTC, y consistió, en esencia, en permitir que por providencia (resolución no motivada) se pudieran rechazar *a limine* las demandas sobre derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional; las que carecieran manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal, y los supuestos en los que el Tribunal hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual. La doctrina (Francisco Rubio Llorente: "El trámite de admisión del recurso de amparo", publicado en 1988 en el número 60 de la *Revista Española de Derecho Administrativo* y hoy recogido en *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997, págs. 505 y sigs.) ya pronosticó de inmediato que esta reforma no iba a servir para aligerar la carga de trabajo que pesaba sobre el Tribunal y el tiempo empleado en atenderlo, pues no atajaba el incremento previsible del número de demandas ni conseguiría reducir el retraso en la decisión de los asuntos.

La realidad posterior superó esas pesimistas previsiones, pues de los 2.993 recursos de amparo de 1990 hemos pasado a 9.476 en 2005 y ello a pesar de que, como ha sostenido alguna opinión autorizada, en la práctica del Tribunal ya se aplica el *certiorari*, en tanto «admite lo que quiere»

(Juan Luis Requejo Pagés en El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma. Debate de expertos, Seminarios y Jornadas 11/2005, Fundación Alternativas; puede leerse en formato pdf en http://www.falternativas.org/base/download/58dc_27-09-05_11recursoamparo.pdf) con la cobertura del vigente artículo 50.1.c (que permite no admitir la demanda que carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo) y ni así se ha evitado la parálisis del Tribunal.

Como ya se ha reiterado, el Gobierno ha considerado conveniente atender la nueva llamada de auxilio del Tribunal y ha remitido al Parlamento un proyecto legislativo que se está debatiendo en estos momentos y en el que se proponen reformas para el recurso de amparo, que han suscitado controversia en la doctrina⁸.

La esencia del proyecto de reforma se explica en la exposición de motivos: «el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo del mismo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado». Debe añadirse que también se permite atribuir a las cuatro Secciones del Tribunal el conocimiento y resolución de aquellos asuntos de amparo que la Sala correspondiente les defiera.

Más allá de un pronóstico sobre la viabilidad de esta propuesta para remediar la situación del Tribunal, asunto que ha sido

debatido en la doctrina⁹, a nuestro juicio la pregunta que debe responderse, y que también ha sido formulada hace tiempo¹⁰, es la siguiente: si, de acuerdo con las cifras facilitadas por la Presidenta del Tribunal, esta institución «estima anualmente en torno al 2,5% de los recursos de amparo que recibe», que, sin embargo, como ya se ha reiterado, suponen aproximadamente el 98% del total de asuntos, ¿sigue siendo conveniente mantener sin cambios esenciales un control sobre la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas prestada por la jurisdicción ordinaria?. En otras palabras, ¿no hemos llegado a un momento en que el Tribunal ya ha cumplido la función que en esta materia le asignó el constituyente en 1978?.

8. ¿Epílogo?

Que el Tribunal Constitucional ha sido una de las piezas esenciales para la consolidación del Estado democrático en España es un lugar común tanto en el ámbito jurídico como en las esferas social y política; que su actual situación es delicada tampoco ofrece dudas para nadie. La conclusión obvia es, pues, que esta institución necesita un cambio, no sólo de legalidad sino también, utilizando palabras recientes de un ex presidente, de «mentalidad... se trata nada menos que de replegar al Tribunal sobre el control de normas y los conflictos de competencia, con una presencia puntual, por más que trascendente, sobre el amparo de los particulares» (Pedro Cruz Villalón, Eduardo Espín Templado, Germán Fernández Farreres, *La Reforma de la Justicia Constitucional*, Barcelona, Aranzadi, pág. 67). En

definitiva, si se quiere que el Tribunal Constitucional español continúe siendo útil al sistema político y social emanado de la Constitución de 1978 es necesaria una profunda actualización de su organización y funcionamiento y no un mero cambio legal que al final sirva únicamente para que todo siga igual.

Bibliografía sumaria

Además de las obras citadas a lo largo de este trabajo, nos permitimos incluir una sucinta bibliografía de carácter general, que puede servir para un acercamiento a la jurisdicción constitucional en España; estas obras genéricas contienen referencias exhaustivas a lo que constituye una amplia doctrina.

- Ahumada Ruiz: *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005;
- Aja (editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998;
- Almagro/Saavedra: *Justicia constitucional. Comentarios a la LOTC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989;
- Aragón Reyes: "El Tribunal Constitucional", *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, CEPC, Madrid, 1998;
- Caamaño/Gómez Montoro/Medina/Requejo: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2ª edición, McGraw-Hill, Madrid, 2000;
- Cruz/Jiménez Campo/López Guerra/Pérez Tremps: *Los procesos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992;
- Espín Templado/Díaz Revorio: *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000;
- Fernández Segado: *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1997;
- Fernández Segado/Espín/García Roca: varios trabajos sobre "La justicia y el Tribunal Constitucional", *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000;
- García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985;
- González Rivas: *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005;
- González Trevijano: *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2000;
- Memoria anual del Tribunal Constitucional*; disponibles desde 1997: <http://www.tribunalconstitucional.es/MEMORIAS.htm>

- Lopéz Guerra: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2000;
- Lozano Miralles: *El Tribunal Constitucional: composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000;
- Marín Gámez: *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998;
- Montoro Puerto: *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Colex, Madrid, 1991;
- Pamio: "La giustizia costituzionale in Spagna", en *La giustizia costituzionale in Europa* (a cura di Marco Olivetti, Tania Croppi), Giuffrè, Milano, 2003, págs. 207 y sigs.;
- Pérez Royo: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988;
- Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios: perspectivas del sistema de justicia constitucional en España*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005;
- Pulido Quecedo: *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional anotada con jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1995;
- Requejo Pagés (coordinador): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/BOE, Madrid, 2001;
- Requejo Pagés (coordinador): *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, «Fundamentos», nº 4, Oviedo, 2006;
- Rubio Llorente/Jiménez Campo: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Trotta, Madrid, 1997;
- Sánchez Morón: *Justicia Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994;
- Santamaría Pastor (ed.): *Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980;
- Tomás y Valiente: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1993;
- Varios Autores: *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional, CEC, Madrid, 1995.

- ¹ La Ley 39/1995 lo define como "un Organismo autónomo de carácter administrativo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por finalidad el estudio científico de la sociedad española".
- ² "Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik", en *Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen, 1963, págs. 41 y sigs; también en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, recopilación de Peter Häberle, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, págs. 285 y sigs.
- ³ Por mandato del artículo 159 de la Constitución, 4 magistrados son elegidos por el Congreso de los Diputados y 4 por el Senado, en ambos casos por mayoría de 3/5; dos por el Gobierno y 2 por el Consejo General del Poder Judicial.
- ⁴ En la española, entre otros, Francisco Rubio Llorente ("Jurisdicción constitucional y legislación en España", *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997), y Miguel Ángel Presno Linera (*Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 176 y sigs.); en la italiana, Giancarlo Rolla (*Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene editore, Napoli, 1986, págs. 132 y sigs.).
- ⁵ *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987, págs. 302 y sigs.; véase también el estudio de Rosa María Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Bosch, Barcelona, 1982.
- ⁶ «Las soluciones arbitradas con los medios procesales que la legislación ofrece hoy al Tribunal no pueden dar, sencillamente, más de sí que lo que con el esfuerzo de organización y trabajo viene procurando el Tribunal con el mejor empeño y voluntad. La

sociedad española puede estar segura de la voluntad de nuestra institución de responder satisfactoriamente y con celeridad a los diferentes recursos planteados por los particulares y las instituciones. El número de resoluciones dictadas por este Tribunal año tras año así lo evidencian. Sin embargo, los esfuerzos de racionalización y agilización en lo modos de organización del trabajo, así como la dedicación ejemplar de los Letrados y del resto del personal de la institución quizá no sean suficientes para responder con la celeridad requerida por la sociedad a la demanda de justicia constitucional por ella planteada. Por ello, el año 2005, en el que se cumple el XXV aniversario de nuestra institución, ofrece, desde mi punto de vista, una ocasión inmejorable para reflexionar sobre la oportunidad de una reforma de la Ley Orgánica de nuestro Tribunal...»; palabras de María Emilia Casas Baamonde, Presidenta del Tribunal Constitucional español en la presentación de la Memoria del Tribunal correspondiente al año 2004, Madrid, mayo de 2005.

⁷ En Italia, por ejemplo, Nicola Assini, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la «guerra delle due Corti»*. Giuffrè, Milano, 1973; en España Rosario Serra Cristobal: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1999.

⁸ Resulta muy ilustrativa la variedad de opiniones recogidas en el libro colectivo *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos/Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006; antes de que este proyecto se conociera en sus términos actuales ya se publicó el trabajo del profesor Fernández Farreres, *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, disponible en la página web de la Fundación Alternativas;

http://www.falternativas.org/base/download/6290_12-09-05_Lab.%20ALTERNATIVAS%2058_2004.pdf

- ⁹ Una reflexión más plural y detenida, y en algún caso más optimista, puede verse en *La reforma de la justicia constitucional*, cit.
- ¹⁰ Entre otros, Caamaño/Gómez Montoro/Medina/Requejo: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McCraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 121 y sigs.

La corte suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea

ALESSANDRO TORRE

Alla svolta della *Palmerston age* (Briggs 1990, p. 95 ss.) e pertanto all'esordio di un periodo che si sarebbe caratterizzato per il relativo declino della magniloquenza costituzionale della prima età vittoriana, esprimendosi senza mezzi termini e con il consueto spregiudicato ragionare sulle cose istituzionali, di cui è disseminato il suo pensiero, Walter Bagehot poneva in luce una questione che ancor oggi, nonostante la recente istituzione della *Supreme Court of the United Kingdom*, è ben lontana dall'aver trovato una risposta che (soprattutto se considerata dal punto d'osservazione del costituzionalista continentale) si possa considerare pienamente risolutrice:

The supreme court of the English people ought to be a great conspicuous tribunal, ought to rule all other courts, ought to have no competitor, ought to bring our law into unity, ought not to be hidden beneath the robes of a legislative assembly,

[*The English Constitution*, p. 147]

Questo frammento tra i meno noti del

pensiero bagehotiano, che si può rintracciare cercando tra le pieghe della sua fondamentale opera sulla costituzione inglese può essere considerato una perfetta provocazione iniziale sulla quale innestare la ricostruzione del contesto in cui oggi giorno si inserisce l'adozione del *Constitutional Reform Act 2005*.

Questa legge introduce anche nel Regno Unito una Corte Suprema e si impone all'attenzione comune come una delle ultime espressioni della rapida progressione modernizzatrice che è stata inaugurata nel 1997 dal *New Labour* blairiano con una serie di importanti interventi riformatori attraverso i quali – solo per citare gli esempi più eclatanti – è stato incorporata nell'ordinamento domestico la Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (*Human Rights Act 1998*); sono state introdotte forme asimmetriche di *devolution* in Scozia (*Scotland Act 1998*), Galles (*Government of Wales Act 1998*) e in una semi-pacificata Irlanda del Nord (*Northern Ireland Act 1998*); è stato ridefinito lo *status* costituzionale della

Banca d'Inghilterra (*Bank of England Act 1998*); è stata modificata per la prima volta nella storia la tradizionale struttura della Camera dei Pari (*House of Lords Act 1999*); è stata ripristinato il governo strategico della Grande Londra (*Greater London Authority Act 1999*); sono stati ampliati i margini di godimento della libertà di informazione e con ciò segnata un'importante tappa della realizzazione dell'*open government* (*Freedom of Information Act 2000*); si sono realizzate nuove misure per la regolazione dell'attività politica (*Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*); e purtroppo è stata affrontata in termini critici la questione del bilanciamento tra esercizio delle libertà fondamentali ed esigenze della sicurezza nazionale (*Terrorism Act 2000* e *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*).

L'intuizione della necessità di dare forma a un tribunale superiore (e unico) della costituzionalità non è nuova nel Regno Unito, se è vero che – sebbene attraverso gli accenti dell'ingegno critico di un autentico *outsider* del pensiero costituzionale medio-vittoriano quale era Walter Bagehot – nello stesso contesto in cui era stata varata la seconda grande riforma elettorale dell'età liberale si era fatta strada anche l'idea di porre ordine nelle proiezioni costituzionali di un ancora frammentario sistema giurisdizionale. Tale intuizione tuttavia ha seguito un andamento carsico nel pensiero costituzionale britannico: pressoché scomparsa nelle elaborazioni dell'ortodossia giuspubblicistica delle generazioni post-vittoriane e dei decenni del *welfare state*, essa è riaffiorata solo di recente (Hope 2005). Pur nell'assenza di una costituzione scritta e sovraordinata, varie forme di giustizia che si potrebbe definire «della costituzionalità» era infatti erogata

dalle esistenti giurisdizioni della alte Corti, che di lì a poco le grandi riforme della magistrature di *common law* e di *Scots law* (realizzate con i *Judicature Acts 1872* e *1873*) avrebbero efficacemente razionalizzato dando un assetto più coerente a un sistema giudiziario di antica tradizione, l'origine delle cui organizzazioni di base risaliva al medioevo. Le riforme della media età vittoriana tuttavia non avrebbero affrontato la questione dell'unicità della giustizia suprema, e di una giustizia suprema unica che si occupasse di risolvere tutti quei casi di forte conflittualità politica che anche nel Regno Unito si sollevavano, per utilizzare un'espressione che tempo addietro era stata coniata dai cugini d'Oltreoceano, «*under the Constitution*» (si pensi alla questione irlandese, che nell'ultimo ventennio dell'Ottocento condizionò pesantemente i governi liberali di Gladstone e dei suoi successori; o alla grave crisi infraparlamentare del 1909-11). D'altra parte, se i pilastri dell'ordine costituzionale britannico andavano rintracciati nella *rule of law*, nella *supremacy of Parliament* e nel convenzionalismo che regolava i rapporti tra istituzioni operanti nel circuito del potere politico, e se la costituzione del regno era considerata «inesistente» o comunque non scritta, in base a quale convincente argomento si sarebbe individuata la necessità di creare una Corte Suprema di modello statunitense?

Del resto, se si analizza con più attenzione il frammento bagehotiano, in carenza di una costituzione superiore l'idea di dare corpo a un «*conspicuous tribunal*» si rivelerebbe essere non la (necessaria) conseguenza dell'introduzione di una (non necessaria) costituzione scritta d'impianto benthamiano, bensì un elemento di

quella razionalizzazione degli ordinamenti giudiziari che era in gestazione negli anni in cui Bagehot pubblicava le prime dispense della *English Constitution*, ma che in seguito intere generazioni di riformatori avrebbero sostanzialmente accantonato. A ciò va aggiunta la necessità, questa sì realmente avvertita dai più illuminati statisti dell'epoca e giunta intatta fino alla recentissima riforma istitutiva della *Supreme Court* (Carnwath 1992), di sottrarre l'alta giurisdizione (o parte di essa) all'istituzione parlamentare che la esercitava attraverso uno spezzone della Camera dei *Lords* o alla Corona, che operava attraverso il *Privy Council*.

A ciò va aggiunta la prospettiva di dare realizzazione a un principio, se non proprio di separazione dei poteri di concezione montesqueiana altrove perentoriamente respinto da Bagehot come non applicabile al sistema costituzionale britannico, almeno di ulteriore e completa autonomizzazione delle alte funzioni giudiziarie. La perentorietà con cui Bagehot (ma, in seguito, non più altri eminenti protagonisti del pensiero costituzionale della tarda età vittoriana e della transizione edoardiana come Albert Venn Dicey, Frederick W. Maitland e James Bryce), pur negando per il sistema britannico l'attendibilità di un assetto di *separation of power*, si rendeva fautore dell'istituzione di una Corte Suprema *ante litteram* in un contesto in cui peraltro nessun paese dell'Europa liberale dotato di una costituzione scritta aveva ancora dato vita a supremi tribunali costituzionali, era pertanto dettata dall'osservazione desolata della caotica frammentarietà di un'azione giudiziaria ripartita tra diversi corpi. Questa condizione di frammentarietà era considerata da Bagehot una visto-

sa assurdità del sistema costituzionale di matrice inglese.

In realtà, pur senza aver mai (a parte l'effimero periodo del *Commonwealth* cromwelliano: 1653-60) dato forma a una carta costituzionale scritta, il regno d'Inghilterra e, in seguito, la complessa entità statale nota come il Regno Unito (Rose 1982) è tutt'altro che un sistema acostituzionale, ovvero privo di un ordine costituzionale dotato di una propria coerenza. In esso le libertà fondamentali riposano su un solido apparato di garanzie, e le strutture di governo sono effettivamente responsabili, per la loro azione di *policy-making*, nei confronti del Parlamento. E, sebbene la nozione giuridica dello Stato non sia mai stata coltivata con convinzione nel pensiero politico (cfr. Dyson, p. 186 ss.), forte e relativamente coesa è la statualità britannica fondata sull'effettività del *government* e non su proiezioni astratte della personalità giuridica di un ente superiore.

Agli occhi di un osservatore che sia appena un po' meno superficiale del solito, non dovrebbero pertanto destare sorpresa le circostanze che in piena età vittoriana, pur restando in seguito inascoltata, si sia fatta strada l'istanza della necessità di una singola giustizia superiore, e che lungo il corso della contemporanea evolutività del sistema britannico (un sistema che, si badi bene, è sempre più integrato nell'Unione Europea e soggetto ai suoi influssi giuridici) si sia precisata quella nozione di «giustizia della costituzionalità» che dappertutto è un elemento essenziale e ormai indefettibile del diritto pubblico nei sistemi a costituzione scritta.

D'altronde, se si considera la questione con lo sguardo formale del costituzionalista continentale, chi mai avrebbe sospetta-

to che le odierne prospettive di sviluppo di questa nozione, che mai in linea di principio era stata enunciata per via dottrinale da parte dei *constitutional lawyers* dell'ortodossia egemone, si stiano oggi orientando in via di fatto lungo i medesimi percorsi delle altre esperienze nazionali che, al contrario, sono pressoché tutte rette da costituzioni deliberatamente codificate in rigide forme documentarie e per lo più innestate su forti principi statalistici (D. Oliver 1992)? Se valutato sotto questo profilo, ben si adatta al dibattito odierno che ha prodotto l'istituzione della *Supreme Court* britannica il verso di uno dei romantici *Fourteen Sonnets* di W.L. Bowles: «c'è una musica insolita nel mormorio del vento», «*there is a strange music in the stirring wind*» (W.L. Bowles 2005). A patto di interpretarne il ruolo con spregiudicata libertà intellettuale, la nascita, nel Regno Unito blairiano, della *Supreme Court* (della quale i riformatori hanno scelto di escludere esplicitamente la fisionomia di corte costituzionale, ma che in futuro potrebbe affermarsi come un inedito anello di congiunzione tra i sindacati «di costituzionalità» che erano esercitati da diverse agenzie giurisdizionali e la giurisdizione di un tribunale di rango supremo costruito sui modelli europei e nordamericano) potrebbe tuttavia non destare eccessivo stupore.

Perché ciò avvenga, i dati dai quali occorre prendere le mosse adattandosi a tenere in poco conto l'obiettivo circostanza dell'inesistenza nel Regno Unito di un singolo corpo di alta giurisdizione appartenente al *genus* delle corti costituzionali e istituzionalmente legittimato a giudicare *under the Constitution*, sono che il tradizionale senso di autosufficienza giuridica e culturale del pensiero costituzionalistico

britannico appare da alcuni anni considerevolmente attenuato, e che, d'altra parte, diversi corpi giudicanti esercitano di fatto forme di giustizia di costituzionalità districandosi entro l'eterogeneo contesto di una tipica *matter of convenience* quale è la Costituzione del regno (e sovente contribuendo a determinare attivamente i contorni di tale materia). Seguendo la pragmatica metodologia del *do it yourself*, questi corpi operano in via ripartita e spesso occasionale ponendo in essere alcune tra quelle forme di *adjudication* che dappertutto in Europa continentale e altrove nel globo competono alle corti costituzionali, e che solamente in tempi più recenti hanno sviluppato una certa influenza sul pensiero dei *common lawyers* tanto da poter essere annoverate tra gli elementi che hanno concorso all'impostazione della riforma che ha prodotto la *Supreme Court* (Le Sueur 2004).

Le cronache mondane registrano come qualche tempo addietro un brillante conferenziere (Simon 1935), affrontando nel modo più classico il tema della natura della costituzione britannica, desse avvio alla sua apostrofe affermando che, così come l'Irlanda era una terra «senza serpenti», la Gran Bretagna era un paese «senza costituzione» («*Eh bien, l'Angleterre il n'y a pas de Constitution*»): apparentemente semplice, come per lo zoologo, sarebbe perciò risultato il compito inquirente del costituzionalista. Era un modo, questo, amabilmente retorico che presupponeva il mito, apparentemente molto caro al Tocqueville che tuttavia operava in ben altro contesto (Torre 1997, p.212 ss.), dell'inesistenza della costituzione britannica come incontestabile peculiarità. In realtà l'oratore introduceva la questione dell'essenziale duplicità del dato costituzionale nel Regno Uni-

to – sulla quale diverse generazioni di dottrinari britannici non hanno cessato di interrogarsi soprattutto se poste di fronte alle trasformazioni dell'età thatcheriana e del blairismo (Munro 1983; Barendt 1996; King, 2001), privo certamente di una singola costituzione scritta ma eccezionalmente solido nella salvaguardia delle libertà fondamentali riconosciute ai sudditi e nell'efficacia d'azione delle proprie istituzioni di governo. Il medesimo registro argomentativo si adatta facilmente alla questione della giustizia costituzionale, che si suole considerare inesistente in terra britannica per via della mancanza a monte di quel rigido parametro che dappertutto nel mondo è configurato da costituzioni mono- o pluridocumentarie, ma pur sempre scritte e – ciò che più conta – sovraordinate.

Ma in realtà muovere alla ricerca di elementi di giurisdizione costituzionale nel Regno Unito non è impresa infruttuosa come l'andare a caccia di rettili in Irlanda. Sotto questo riguardo il compito del costituzionalista è più semplice di quello del naturalista poiché è evidente che, se sulla scorta dell'asserzione della non scrittura della costituzione britannica ci si limitasse a negare ogni possibilità alla sussistenza di un'esplicita *iurisdictio* costituzionale, ebbene questo non sarebbe un modo alquanto grossolano di trattare una questione che invece rivela elementi di particolare complessità? Infatti, per quanto possa sembrare paradossale o quanto meno contraddittorio, proprio l'assenza di una costituzione scritta consente di sviluppare una riflessione *in vitro* rivelatrice di elementi di particolare pregnanza per il costituzionalista che non si fermi alla superficie.

Vero crogiuolo della cultura costituzionale universale, da molto tempo l'esperienza anglo-britannica contiene in sé, se non propriamente le forme istituzionali concrete che altrove si esprimono in una singola istanza giurisdizionale all'uopo deputata, almeno i prerequisiti di una giustizia della costituzionalità che non può essere considerata assente per il semplice fatto che nel Regno Unito non esista una costituzione scritta e che il suo ordine costituzionale sia flessibile e anzi in essa si individui l'archetipo della flessibilità costituzionale: il che tuttavia non è di per sé sufficiente a escludere che anche a essa si possa riconoscere quella che è stata definita, prendendo spunto da Bryce, una «naturale rigidità» (Pace 1996). Sulla scorta del pensiero diceyano, basti considerare quale resistenza al mutamento oppongano, per esempio, le convenzioni costituzionali maturate attraverso l'esercizio di prassi comunemente condivise e accettate e non disinvoltamente modificabili attraverso semplici statuizioni normative (Marshall, 1986) o quanto l'influenza della "moralità costituzionale" innervi di sé e consolidi dati politico-istituzionali che altrimenti risulterebbero aleatori (Torre 2003).

Sotto altro profilo, l'indagine sulle recenti evoluzioni britanniche che hanno prodotto la confluenza nel corredo potestativo della *Supreme Court* di attività giurisdizionali che sono variamente collegate alla questione costituzionale e che, come si vedrà, rientrano nelle competenze di differenti corpi giudicanti, pone in rilievo suggestive implicazioni metodologiche. Se infatti da un sistema di governo si elimina il dato formale fondamentale da cui esso è determinato e che, nella prospettiva di salvare e, possibilmente, stabilizzare l'armo-

nia tra *Grundnormen* costituzionali e legislazione primaria, configura uno dei principali motivi informativi della suprema giurisdizione fino al punto di formare una sineddoche che confonde una parte per il tutto (si pensa, ovviamente, all'esistenza di una Carta che sia il prodotto di una deliberata operazione di *constitution-making*), allora l'osservazione del caso britannico consente di destrutturare la categoria concettuale complessa che si configura nella nozione ampia di "giustizia costituzionale" e di metterne in rilievo alcuni moventi di fondo che, appunto, prescindono aprioristicamente dalla sussistenza di una carta costituzionale scritta. Questi moventi non sono meno autentici quali elementi fondanti la necessità di una giustizia costituzionale, e questa necessità – come ipotizzava Bagehot senza tuttavia spingere il suo pensiero fino ad affermare la necessità di istituire una corte costituzionale *ante litteram* – è ben presente nella storia costituzionale del Regno Unito dall'età vittoriana in poi.

In parole povere, perché si crei la necessità di una giustizia di costituzionalità il caso anglo-britannico dimostra che non è necessario che sullo sfondo vi sia una costituzione scritta e sovraordinata (tutto dipende dal concetto di costituzione dal quale si prendono le mosse). Poiché è privo del fondamentale punto di pregiudizialità che informa di sé la totalità delle giurisdizioni costituzionali operanti su scala planetaria, l'osservazione del Regno Unito consente di risalire alle componenti essenziali della giustizia costituzionale rivelando che l'essenziale natura di tale forma di giurisdizione è l'agire come garante di quegli equilibri istituzionali e politici dei quali è parte "anche", ma non più esclusivamen-

te, l'armonizzazione delle fonti legislative con il superiore dettato politico-normativo: componente, questa, che risulta priva di consistenza in un sistema del quale, in ideale continuità con un celebre passaggio della *Constitution d'Angleterre* di J.L. de Lolme, Alexis de Tocqueville diceva che «*peut changer sans cesse, ou plutot elle n'existe point*».

La questione può essere esposta, in altri termini, sottolineando che nei sistemi a costituzione scritta l'esistenza di una corte costituzionale è una conseguenza che proviene "dall'alto" di un sistema che in un dato momento storico sceglie di dotarsi di un strumento atto a regolare supremamente l'ordinato andamento dell'attività delle istituzioni e dei loro rapporti con la società civile. La stessa corte costituzionale rappresenta, d'altronde, l'ipostasi in chiave giurisdizionale di tale fondamentale necessità che non sempre è garantita dal senso di *self-restraint* delle istituzioni politiche. Laddove, come nel Regno Unito, la costituzione non è scritta, tale necessità sorge "dal basso", o meglio si direbbe "dall'interno" del sistema organizzato, ove si avverte la necessità di proteggere l'integrità dell'ordine costituzionale. Si può dire, in questo caso, che la giurisdizione suprema vi sia una necessità sociale prima ancora che giuridica, ovvero un meccanismo garantistico attraverso il quale l'assetto sociale protegge se stesso in quanto realtà storica e in quanto sistema politico al quale le istituzioni si adattano, parafrasando l'Hatschek che adattava la costituzione allo Stato, «*come un vestito al corpo*» («*wie das Kleid zum Korper*», come citato in Ducci 1982, p.851-2).

Nonostante il fatto che l'assenza di una costituzione singolarmente scritta che si

proponga come *fundamental law* del paese e la presenza di un forte e autorevole apparato di Corti di giustizia prestino seri argomenti alla convinzione che nel Regno Unito l'azione di una corte costituzionale sia giuridicamente superflua (per via dell'assenza di una costituzione-parametro) e istituzionalmente inopportuna (per via del forte potere che è tradizionalmente esercitato dalle magistrature, segnatamente di *common law*, le quali ove possibile difendono le libertà, vigilano sugli equilibri costituzionali e fissano le regole della "buona pratica" istituzionale), il profilarsi di una *Supreme Court of the United Kingdom* (dal cui modello non sarebbero peraltro del tutto assenti alcune suggestioni statunitensi, così come si trova esplicitamente suggerito in Wintour e Dyer, *Ministers Shun US Model for Supreme Court*, 2003) resta comunque un dato oggettivo che induce a riflessioni su quali siano il senso e i protagonisti di tale forma di giustizia suprema nella più recente storia costituzionale britannica.

Per quanto concerne il senso, come di fatto si avvide il *Chief Justice Marshall* in *Marbury v. Madison* e come tutti i costituenti delle ultime generazioni novecentesche avrebbero in seguito statuito facendo tesoro del precedente maturato nell'originaria esperienza statunitense, la necessità di garantire stabilmente che nessuna violazione da parte del legislatore turbi l'armonia fra la *supreme law of the land* e la produzione normativa ordinaria è essenziale affinché il sistema costituzionale sussista e la costituzione stessa sopravviva. Sotto tale profilo, di fronte alla prospettiva di un conflitto o semplicemente al profilarsi di un'antinomia o di un elemento di contraddizione sistemica, è raro che un ordine

costituzionale possa eludere l'appuntamento con l'*enforcement* giurisdizionale, e in ciò anche il Regno Unito, pur nella mancanza di una costituzione scritta e di una corte costituzionale, non fa eccezione. Per normalizzare quelle inevitabili contraddizioni del sistema che non siano previamente neutralizzate dall'applicazione della «*constitutional morality*» teorizzata da Dicey e da altri (Raz 1985), sulla scorta della consapevolezza che «*several of the most divisive moral conflicts that have beset us Americans in the period since the end of World War II have been transmuted into constitutional conflicts – ... – and resolved as such*»: Perry 1998, p.98) tale compito è stato affidato a quell'attività interpretativa delle Corti (e di collegi giudicanti di diverso rango investiti, come si vedrà, di funzioni *ad hoc*) che nel lessico del diritto inglese rientra sotto la generica nozione di *judicial review*. Ma il *judicial review of legislation*, pur occupando una posizione di primario rilievo, non esaurisce il catalogo di quelle garanzie che, soprattutto se erette a difesa della democrazia e di tutti quegli elementi che le diverse culture politiche intendono come pre-costituzionali (Barak 1999), sono fondamentali per la sopravvivenza stessa di un ordine costituzionale, sia esso scritto o – come nel Regno Unito – non scritto, che si impone come una realtà *justice-seeking* ossia reclamante l'esercizio di una forma particolare di giustizia, anche se fino a tempi non molto lontani una lettura acritica – e forse fraintesa – del concetto diceyano della *rule of law* tendeva a ridimensionare il contributo creativo delle Corti alla costruzione dell'ordinamento democratico, a tutto vantaggio del ruolo del Parlamento (Cosgrove 1980, cap. 4 e 5), asserendo che, in estrema sintesi, «*demo-*

cracy was to be protected by Acts of Parliament, not by the judges» (Stevens 2003, p.336).

Da ciò scaturisce la ricognizione di quali corpi giudiziari abbiano, nell'ordinamento britannico, disimpegnato tale funzione. Si deve affrontare a questo punto, in quanto essenziale per comprendere cosa sia oggi la nuova *Supreme Court* britannica, il discorso su quali siano nel Regno Unito i protagonisti storici di quella giurisdizione nella quale il punto di separazione fra tecnica giuridica e alta valutazione politica non è sempre chiaramente definibile, in ossequio al principio secondo cui, se si accetta la premessa per cui la costituzione stessa è il precipitato giuridico di un ordine politico originario (Preuss 1991), il diritto costituzionale è il "terzo ordine del politico" (Loughlin 2003).

Sviluppata con riferimento al sistema costituzionale statunitense la nozione di «*domain of constitutional justice*», che è stata definita come «*a general area of concern*» nella quale la giurisdizione costituzionale si esprime in relazione a un sistema coerente di garanzie che ha il compito di allineare le esigenze di una giustizia come espressione dell'autorità dello Stato («*justice-bearing provisions*») e quelle delle originarie autonomie dei singoli e dei gruppi sociali («*liberty-bearing provisions*») (Sager 1998), è particolarmente utile per l'osservazione del caso britannico poiché nel composito ordinamento del Regno Unito trova declinazioni particolarmente significative. Ma qui, non senza tenere bene a mente l'annotazione per cui «*la "giustizia costituzionale" è una delle più salienti caratteristiche dell'attuale "Stato costituzionale"*» (Ruggieri e Spadaro 2004, p. 23), il *domain* della giustizia costituzionale va ricostruito riepilogando, anziché

attraverso la rievocazione di principi astratti, in via pragmatica attraverso l'azione concreta di corpi giudiziari che ciascuno per suo conto, nell'assenza di una corte specificamente deputata, hanno sviluppato un complesso coerente di garanzie fondamentali alcune tra le quali sono recentemente confluite entro la sfera funzionale della *Supreme Court*.

Tali corpi sono – come si vedrà – le Corti di giustizia nella loro veste storica di esercenti il *judicial review* e, in epoche più recenti, di garanti delle libertà fondamentali (Jackson 2005): la giurisdizione che esercitano può considerarsi diffusa e si svolge attraverso una sofisticata attività di interpretazione. In via accentrata operano invece i *judicial committees* del Consiglio Privato della Corona e della Camera dei *Lords*, caratteristica comune della cui giurisdizione è il porre in essere, con *rationes decidendi* tra loro diverse ma non per questo non comunicanti, modalità giudiziali di risoluzione di conflitti che pure attingono a quel *judicial review* classico che, nato anticamente nel contesto del diritto inglese e trasmigrato nel lessico di altri sistemi politici di *common law* (tra i quali ha rilievo lo statunitense ove è nato il prototipo della Corte Suprema), una volta entrato a contatto con la fenomenologia e con le categorie logiche delle costituzioni rigide e cartolari ha subito una metagenesi dei fini e oggi è ampiamente utilizzato per definire, sebbene in modo improprio, il sindacato di costituzionalità delle leggi.

Il *judicial review* costituzionalmente declinato è in realtà una tecnica di superamento delle antinomie del sistema politico e istituzionale che di questi nodi conflittuali valuta, in luogo di un'improponibile costituzionalità formale, la "conven-

zionalità". Le coordinate concettuali di queste convenzionalità sono dettate dalla stessa pluralità delle fonti che, a seconda delle circostanze e dei punti di vista, sono tenute come *fundamental law* o come parte di essa: il legista medievale Henry de Bracton, teorizzatore della storica distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* (McIlwain 1990) e gli antichi *common lawyers* la individuavano nella *lex Angliae*, o *lex terrae* o *the law of the land* (Maitland 1948, p. 1 ss.); i parlamentaristi moderni la collocavano nel *Bill of Rights* del 1689 (dell'*Instrument of Government* cromwelliano, unico testo a presentare nella storia inglese i caratteri di una vera costituzione, non si tiene alcun conto in quanto sottoposto a una totale *damnatio memoriae*); i nazionalisti scozzesi nell'*Act of Union 1707*; i critici della sovranità parlamentare nell'*European Communities Act 1972* (MacCormick 2003); i costituzionalisti non-conformisti delle aree substatuali, nelle ultime legislazioni devolutive secondo i costituzionalisti non-conformisti delle aree substatuali; e infine diversi operatori del diritto, compreso alcuni giudici, nello *Human Rights Act 1998*. Tutto ciò dimostra quanto la ricerca dei parametri della costituzionalità britannica sia più che mai una questione di interpretazione.

La peculiarità britannica non è isolata. Per quanto ciò possa apparire strano, una somiglianza di fondo sussiste tra il concetto britannico di giustizia di costituzionalità e quello francese.

L'accostamento tra un sistema che è estremamente produttivo di carte costituzionali, molte tra le quali di breve vita, e uno che ne è privo poiché il suo ordine costituzionale scaturisce dall'integrazione tra fonti di diversa natura (Beatson 2006)

può sorprendere il comparatista di stretta osservanza uso a considerare, e di certo non senza fondamento, i due sistemi come collocati agli antipodi. Non si intende in questa sede affrontare l'intuizione, che pure non mancherebbe di proiettare la sua lunga ombra sulla questione delle concrete modalità di esercizio della giustizia costituzionale, per cui in Francia la frenetica produttività di testi fondamentali e nel Regno Unito il rifiuto di ogni costituzione scritta possono essere considerati in estrema sintesi, spingendosi al di là della storia e del diritto, come le due facce di una medesima essenziale condizione di flessibilità dell'ordine politico. Nondimeno occorre riflettere su un'interessante circostanza: nel Regno Unito, messa per un momento da parte la questione dell'inesistenza di una carta costituzionale che sia parametro della costituzionalità dell'ordinamento (il che sarebbe bastevole a escludere logicamente ogni sindacato sulla legittimità costituzionale delle leggi inteso come questione di conflitto tra fonti, che pure è un tema dicevano classico), non si può fare a meno di porre in risalto una singolare analogia fra i due sistemi di giurisdizione della costituzionalità.

L'analogia fa sì che entrambi i sistemi occupino una posizione a sé stante, o forse meglio si potrebbe dire che non occupano alcuna posizione, in quella condivisa catalogazione delle forme di giustizia costituzionale che distingue tra sindacati di modello statunitense e di modello europeo-continentale (Favoureau 1998), e consiste nel fatto che, se in Francia a nessun organo è consentito sindacare in via successiva e concreta la costituzionalità della legge che sia stata posta in essere per via parlamentare e che per questo è espressio-

ne della volontà generale della Nazione il cui fondamento concettuale e giuridico si rintraccia nell'art. 3 della Dichiarazione dei Diritti del 1789 (Rousseau 2006), nel Regno Unito il medesimo sindacato è da escludersi perché nessun contropotere può legittimamente sindacare le opzioni legislative della *statute law* scaturenti dalla volontà di un Parlamento in posizione di egemonia costituzionale non in quanto proiezione di un concetto di nazione rivelatosi, alla prova della storia e della sociologia, in gran parte fittizio (semmai, con John Locke e i parlamentaristi liberali, esponenziale della «*general reason of the whole*») bensì in quanto, secondo una persistente dogmatica di origine vittoriana (Bradley 2000; Goldsworthy 2001), titolare della sovranità. Ai giudici compete pertanto di dichiarare la legge nel sostanziale rispetto della sovranità parlamentare. In entrambi i casi, pertanto, se di un legittimo controllo di costituzionalità si può discorrere senza che si entri in contraddizione con il più profondo e radicato substrato costituzionale, esso deve essere di certo esercitato *ab intra*. In Francia lo è perché il *Conseil Constitutionnel* in un certo senso coopera con il Legislativo al perfezionamento della legge, e pertanto il suo sindacato di costituzionalità può essere chiamato in causa come il contributo, a seconda dei punti di vista, di un intruso o di un autorevole consulente dell'organo che distilla e infine esprime la *volonté générale* (la pronuncia del *Conseil*, ove eventualmente o obbligatoriamente attivata prima della promulgazione, è vincolante, ma interviene prima che la *volonté* sia perfetta).

È curioso tuttavia osservare come, nell'ottica del *common lawyer* di stretta osser-

vanza classica, sia invece il potere legislativo (e lo sarebbe, ove esistente, anche il potere costituente: vera e propria forza bruta della normazione che gli statisti anglo-britannici si sono ben guardati dall'attivare) a essere a sua volta considerato come un intruso nel campo della produzione del diritto, e anche di quelle norme "fondamentali" che si propongono come il distillato di esperienze e il consolidamento di sperimentazioni più che come applicazione di principi aprioristicamente iscritti nel sistema politico. A tratti la formulazione di tali regole di buona condotta costituzionale, molte tra le quali attinenti al funzionamento delle istituzioni e limitative dei loro abusi nei confronti delle libertà individuali, è stata spesso dovuta all'esercizio della *judicial freedom* delle Corti, come nel caso *Bowles v. The Bank of England* che nel 1913, a margine della grave crisi infra-parlamentare che aveva contrapposto i *Lords* alla Camera dei Comuni sulla formulazione del *budget*, fissava regole in materia di approvazione del bilancio nazionale; e in altri, fra le centinaia che si potrebbero richiamare alla memoria: *Stockdale v. Hansard* (1839), limitativo della creazione di nuovi privilegi parlamentari in tema di *iter legis*; *Ridge v. Baldwin* (1964), che ribadiva la garanzia processuale dell'*audi alteram partem*; *Entick v. Carrington* (1765), che proclamava l'illegalità delle incriminazioni collettive, e così via. Da questo complesso di sentenze, che si presenta straordinariamente ricco di spunti sulle molteplici funzioni della giustizia costituzionale in un quadro di costituzione flessibile, emerge chiaramente un ruolo delle Corti come *regulators* di diritto pubblico (Prosser 1997) che si esercita in un modo fortemente interlocutorio con il Legislativo e

con l'Esecutivo che oggi ne domina le espressioni politiche e istituzionali.

Alla luce di tali considerazioni sembra evidente che del tutto *sui generis* resta comunque la posizione del Regno Unito, paese privo di una corte costituzionale anche in seguito alla recente istituzione della *Supreme Court* la quale, nonostante ne riassume alcuni elementi tipici, al momento è tutt'altro che una corte costituzionale: figura istituzionale, questa, che appunto non trova riscontro nella *Supreme Court of the United Kingdom*, prima ancora che sotto il profilo dell'attribuzione funzionale (le manca, infatti, il sindacato sulla costituzionalità delle leggi: ma fin qui s'è tentato di dimostrare che questa funzione non è essenziale per l'esercizio della giurisdizione costituzionale), sotto il riguardo della possibilità, che si concretizzerebbe aggiungendo una propria *judge-made law* a quella che per lunga esperienza è creata dalle Corti di giustizia e dalle branche giudicanti del *Privy Council* e della Camera alta, di creare un *corpus* giurisprudenziale autonomo, ma soprattutto della volontà politica di non creare un nuovo fronte di conflittualità con le magistrature del paese spingendo troppo oltre il raggio d'azione di un riformismo che sta già producendo un forte impatto sul sistema costituzionale.

Lo sviluppo di forme ed esperienze di giustizia costituzionale ha avuto luogo nel Regno Unito obbedendo, più che a dottrine teoricamente formulate, al senso pragmatico che tradizionalmente informa di sé l'intera evoluzione dell'ordine costituzionale. In particolare, se da tale substrato esperienziale si intendesse estrarre dei principi informativi, ebbene questi non si discosterebbero da quegli stessi principi che hanno sovrinteso allo sviluppo delle

istituzioni rappresentative, delle amministrazioni, dei governi territoriali e così via dicendo: tali i principi o meglio si direbbe gli approcci del *problem solving* e dell'*ad-hoc administration*, ovvero del procedere per singole soluzioni a singole questioni sfruttando gli interstizi di un sistema a formazione gradualistica e senza una costituzione scritta, anche se a qualche commentatore il sovrapporsi di numerose riforme a carattere fondamentale ha dato motivo di credere che l'appuntamento con la scrittura non sia troppo distante nel tempo (Brazier 2001).

Ciò rende concettualmente inesistente anche la distinzione tra leggi di produzione ordinaria e norme costituzionali poiché, privo di un singolo documento che si possa definire «la Costituzione», l'ordinamento britannico si forma come un eterogeneo complesso giuridico nel quale di certo non mancano le fonti scritte (siano esse antichi documenti di diversa origine quali la *Magna Carta* del 1215, il *Bill of Rights* rivoluzionario del 1688, gli Atti parlamentari rientranti nella sconfinata categoria della *statute law* e via via fino alle recenti leggi sulla *devolution*, allo *Human Rights Act 1998* e al *Constitutional Reform Act 2005*), ma che attribuisce forza e valore normativi, spesso superiori a quelli della legge formale, a principi ordinatori del sistema quali la sovranità del Parlamento e la *rule of law*, e al vasto complesso delle convenzioni e degli usi.

Mentre la sovranità del Parlamento dà la struttura intrinseca all'assetto delle istituzioni, ossia al potere organizzato in corpi politici, la *rule of law* (nozione che con buona approssimazione si può tradurre con l'espressione "dominio" o "imperio della legge") regola nelle Isole britanniche la

questione delle libertà, ovvero delle autonomie delle persone e delle formazioni sociali, e del bilanciamento tra queste e l'azione delle istituzioni politiche: si realizza in tal la quadratura del cerchio del costituzionalismo storico (Matteucci 1997, p. 127 ss.), e in particolare per quanto concerne la *rule of law* (della quale una recente dottrina giunge a ipotizzare una prospettiva evolutiva considerandola un presupposto dell'instaurazione di una nuova forma di giustizia costituzionale (Jowell 2000), va rilevato come la dottrina costituzionalistica liberal-vittoriana non abbia esitato ad attribuirle la natura di alveo giuridico di una giustizia britannica della costituzionalità affidata, anziché a una singola corte costituzionale, al sindacato diffuso delle Corti (Allan 1993; 2001).

La tradizionale tendenza a non affidare la costruzione del sistema politico a un'unica stesura costituzionale molto deve anche al sospetto che da secoli circonda, nel pensiero inglese, le tesi del *constitutional legalism* ovvero di quella corrente positivista del costituzionalismo classico che affidava la costruzione dell'ordinamento nazionale alla scrittura, e alla scrittura costituzionale resa efficace non solamente per virtù e forza propria ma anche attraverso l'*enforcement* delle Corti: tesi, quella del "legalismo costituzionale", che in Inghilterra fu interpretata come un'enfaticizzazione dell'autorità delle magistrature superiori e della loro *judge-made law* (in ciò ravvisandosi un anello di congiunzione con le evoluzioni statunitensi che culminano nell'attività della Corte Suprema (Jaffé 1969), ma tendenzialmente deresponsabilizzante per quanto riguardava l'azione delle istituzioni di *government* e la loro fisionomia di compartecipi dell'os-

servanza della Costituzione "non scritta", nonché foriera di conflitti tra i due ordini di potere, il Giudiziario e il Legislativo (Lord Scarman 1967). E qualcosa in più può essere detto in proposito: lungi dall'atteggiarsi come semplici notai o acritici custodi dell'ordine costituzionale le Corti (ma in realtà i giudici, sistematicamente molto autorevoli e influenti, che ne fanno parte: prova, questa, dell'estrema personalizzazione della giustizia di *common law*) hanno sempre osservato in modo rigoroso la loro separazione dalle branche governanti del sistema, ma nel contempo hanno sviluppato un ruolo di considerevole politicità (Griffith 1967, e 1993; Lord Devlin 1978; Stevens 2002; Torre 2004), dando forza all'ordinamento con le proprie sentenze interpretative della legislazione parlamentare, assicurando l'effettivo dispiegarsi della *rule of law*, e con ciò «*themselves acting from time to time as architects of the Constitution*» (Oliver 2003, p. 330).

In ciò il senso profondo della "giustizia della costituzionalità" che si intende esercitata dalle Corti, ovvero nell'operare come garanti dell'assetto costituzionale, della sua conservazione e delle inevitabili trasformazioni, in un ruolo che condividono con il Legislativo e con le istituzioni del governo attivo (ma a volte non senza significativi punti di attrito), nonché, ove si aderisca al punto di vista del moderno pluralismo, con le più attive componenti della società civile (Torre, *Le ipostasi costituzionali*, 2003) e con i valori dell'ordinamento democratico (Pfersmann e Cerrina Feroni 2005).

Ma nonostante la culturale preclusione nei confronti di ogni sintesi costituzionale che prendesse la forma di un documento unico, l'esigenza di identificare i carat-

teri di una *fundamental law* che operasse come parametro per l'azione del sovrano e come nucleo della *ratio decidendi* delle Corti non è assente nella riflessione giuridica anglo-britannica. Negli anni della grande transizione dall'assolutismo strisciante dell'avvicendamento Tudor-Stuart alla stagione dell'affermazione del moderno potere parlamentare, essa aveva dato impulso a una delle correnti più significative del costituzionalismo inglese alla quale prestarono il loro apporto autorevoli legisti parlamentari tra cui si distinse Edward Coke, supremo giudice dapprima nella *Court of Common Pleas* e quindi nel *King's Bench* che nel *Bonham's Case* deciso nel 1610, gettava lo sguardo verso l'orizzonte di un *corpus* normativo "supremo" che valesse a frenare l'arbitrio della Corona e che pertanto fornisse alle Corti di giustizia un complesso di norme-parametro in base alle quali fosse possibile esercitare un sindacato sull'operato del *gubernaculum* e che, secondo l'espressione del baconiano *De fontibus iuris*, identificasse le *leges legum* idonee a formare un corpo di norme «*ex quibus informatio peti possit, quid in singulis legibus bene aut perperam positum aut constitutum sit*». In questo originario substrato giuridico non si può evitare di udire l'eco inglese del *nomos basileus* platonico.

Tuttavia ai principi enunciati dalla *Court of Common Pleas* (uno dei tribunali regi operanti fin dall'età medievale, e pertanto tutt'altro che una corte attestata su un livello che lontanamente si potesse considerare "costituzionale": essa infatti si occupava di controversie "ordinarie" o, appunto, "comuni", di profilo minore) mancavano ancora due elementi che si considerano fondamentali affinché già nell'Inghilterra pre-rivoluzionaria si potesse a ragione

discorrere di un *judicial review* di profilo costituzionale: un Legislativo che operasse come autore incontrastato delle leggi del paese e – appunto – una *fundamental law* dai contorni giuridicamente definiti (il primo si è storicamente realizzato con la rivoluzione del 1688-89; la seconda ha tuttora contorni indefiniti, i quali restano ancora «*matters of convenience*» (Hood Phillips 2001, p. 22).

In seguito, i numerosi tentativi di identificare la *Grundnorm* britannica, operante come parametro di costituzionalità, avrebbero impegnato numerosi protagonisti della vita pubblica, dal parlamentarista Edmund Burke che sosteneva la coincidenza tra tradizionalità-ereditarietà costituzionale e fundamentalità delle norme politiche, ai positivisti Jeremy Bentham e John Austin fautori della codificazione anche in campo giuspubblicistico, fino ai giudici scozzesi della *Court of Session* presieduta nel 1953 da Lord Cooper il quale, con la sentenza *MacCormick v. Lord Advocate*, intendeva rintracciare la *Grundnorm* in alcune clausole garantistiche dell'*Act of Union* del 1707 e in tal modo giungeva a negare la consistenza costituzionale della sovranità parlamentare. Oggi questa ricerca è propria degli europeisti che nella Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo e nello *Human Rights Act 1998* collocano i nuovi e fondamentali vincoli per la legislazione britannica (non casualmente, la vigilanza su tale nuova dimensione della coerenza "costituzionale" è affidata alle Corti di giustizia (Patrono 2005) che derivano dall'integrazione comunitaria.

Questa "legge fondamentale" era nondimeno giudicata esistente e individuabile nel contesto della *common law*. Il secondo carattere del *Format* costituzionale

anglo-britannico risiede pertanto in un evidente dato fattuale: l'Inghilterra può vantare fin dall'età medievale il primo apparato di Corti di giustizia, e si direbbe anche il più organico rispetto alle esigenze della statualità, che mai uno Stato nazionale abbia realizzato in Europa (Van Caenegem 1987). Tale sistema giudiziario, i cui principi informatori e la cui organizzazione di base erano stabiliti in forme coerenti già nel tardo XII secolo, si sarebbe in seguito esteso ad altre parti (Galles e Irlanda) del Regno Unito senza tuttavia fagocitare le difformità giuridiche scozzesi, in tal modo determinando un sistema di coesistenza di ordinamenti in cui la *common law* di matrice inglese convive con la semicodificata *Scots law* (sistema i cui operatori giuridici sono spesso critici a riguardo dei tradizionali dogmatismi del diritto costituzionale di matrice inglese) senza che ciò sia considerato una minaccia per la certezza del diritto nazionale.

Nessuno dei due sistemi giuridici che convivono in Gran Bretagna ha mai dato vita a corti costituzionali, riservando ai giudici del Re e, in particolare, alle rispettive Corti di rango superiore il compito di tutelare le libertà individuali (per esempio attraverso l'emissione di *writs of habeas corpus*) o di regolare in tempi difficili i rapporti tra le istituzioni del potere politico (si pensi al *Case of Proclamations* del 1611, con cui i supremi giudici inglesi regolavano l'uso della prerogativa regia), tra queste e la società civile (per esempio, con il caso *Anisminic v. Foreign Compensation Commission* (n°2) del 1969 con cui si realizzava l'intervento delle Corti nel campo del diritto amministrativo) o tra l'ordinamento nazionale e l'Unione Europea (così nel 1991 con la memorabile sentenza che ha deciso il

caso sinteticamente noto come *Factortame*), o perfino di inventare nuovi parametri di sindacato sull'operato politico dell'Esecutivo (come nel caso della dottrina della *bipolar sovereignty*, che ha affermato la legittimità del potere della *Crown-in-the-Courts* di esercitare una valutazione giurisdizionale degli atti posti in essere dal Governo sotto il duplice riguardo della discrezionalità e della legittimità dell'azione amministrativa).

Si è realizzata in tal modo, senza che ciò abbia prodotto una corte costituzionale né ne abbia suscitato in misura apprezzabile la necessità, una singolare esperienza di giurisdizione diffusa che a tutt'oggi ben si adatta alla costituzione pluralistica, o stratificata, del Regno Unito (Bamforth 2003).

Ma in realtà, all'approssimarsi della modernità, il semplice richiamo alla *common law*, o ad altre dimensioni della legalità fondamentale (quali la *law of the land* o la *lex Angliae* tanto remote e indefinite da diventare metagiuridiche) si sarebbe rivelato inadeguato a dare risposta alla sempre più pressante necessità di una *Grundnorm*. Entra pertanto in gioco il terzo carattere del *Format* costituzionale anglo-britannico, che si delinea in base a un altro dato di fatto (anche in tal caso sono singolarmente assenti le solenni e speculative enunciazioni di principio): lo sviluppo, in Inghilterra, di un sistema relativamente coerente di diritti fondamentali.

Le vicende delle libertà inglesi è nota in quanto generalmente considerata un paradigma della storia delle libertà universali dalla prima formulazione del 1215 con la *Magna Carta Libertatum*, e via via attraverso ulteriori fasi di consolidamento giunte fino al secolo delle rivoluzioni parlamentari e al *Bill of Rights 1689*. Sulla costante dia-

lettica tra istanze di libertà e necessità del potere organizzato si innestava il pensiero del costituzionalismo anglo-britannico antico e moderno, sempre proteso nella ricerca degli elementi di una *fundamental law* che regolasse, dando loro un equilibrio stabile, le relazioni fra due grandezze tra loro concettualmente inconciliabili: le autonomie sociali e le coercizioni politiche.

La più recente manifestazione di tale dibattito si è posta sotto l'egida dell'integrazione del Regno Unito nel contesto dell'Europa comunitaria: nel 1998, lo *Human Rights Act* ha incorporato nell'ordinamento domestico la Convenzione europea sui diritti dell'uomo, realizzando una più diretta saldatura fra i diritti storici degli Inglesi emersi dagli eventi delle rivoluzioni seicentesche (ma anche la Scozia, pressappoco nello stesso clima politico della «gloriosa rivoluzione», si dava un *Claim of Right* che risulta tuttora vigente) e i diritti solidalmente elaborati nell'Unione europea (Ferrari 1999). La pregnante innovazione legislativa del 1998 ha prodotto e non cessa tuttora di produrre molte e articolate opportunità volte all'affermazione di un nuovo costituzionalismo e, quel che più interessa il discorso che qui si sta svolgendo, di inedite forme di sindacato giurisdizionale d'indole "costituzionale" affidato, come di consueto, alle Corti di giustizia: come infatti si è accennato, uno straordinario impulso al sindacato giurisdizionale è stato impresso dalla *incorporation* dei diritti europei nell'ordinamento domestico del Regno Unito, circostanza che ha affidato ai giudici l'esercizio di quella che si definirebbe una forma *soft* di *judicial review*, consistente in un sindacato sulla conformità della legislazione parlamenta-

re rispetto allo statuto dei diritti contemplati nella Convenzione, che tuttavia non si risolve nella disapplicazione della norma o nel suo annullamento (eventualità del tutto incompatibili sia con la sovranità del Parlamento sia con il principio di soggezione del giudice alla legge) bensì in un atti di impulso nei confronti del Legislativo e, in definitiva, in un incremento dell'influenza del Giudiziario sul circuito dei poteri attivi di govern (Edwards 2002).

Se si considera quanto fin qui detto a proposito dell'operato delle Corti, si può dire che nel Regno Unito sia praticata una forma di giustizia metacostituzionale che opera *ab intra* rispetto al sistema di diritto pubblico. Infatti le Corti di giustizia formate da giudici professionali la cui ermeneutica dichiarativa del diritto, almeno fino alla seconda metà del Novecento, è risultata impareggiabilmente più sofisticata ed efficace della tecnica redazionale del *drafting* legislativo; esse interpretano le norme della *statute law* e, pur mai disapplicandole, ne condizionano l'applicazione concreta, il che talvolta può produrre effetti giuridici più penetranti, influenti e duraturi di un "semplice" annullamento o disapplicazione (infatti l'ablazione della norma produce un effetto immediatamente diminutivo sull'ordinamento mentre la sua interpretazione giudiziale, tecnica in cui i giudici di *common law* eccellono, può creare nuovi elementi della cultura giuridica, amministrativa e istituzionale, e contribuire decisamente al loro consolidamento ordinamentale: in tal modo si spiega la nota espressione *judge-made law*; su cui cfr. Cappelletti 1984).

Sul versante anglo-britannico, pertanto, il *judicial review of legislation* opera alla stregua di una giustizia costituzionale dif-

fusa. Esso si orienta metodologicamente, per quanto riguarda la *ratio decidendi*, secondo i canoni della *common law* (e, al di là del Vallo di Adriano, della *Scots law*) e lungo le medesime linee di flessibilità dell'ordine costituzionale che i giudici tutelano di volta in volta arginando gli abusi del potere o, laddove le circostanze lo richiedano e lo permettano nei grandi momenti di svolta storica (per esempio, nelle rivoluzioni seicentesche), contribuendo con la propria autorità a modificare tale ordine.

Spostandosi su altre dimensioni, anche nel Regno Unito la doppia questione dei conflitti interorganici e dei conflitti territoriali, che occupano una parte non secondaria nel catalogo funzionale delle corti supreme e costituzionali, non ha mancato di porsi in termini concreti e pertanto di richiedere peculiari interventi della giurisdizione. Mentre i conflitti, manifestatisi nella loro forma più virulenta in diverse fasi evolutive del sistema costituzionale, hanno consacrato il protagonismo delle Corti di giustizia che hanno assunto funzioni dirimenti nei momenti di maggior disagio costituzionale della storia inglese, per quanto concerne la seconda tipologia conflittuale che si innesta sulle questioni territoriali il sindacato giurisdizionale è stato attribuito a uno specifico corpo giurisdizionale: tale il *Judicial Committee of the Privy Council*.

Oggi del *Privy Council*, organo di derivazione medievale a composizione miscelanea che nella prima metà del Seicento Sir Edward Coke aveva definito una «*most noble, honourable, and reverend assembly of the King and his privy counsell in the King's court or palace*» ponendone in piena evidenza la natura di collegio operante all'esclusivo servizio della Corona («*with this*

counsell the King himself doth sit at pleasure»), fanno parte di diritto diverse categorie di *Councillors* tutti nominati con patente regia e designati in varie forme. In virtù di convenzioni, vi siedono tutti i *cabinet ministers* in carica e il *Leader* dell'Opposizione di Sua Maestà; *ex officio*, alcuni arcivescovi della Chiesa d'Inghilterra ed esponenti delle alte magistrature; per consuetudine, infine, ne fanno parte eminenti statisti di paesi aderenti al *Commonwealth*, lo *Speaker* della Camera dei Comuni, gli ambasciatori britannici all'estero.

Un tempo operante come consulente del sovrano per l'amministrazione degli affari di Stato e per l'erogazione di quella porzione di alta giustizia che rientrava nella prerogativa regia, il *Privy Council* ha perso la massima parte delle funzioni amministrative per via dell'eclisse del potere personale di governo del Re determinata dall'evoluzione della forma monarchica da costituzionale pura a parlamentare e, in seguito, "a Primo ministro", ma ha conservato alcune funzioni costituzionali residue attraverso le quali si esplica quella sezione della *royal prerogative* che è formalmente svincolata dagli indirizzi dell'Esecutivo. Per esercitare tali funzioni il Consiglio si riunisce di solito a Buckingham Palace, alla presenza reale. In realtà vi è visibile l'influenza degli orientamenti politici del Gabinetto: è, per esempio, attraverso la decretazione degli *Orders in Council* (atti regi emanati con l'*advice* del Consiglio) che la Corona scioglie e convoca il Parlamento o ne proroga il mandato, compie atti di politica internazionale quali la proclamazione della guerra e la dichiarazione della pace, istituisce nuovi dicasteri governativi o ne modifica l'assetto, regola lo stato giuridico del *civil service*, o pubbli-

co impiego. Ma la funzione del *Privy Council* che qui interessa è la giudiziaria, che la degna istituzione non disimpegna (come al tempo in cui giudicava i crimini di Stato e tutte quelle controversie che manifestamente non avevano trovato adeguati rimedi presso le Corti di giustizia del regno) nella sua globalità bensì per mezzo della sua sezione specializzata che opera quale Commissione giudiziaria.

L'odierno *Judicial Committee of the Privy Council*, collegio istituito con il *Judicial Committee Act 1833*, è pertanto una specificazione del Consiglio Privato. La sua composizione è regolata dall'atto costitutivo del 1833 e da altri adottati nel secondo Novecento, e include il *Lord Chancellor* (ovvero il tradizionale esponente di vertice della giustizia del Regno Unito, che riassume in sé i poteri giudiziario quale membro di alti collegi giudicanti, esecutivo in qualità di autorevole membro del Gabinetto con funzioni di ministro della giustizia, e parlamentare in quanto presidente della Camera dei Pari) e gli *ex* detentori di tale carica; i *Lords of Appeal in Ordinary* (ovvero i giudici che fanno parte della Camera dei Pari e ai quali compete la carica baronale vitalizia, i quali formano la branca detta *Appellate Committee*); il *Lord President of the Council* (che, non necessariamente un giudice togato, presiede l'intero *Privy Council*); i *Lords Justices of Appeal* (sedenti nella *Court of Appeal*, alto organo giudiziario che con altre Corti della giurisdizione civile forma la *Supreme Court of Judicature*), e diversi giudici superiori provenienti dai paesi del *Commonwealth* per il quali il *Judicial Committee* opera ancora come corte d'appello. Diretta è pertanto la connessione tra il *Privy Council* e l'organizzazione giudiziaria di *common law* (Jackson 1977).

Organo pletorico (ma per la validità delle sue decisioni si prevede saggiamente un limitato *quorum* di tre: se ne evita in tal modo la paralisi), il *Judicial Committee of the Privy Council* era istituito supremo tribunale d'appello con il *Judicial Committee Act 1844* in forza del quale, mediante l'emanazione di propri *Orders in Council*, la Corona era legittimata dal Parlamento ad avocare a sé qualsiasi appello proveniente da Corti di qualsiasi paese che fosse, a titolo di colonia o di possesso, sotto l'autorità del Regno Unito (Howell 1979). Sulla base di questa originaria previsione il ruolo del *Judicial Committee* quale supremo arbitro di controversie sorte all'esterno della Gran Bretagna lo proponeva come garante dell'unità applicativa della *common law* nei vasti possedimenti del Regno Unito sparsi in tutto il mondo: ciò rivestì una considerevole importanza nella stagione dell'imperialismo, non senza un'ulteriore razionalizzazione con lo *Statute of Westminster 1931* che gettava le fondamenta di quello che, di lì a poco, si sarebbe configurato come il *Commonwealth* britannico (Beth 1975). Nell'ambito di questo sodalizio internazionale il giudizio d'appello del *Privy Council* sussiste tuttora anche se considerevolmente ridimensionato per via dalla raggiunta autosufficienza dei paesi del *Commonwealth* le cui Corti erano solite ricorrere in appello al collegio britannico (alcuni appelli trasmessi da corti neozelandesi, canadesi e australiane hanno storicamente formato materia dell'alta giurisdizione del Consiglio Privato, e così dicasi ordinariamente per gli altri possedimenti del Regno Unito e per le Isole della Manica e di Man, territori insulari – questi ultimi – che in forza di antiche consuetudini sono a vario titolo subordinati alla Corona e non al

Parlamento "sovrano" di Westminster).

Tuttavia l'operato della giurisdizione d'appello del *Privy Council* non avrebbe mai acquisito la statura di giustizia della costituzionalità, o ciò sarebbe avvenuto in via mediata e poco più che occasionale, se il coinvolgimento giudiziario in questioni più immediatamente attinenti alla territorialità non fosse divenuto una realtà esplicita verso la fine dell'Ottocento in relazione alla turbolenta questione irlandese sulla quale, nella totale assenza di un organo preposto, il *Judicial Committee* si trovò nella condizione più favorevole all'estensione, in via di prassi e con procedimento analogico, della sua giurisdizione. Si trattava stavolta non di conoscere in via d'appello casi non giudicabili in via ordinaria dalle Corti di giustizia (procedimento attivabile partendo da qualsiasi corte di *common law*, ivi incluso il sub-sistema irlandese) né di attivare appelli speciali di carattere imperiale (in forza dell'*Act of Union 1800*, infatti l'Irlanda era parte integrante del Regno Unito, e non una colonia, un possesso o un *dominion*), bensì di affrontare questioni di straordinario impegno istituzionale concernenti le rivendicazioni separatiste di *home rule*, le richieste di autonomizzazione parlamentare e amministrativa, le radicali revisioni dei tradizionali rapporti istituzionali: ovvero controversie, come è evidente, non meramente giuridiche e pertanto non risolvibili con gli strumenti della *common law* "tecnica".

Il *Judicial Committee of the Privy Council* acquisiva per l'occasione, almeno sulla carta, la facoltà di dare soluzione a controversie connesse alle rivendicazioni territoriali, e su tale base un promettente sconfinamento sul versante della costituzionalità è stato da ultimo registrato da parte della giu-

risdizione del *Privy Council* in relazione al nuovo quadro della *devolution*, ovvero della vasta ondata riformatrice che ha modificato il quadro dei poteri territoriali nelle aree substatuali della Scozia, del Galles e dell'Irlanda del Nord (Burrows, *Devolution*, 2000; Torre, «*On devolution*», 2000; Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, 2001). Il *revival* di tale forma di giurisdizione, che proviene da un coinvolgimento del *Judicial Committee of the Privy Council* nei conflitti generati tra istituzioni operanti in parti diverse del Regno Unito – per cui nella realtà dei fatti la Commissione era «*in effect become the Constitutional Court for Scotland and Northern Ireland*» (Hood Phillips 2001, p. 1999) – è stato legato prevalentemente alla Scozia, unica area di *devolution* nella quale, stante l'attuale inerzia delle istituzioni nordirlandesi, la creazione di un Legislativo decentrato è suscettibile di sollevare una serie questioni di *conflicts of laws* e, pertanto, di costituzionalità delle fonti (Boyd 1997).

La giurisdizione devolutiva del *Privy Council* è stata instaurata tra il 1998 e il 2000 per effetto dell'entrata in vigore dello *Scotland Act*, il *Wales Act* e il *Northern Ireland Act*, distinguendosi peraltro in tre filoni: il primo consiste in una funzione di giurisdizione informale, o astratta, che i giuristi del collegio esercitano, prima della loro promulgazione sulle leggi adottate da assemblee devolute, segnalando le eventuali incoerenze con la legislazione di Westminster (emerge in questo caso una analogia con l'azione preventiva del *Conseil Constitutionnel* francese); il secondo forma una classica funzione di *adjudication* su questioni attinenti a rapporti tra istituzioni di *devolution*, o tra queste e le istituzioni nazionali (questo sindacato rientra *lato*

sensu nella tipologia dei conflitti di attribuzione); la terza funzione si riallaccia alle attribuzioni classiche del *Privy Council* in quanto giudice d'appello provenienti da Corti dei sistemi substatali operanti nelle aree di *devolution* (è evidente che l'ipotesi è molto concreta segnatamente in relazione al sistema giudiziario di *Scots law* e al sub-sistema di *common law* che è operante nelle Corti dell'Ulster).

Fatta salva la funzione di giudice d'appello, che rientra fra le tradizionali attribuzioni potestative del *Judicial Committee* del Consiglio Privato, le funzioni di *advice* preventivo e di giudizio su questioni sorgenti nell'alveo della *devolution* attiva si rivelano profondamente permeate di costituzionalità, poiché se l'osservazione si spinge al di là delle questioni tecniche che sono delineate dai conflitti di cui s'è detto (per le quali il *commitment* del Consiglio Privato non differisce da quello delle corti costituzionali, il che si può dire lo abbia reso, almeno finché le sue funzioni non sono state trasferite alla nuova *Supreme Court*, una corte costituzionale *honoris causa* operante a mezzo servizio), la fondamentale questione costituzionale sulla quale il *Judicial Committee* è stato posto a vigilare resta quella della salvaguardia della sovranità parlamentare e del *judicial review* che le è inerente (O'Neill 2001; Groppi 2005), pressapoco la medesima su cui vegliano le Corti con il loro *judicial review of legislation* e con la ricognizione delle norme domestiche che si svolge alla luce della Convenzione europea.

Si può constatare *pour cause* che l'affidamento della questione ad un altro organo della giustizia metacostituzionale operante nel Regno Unito, la Camera dei *Lords*, anch'essa nella sua commissione giudizia-

ria alla quale peraltro non è negata del tutto la possibilità di giudicare le *devolution issues* che le siano presentate in via definitiva, sarebbe stato altamente inopportuno non solo per via del considerevole scarto tecnico esistente fra i *Law Lords* sedenti nella Camera alta e i giuristi del *Privy Council*, ma anche per la situazione di dubbia costituzionalità in cui, alla luce dello *Human Rights Act 1998* e delle garanzie europee introdotto nell'ordinamento nazionale, si sarebbe trovato il *Lord Chancellor*, membro di diritto della commissione giudicante della Camera alta (e come tale tenuto alla più rigorosa imparzialità di fronte a controversie sorgenti dalle aree di *devolution*) e nel contempo componente dell'Esecutivo e del Parlamento legiferante di Westminster (e pertanto in pieno conflitto di interessi rispetto a un qualsiasi Esecutivo o Legislativo devoluto dalla cui azione amministrativa o soprattutto legislativa sarebbe scaturito uno dei molti, possibili *devolution clashes*).

In diverse occasioni è stata presa in esame l'ipotesi della fusione tra il *Judicial Committee of the Privy Council* e l'analogo collegio operante nella Camera dei *Lords*, altro imponente corpo di alta giurisdizione la cui funzione di suprema corte di appello, risalente anch'essa al periodo medievale come espressione del potere del *King in His Council in Parliament*, è stata modernamente istituita con l'*Appellate Jurisdiction Act 1876* (ultimo di una sequenza di importanti interventi legislativi che nella media età vittoriana razionalizzarono l'intera organizzazione delle magistrature nelle Isole britanniche (Stevens 1964; Bloom-Cooper e Drewry 1972). Prima della riforma non esisteva un particolare ruolo interno alla Camera alta che fosse occupato da

giuristi, sicché la giurisdizione dei *Lords* era considerata la meno qualificata del regno a tutto vantaggio di quella erogata dal *Privy Council*; ma per effetto della legge del 1876 la formazione del *Judicial Committee* con i *Lords of Appeal in Ordinary*, alti magistrati professionali ai quali si aggiungono di diritto il *Lord Chancellor* (con funzione di presidente) e con quei Pari che occupino cariche di rilievo («*high judicial offices*») nell'ordinamento giudiziario, ha attribuito grande autorevolezza al collegio.

Mentre al *Privy Council* competeva non solo la giurisdizione d'appello da qualsiasi parte del regno e dai possedimenti della Corona, ma anche la giurisdizione "territoriale" scaturita dalla questione irlandese e in seguito dalla *devolution of power* e altre giurisdizioni speciali (ammiragliato, cause ecclesiastiche, casi sollevati nel quadro di determinati ordini professionali), la funzione giurisdizionale della Camera alta nella sua Commissione giudiziaria si è proposta come generalistica, nella sua qualità di vertice del sistema giudiziario di *common law*. In altri termini, il *Judicial Committee of the House of Lords* si è pienamente qualificato come la suprema istanza giurisdizionale del Regno Unito, verso la quale dall'intera area di *common law* ovvero da Inghilterra, Galles e Irlanda, ma in seguito anche dal sistema di *Scots law*, confluivano in origine le cause civili (ma anche le cause penali dall'Irlanda) e quindi anche gli appelli in materia penale a norma del *Criminal Appeal Act 1907*. La particolarità del suo ruolo pertanto deriva non già dalla specialità delle attribuzioni giurisdizionali bensì dalla particolare esposizione che la giurisprudenza della Camera dei *Lords* ha sviluppato, quale giudice di massimo appello, in materie di impianto fondamen-

tale quali la salvaguardia delle libertà e, da oltre un ventennio a questa parte, la regolazione dei rapporti tra diritto domestico e diritto dell'Europa comunitaria.

Sotto il profilo della vigilanza sui diritti fondamentali (compito di giurisdizione nobile che, con l'adozione dello *Human Rights Act 1998*, è vieppiù entrato in un fruttuoso corto circuito con il ruolo "europeo" del *Judicial Committee of the House of Lords*) le attività della Camera dei Pari e del Consiglio Privato non mancano di punti di intersezione. Ma va sottolineato che, se l'impegno giurisdizionale del *Privy Council* può giungere a ricomprendere nella propria sfera decisionale anche istanze che siano attinenti all'esercizio delle libertà fondamentali nel Regno Unito o in quei paesi dai quali è previsto provenga l'istanza di appello del giudizio, la qualifica di giudice supremo d'appello che è attribuita in via ordinaria al *Judicial Committee* della Camera dei Pari (collegio formato in prevalenza da giudici professionali e non costituito in base a un substrato di norme consuetudinarie) ha fatto sì che da parte dei *Law Lords* potessero essere trattate, con efficacia costituzionalmente probante, alcune delicate questioni per lo più attinenti all'esercizio di libertà individuali (le cronache citano spesso come particolarmente emblematico il caso del 1999 *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, in tema di libertà d'espressione) e a forme di giustizia implicanti valutazioni sconfinanti in questioni di libertà personale e di diritto internazionale (memorabile, negli ultimi tempi, il caso *Pinochet* del 2000).

Va inoltre evidenziato che ogni decisione di questo *Judicial Committee*, la cui produttività giudiziaria ultimamente aveva tratto un forte impulso dall'assistenza for-

nita dal rinforzato *Lord Chancellor's Department*, forma l'oggetto di un dettagliato rapporto ufficiale che è presentato al *plenum* della Camera dei Pari e da questa adottato come atto proprio: con ciò si enfatizza il dato che la sentenza d'appello è emanata dal Parlamento nella sua alta funzione giudiziaria. Lo stesso dicasi per le opinioni giuridiche che, in ossequio ai canoni "costituzionali" della *common law*, i *Law Lords* possono esplicitare in relazione a singole questioni loro sottoposte. Le espressioni di questo autorevole *advice* giurisdizionale, che in coerenza con i canoni del diritto inglese pongono in evidenza il protagonismo individuale dei giudici, formano oggetto di una vasta letteratura, ma non sono considerate vincolanti *erga omnes* a meno di non essere ratificate dai Pari in seduta plenaria.

In quanto fin qui esposto si ravvisa un ulteriore elemento di valutazione del variegato modo in cui si articola la giurisdizione della costituzionalità nel Regno Unito: lungi dal configurare un potere "altro" rispetto alle Corti di giustizia e rispetto alle istituzioni politiche, i *Judicial Commitees* del Consiglio Privato e della Camera dei Pari operano all'interno delle istituzioni stesse e integrano la loro azione con quella delle Corti delle quali sono istanze di appello non, pertanto, sostitutive. Per quanto riguarda l'aspetto giurisdizionale, la giustizia di rango costituzionale (o meglio si direbbe su questioni di diritto costituzionale) non forma una dimensione giuridica autonoma ma scaturisce dall'ordinario dibattito giudiziario e, pertanto, dal capace e sostanzialmente protettivo alveo della *rule of law* che fornisce elementi di giudizio tanto alle Corti ordinarie quanto ai *Judicial Commitees*. Per quel che concer-

ne l'aspetto istituzionale, sebbene di questi ultimi sia stato esplicitamente ipotizzato, non di diritto per formale attribuzione ma di fatto per le esperienze giudiziarie maturate "sul campo", un comune ruolo di «*Constitutional Courts*» annidate in un sistema a costituzione non scritta (Maxwell 1999), entrambi sono parte integrante del circuito politico-istituzionale, ma con una sostanziale differenza che concerne la diversa natura della giustizia metacostituzionale da essi erogata: il *Privy Council* è incardinato nella prerogativa regia e promana dalla Corona; la Camera dei *Lords* è un istituto parlamentare e si esprime come la proiezione giudiziaria di un ramo del Legislativo, sicché ben si potrebbe discorrere, al di là di quanto s'è detto a proposito del *judicial review* che è esercitato dalle Corti di giustizia, di una duplice identità della giurisdizione costituzionale esercitata dai *Judicial Commitees*, la quale promana da corpi politici il cui comune intento è, una volta consegnate alla storia le antiche controversie sull'attribuzione della sovranità, preservare la pace del regno, ossia – come osservava un autorevole osservatore statunitense – operare «*for the sake of peace and the common welfare*» (Warren 1924, p.35).

Le due commissioni giudiziarie, in sintesi, fondono le dimensioni bractoniane della *iurisdictio* e del *gubernaculum*, il che dà forma e sostanza alla "costituzionalità" della giustizia che da esse è separatamente amministrata. D'altronde non è solamente tradizionalismo, ma soprattutto per via dell'autorevolezza tutta politica sviluppata dai giudici sedenti nella Camera dei *Lords* in tema di diritti fondamentali (Stevens 1979) e, di converso, della separata esperienza che il *Privy Council* ha sviluppato in

tema di rapporti territoriali (Oliver 1999), che nonostante il comune impegno su questioni che si possono agevolmente definire di diritto costituzionale e le critiche che da parte della dottrina sono state occasionalmente rivolte nei confronti della presunta ridondanza delle forme di giustizia suprema operanti nel Regno Unito, le proposte di unificazione fra i *Judicial Committees* del Consiglio Privato e della Camera alta non hanno avuto corso, almeno fino a che l'intervento razionalizzatore del *Constitutional Reform Act 2005* non ha affrontato la questione incidendo sulla loro funzionalità.

L'evento che dimostra in modo più eloquente fino a qual punto il Regno Unito stia per intraprendere un percorso al cui termine potrebbe essere la realizzazione di una giurisdizione costituzionale in senso proprio, seppure di una giurisdizione del tutto *sui generis*, si riconosce nell'istituzione della *Supreme Court of the United Kingdom*, iniziativa che non appare finalizzata alla realizzazione di una corte *stricto sensu* costituzionale, bensì alla consacrazione di un principio – la separazione dei poteri – che un tempo il più consolidato pensiero del liberalismo parlamentarista, come dimostra ancora una volta Walter Bagehot per il quale

There are two descriptions of the English Constitution which have exercised immense influence, but which are erroneous. First, it is laid down as a principle of the English polity, that in the legislative, the executive, and the judicial powers are quite divided – that each is entrusted to a separate person or set of persons – that no one of these can at all interfere with the work of the other

[Bagehot 1963, p. 59]

considerava privo di spazi effettivi in un

ordine costituzionale dominato dai canoni della *common law* e dalla necessità della cooperazione, e non già della divisione, fra le istituzioni del potere pubblico organizzato.

L'argomento può essere rapidamente sintetizzato ponendo in evidenza che la diretta sintonia britannica tra poteri, e in particolare tra il Legislativo e l'Esecutivo ma senza sottovalutare il ruolo profondamente politico di un sistema di Corti costituzionalmente indipendente, è tuttora alla base del sistema di governo del Regno Unito: in questa diretta comunicazione politica tra i due poteri della statualità, ovvero nella «*fusion of the legislative and the executive*», si individuava «*the latest essence and effectual secret of the English Constitution*» (Bagehot 1963, p.69). La proposizione è ancor oggi pienamente accettabile, e dunque qual è il suo collegamento con l'esigenza di dare forma nel Regno Unito alla giustizia della costituzionalità?

L'elemento che, almeno in apparenza, risulta più innovativo nella riforma del 2005 e che per questo può interessare maggiormente il costituzionalista contemporaneo sta nel diretto collegamento fra l'istituzione di una suprema istanza giudiziaria che si riconduce entro il *genus* della giurisdizione costituzionale e la necessità di garantire un'espressione istituzionale, resa finalmente esplicita e visibile, proprio a quella separazione di poteri (Caravale 2004) che il costituzionalismo classico, esaltando la cooperazione tra Legislativo ed Esecutivo e dogmatizzando il principio della *independence of the Judiciary* e l'innervazione costituzionale della *common law* (Griffith 2001), si ostinava a negare (Bagehot) o semplicemente a ignorare (Dicey, e molti altri in seguito). Affinché

sia considerata come un elemento non alieno rispetto alla percezione tradizionale del basilare rapporto fra autonomie degli individui e potere delle istituzioni – classico *nervus scoperto* del costituzionalismo di ogni paese che presuma di dare forme democratiche al proprio ordinamento costituzionale, ma che nel Regno Unito ha trovato il suo alveo di composizione nel nesso fra società civile, istituzione parlamentare rappresentativa e garanzie della giurisdizione – l'esigenza di una nuova forma di azione giurisdizionale di rango supremo trova il suo più eloquente punto di saldatura nella questione dei diritti, alla quale nel 1998 è stato dato corpo con lo *Human Rights Act* che ha accolto nell'ordinamento britannico la Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo e, in tal modo, ha aperto la via verso nuove forme di armonizzazione del tradizionale diritto di *common law* con il più ampio scenario dei valori costituzionali europei (Singh Juss 2006).

In un certo qual modo, è anche e soprattutto alla luce dello *Human Rights Act 1998* che il *revival* britannico della *separation of power* riesce a sottrarsi all'astrazione e acquisisce forme di storica concretezza che contribuiscono al superamento intellettuale delle persistenti preclusioni della dottrina classica di matrice vittoriana. Ma un altro elemento molto significativo operante nel senso del riconoscimento della necessità di una giurisdizione d'indole costituzionale si individua nella *devolution of power*: complesso e dinamico processo modernizzatore dell'esercizio territoriale del potere pubblico in relazione al quale la nascita di una suprema istanza giurisdizionale, verso cui si riversino e in un certo senso si riassumano le tradizionali condizioni e le nuove forme del pluralismo

giuridico del Regno Unito, offre alla giustizia costituzionale nuove possibilità di espressione.

La creazione di una Corte Suprema è, a prima vista, un evento inedito nella storia costituzionale anglo-britannica, ma in realtà le sue premesse si ravvisano nell'intrinseca natura del sistema di governo (Lord Steyn 2002; Lord Bingham 2002; Orlandi 2005). Si sono con ciò riportate alla memoria alcune tra le riforme costituzionali più significative che sono state introdotte nell'ultimo decennio dal *New Labour* di Tony Blair, alle quali si deve allo stato attuale il contesto in cui ha preso forma lo strumento della *Supreme Court of the United Kingdom* e che può essere sommariamente definito come quello di un sistema costituzionale in transizione del quale siano considerati elementi essenziali non solo il Legislativo di Westminster e il governo di Gabinetto ma anche l'apparato giudiziario nella sua complessità che – come dichiarava Lord Lester nel suo programmatico intervento al dibattito della Camera dei Pari dell'ottobre 1998 – forma la «terza branca» di governo del paese. Alla luce di questa nuova fisionomia, che dichiara una realtà già da secoli presente nella storia costituzionale, non stupisce che alla giurisdizione sia oggi chiesto di esercitare un potere pubblico nella sua qualità di custode dell'ordine costituzionale, della quale essa è parte e non una sezione separata (Leopold 2004).

Preannunciato dall'istituzione, decisa in Consiglio Privato e realizzata con un apposito *Order in Council* che formulava anche la proposta – in seguito ridimensionata – di abolizione della plurisecolare carica del *Lord Chancellor*, di un nuovo dicastero governativo (Torre, *Il nuovo Depart-*

ment for Constitutional Affairs, 2004), il progetto di intervento dell'Esecutivo britannico sul potere giudiziario ha condotto infine alla creazione della *Supreme Court of the United Kingdom*.

Con il trasferimento (provvisorio nel 2003 in attesa dell'istituzione di una apposita commissione indipendente, e oggi reso realtà dall'intervento normativo del 2005) al nuovo Segretario di Stato delle responsabilità che un tempo competevano al *Lord Chancellor* in materia di *patronage* sulle nomine dei giudici (Oliver 1994), s'è inteso superare quella condizione di confusione dei poteri derivante dall'ibridazione del ruolo giudiziario, parlamentare e governativo del titolare del vetusto ufficio, che dalla riforma risulterebbe più modernamente «costituzionalizzato» (Leyland 2004), ovvero retto da norme scritte e certe anziché da dignitose consuetudini. Ma, al di là del nuovo *status* costituzionale del *Lord Chancellor* (la cui importanza al vertice dell'organizzazione garantistica dell'intero Regno Unito, anziché svanire, esce confermata dalla recente riforma e, pertanto, più elevata), la necessità di segnare un ulteriore passo in avanti verso il conseguimento di un più convincente assetto di *separation* in favore del quale si era appuntata la stessa attenzione critica della giurisdizione comunitaria, si sarebbe trasformato in uno dei motivi fondamentali dell'istituzione della nuova *Supreme Court*.

Alla genesi della *Supreme Court* si pone inoltre il passaggio da una concezione diffusa e, se si vuole, eminentemente dispersiva della forma costituzionale britannica (tipica del pensiero tardo-liberale che, con Dicey, assegnava l'egemonia costituzionale alle garanzie della *common law* e a pochi, essenziali dogmatismi), a un pensiero

costituzionale coeso. In tal senso la riflessione aveva trovato avvia con l'attività (tra il 1969 e il 1973) della *Royal Commission on the Constitution*, la quale aveva svolto una complessa indagine sull'impatto costituzionale della questione territoriale e della *devolution*; e, dopo un lungo congelamento thatcheriano, le odierne riflessioni sulla Costituzione si sono dapprima sviluppate attraverso l'ondata riformista avviata nel 1997 e tuttora in svolgimento. Con il dibattito sul *Constitutional Reform Bill*, dal quale sarebbe scaturita la riforma che ha dato vita alla Corte Suprema, si è inoltre focalizzato il più recente dibattito dottrinale (Morgan 2005; Hale 2005; Legg 2005; Himsforth e Paterson 2005; Woodhouse 2005).

Lo spostamento dell'asse del confronto sulla questione della Costituzione come assetto fondamentale del sistema politico del paese ha prodotto l'effetto di attrarre il potere giurisdizionale, tradizionalmente indipendente e pertanto posto non "dentro" l'ordine costituzionale bensì sullo sfondo di esso (tale il ruolo classico, in sostanza, attribuito alla *common law*: informare di sé un assetto costituzionale derivato), entro la sfera del discorso costituzionale. Prospettiva ultima di un simile mutamento d'indirizzo non sembra essere tanto l'inglobamento del potere delle Corti nel quadro politico (d'altra parte, s'è visto come la posizione di indipendenza dei giudici britannici non abbia mai ostacolato il loro protagonismo costituzionale), quanto piuttosto la piena valorizzazione del loro tradizionale ruolo di *regulators* del diritto costituzionale.

Contrariamente alle radicali previsioni del 2003 la nuova Corte non eclissa totalmente il ruolo del *Lord Chancellor*, il quale resta un supremo organo monocratico di

riferimento costituzionale, nella qualità di tutore dei valori della giustizia sostanziale a fronte delle altre esigenze, potenzialmente confliggenti, rappresentate da altri dipartimenti governativi. Sotto tale riguardo, si può ipotizzare che in esso si possa individuare un nuovo protagonista del sistema costituzionale. Se considerata alla luce dei valori giuridici europei e, con una certa dose di buona volontà, perfino del diritto comparato, la riforma del 2005 assicurerà una migliore salvaguardia “costituzionale” delle libertà fondamentali nel paese. Restituito il *Lord Chancellor* alla costituzionalità e alla *rule of law* (e il principio di separazione dei poteri essendo soddisfatto dalla sottrazione al *Lord Chancellor* del potere di *patronage* e dall’assegnazione di questo potere a una autonoma *Judicial Appointments Commission*), il riformatore ha trasmesso alla *Supreme Court*, inizialmente formata da dodici *Justices of the Supreme Court*, le funzioni del *Judicial Committee* del Consiglio Privato e dell’*Appellate Committee* della Camera dei Pari.

Nasce in tal modo un nuovo corpo giurisdizionale con funzioni arbitrali. Ma, nonostante la sua qualifica di Corte Suprema “del Regno Unito” titolare del potere di giudicare le *devolution issues* e principalmente i conflitti che sorgono tra istituzioni decentrate in quei sistemi – come dal 1998 è il Regno Unito, in cui peraltro il trasferimento territoriale di poteri è un processo in costante evoluzione (Davies 1999) se si considera quanto statuisce il *Government of Wales Act 2006* – che si danno organizzazioni composite, il riformatore ha voluto escludere che il nuovo collegio formi un *quartum genus* di giurisdizione che si sovrapponga a quello delle Corti di giustizia e dei *Judicial Committees of the Privy*

Council e della Camera dei Pari, con ciò complicando il quadro di una giurisdizione di costituzionalità che è ripartito e diffuso al pari dell’ordine costituzionale che essa difende con le proprie decisioni.

D’altra parte sarebbe poco realistico negare recisamente che alla *Supreme Court* sarà del tutto preclusa la possibilità di creare una giurisprudenza autonoma, se non altro per il fatto che – da un lato – il capace alveo della *devolution* si preannuncia, a circa dieci anni dalla sua prima organizzazione nelle aree substatuali e nonostante la sonora battuta d’arresto dello strano progetto di devoluzione-regionalizzazione dell’Inghilterra – come una inesauribile miniera di contraddizioni costituzionali; e – dall’altro lato – la giurisdizione della Corte sarà amministrata con tendenziale uniformità per i sistemi di *common* e di *Scots law* (Arden 2004) e, così facendo, non mancherà di aprire nel Regno Unito nuovi percorsi della giurisdizione fondamentale (senza dire delle sue competenze “europee”, lasciate del tutto indeterminate dall’Atto costitutivo). Anche sotto questo profilo la *Supreme Court of the United Kingdom* potrebbe configurare un efficace elemento di sintesi di un sistema complesso di giurisdizioni che storicamente amministrano frammenti di giustizia costituzionale senza che alcuna tra esse ne abbia mai esercitato il monopolio.

Bibliografia

- Allan (T.R.S.), *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 1993;
 Allan (T.R.S.), *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001;

- Arden (J.), *The Jurisdiction of the New United Kingdom Supreme Court*, in *Public Law*, 2004, pp. 699 ss.;
- Bacon (Sir F.), *De fontibus juris*, in *Works*, ed. a cura di D. Stewart, vol. XI, Edinburgh 1858, p. 2;
- Bagehot (W.), *The English Constitution*, (1867), Glasgow, Fontana Collins, 1963, XIV rist. (1^a ed.: 1867);
- Bamforth (N.), *Courts in a Multi-Layered Constitution*, in N. Bamforth e P. Leyland (a cura di), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 277 ss.;
- Barak (A.), *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in *Israel Law Review*, 1999, p. 33 ss.;
- Barendt (E.), *Is There a United Kingdom Constitution?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, p. 276 ss.;
- Beatson (J.), *Common Law, Statute Law, and Constitutional Law*, in *Statute Law review*, 2006, p. 1 ss.;
- Beth (L.P.), *The Judicial Committee: Its Development, Organisation and Procedure*, in *Public Law*, 1975, 219 ss.;
- Bingham (Lord), *A New Supreme Court for the United Kingdom*, London, The Constitution Unit, 2002;
- Bloom-Cooper (Q.) e Drewry (G.), *Final Appeal: A Study of the House of Lords in Its Judicial Capacity*, Oxford, Clarendon Press, 1972;
- Bogdanor (V.), *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 2^a ed.;
- Bowles (W.L.), *November, 1793*, in F. Buffoni (cur.), *Poeti romantici inglesi*, Milano, Oscar Mondadori, 2005, p. 4;
- Boyd (C.), *Parliament and Courts: Powers and Dispute Resolution*, in N. Bates (a cura di), *Devolution to Scotland: The Legal Aspects*, Edinburgh, David & Charles, 1997, p. 30 ss.;
- Bradley (A.W.), *The Sovereignty of Parliament. Form or Substance?*, in J. Jowell e D. Oliver, *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 130 ss.;
- Brazier (R.), *How Near is A Written Constitution?*, in *Northern Ireland Quarterly Review*, 2001, p. 1 ss.;
- Briggs (A.), *Victorian People. A Reassessment of Persons and Themes, 1851-1867*, Harmondsworth, Penguin Books, 1990, 2^a ed.;
- Burrows (N.), *Devolution*, London, Sweet & Maxwell, 2000;
- Cappelletti (M.), *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984;
- Caravale (G.), *La separazione del giudiziario. Tradizione e innovazione nel Constitutional Reform Act 2005*, in *Nomos - Attualità del diritto*, 2004;
- Carnwath (R.), *Do We Need a Supreme Court?*, in *The Political Quarterly*, 2004, p. 249 ss.;
- Cosgrove A.), *The Rule of Law: Albert Venn Dicey. Victorian Jurist*, London, Macmillan, 1980;
- Davies (R.), *Devolution. A Process Not an Event*, Cardiff, Institute of Welsh Affairs, 1999;
- Devlin (Lord), *Judges, Government and Politics*, in *Modern Law Review*, 1978, p. 505 ss.;
- Ducci (R.), *La posizione degli organi costituzionali britannici nella dottrina e nella prassi*, in *Foro amministrativo*, 1982, p. 848 ss.;
- Duson (Keenneth H. F.), *The State tradition in Western Europe*, New York, Oxford University press, 1980;
- Edwards (R.), *Judicial Deference under the Human Rights Act*, in *Modern Law Review*, 2002, p. 65 ss.;
- Favoureau (L.), *Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1998, p. 51 ss.;
- Ferrari (G.F.), *La Convenzione europea e la sua "incorporation" nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p. 125 ss.;
- Goldsworthy (J.), *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, rist.;
- Griffith (J.A.G.), *The Politics of the Judiciary*, London, Fontana Collins, 1977 (tr.it.: *Giudici e politica in Inghilterra*, Milano, Feltrinelli, 1980);
- , *Judicial Politics since the 1920s*, Oxford, Oxford University Press, 1993;
- Groppi (T.), *Conflitti devolutivi: nuovi percorsi per il judicial review*, in A. Torre e L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, Torino, Giappichelli, 2005, vol.I, p. 451 ss.;
- Hale (B.), *A Supreme Court for the United Kingdom?*, in *Legal Studies*, 2005, p. 36 ss.;
- Himsworth (C.) e Paterson (C.), *A Supreme Court for the United Kingdom: Views from the Northern Kingdom*, in *Legal Studies*, 2005, p. 99 ss.;
- Hood Phillips (O.), *Constitutional and Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2001, 8^a ed. a cura di P. Jackson e P. Leopold;
- Hope (D.), *A Phoenix from the Ashes? Accommodating for a New Supreme Court*, in *Law Quarterly Review*, 2005, p. 253 ss.;
- Howell (P.A.), *The Judicial Committee of the Privy Council, 1833-1876. Its Origins, Structure and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979;
- Jackson (P.), *The Judiciary and the Protection of Rights*, in A. Torre e L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, Torino, Giappichelli, 2005, vol.I, p. 67 ss.;
- Jackson (R.M.), *The Machinery of Justice in England*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1977, 7^a ed.;
- Jaffé (L.L.), *English and American Judges as Lawmakers*, Oxford, Clarendon Press, 1969;
- Jowell (J.), *Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review*, in *Public Law*, 2000, p. 671 ss.;
- King (A.), *Does the United Kingdom Still Have a Constitution?*, London, Sweet & Maxwell, 2001;
- Legg (Sir T.), *Brave New World: the New Supreme Court and Judicial Appointments*, in *Legal Studies*, 2005, p. 45 ss.;
- Leopold (P.), *La struttura della magistratura britannica e la Costituzione*, in S. Gambino (a cura di), *La Magistratura nello stato costituzionale - Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 273 ss.;

- LE SUEUR (A.) (a cura di), *Building the UK's New Supreme Court: National and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2004;
- Leyland (P.), *Separating Powers and Constitutionalising the Office of Lord Chancellor*, in *Diritto Pubblico*, 2004, p. 119 ss.;
- Loughlin (M.), *Constitutional Law: The Third Order of the Political*, in N. Bamforth e P. Leyland (a cura di), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 1 ss.;
- Maccormick (Neil), *La sovranità in disussione. Diritto, Stato e nazione nel "Commonwealth" europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003;
- Maitland (F.W.), *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1948, 10^a rist. (1^a ed.: 1908);
- Marshall (G.), *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 2^a ed.;
- Matteucci (N.), *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 1997, 2^a ed.;
- Maxwell (P.), *The House of Lords as a Constitutional Court. The Implications of ex parte E.O.C.*, in B. Dickson e P. Carmichael (a cura di), *The House of Lords: Its Parliamentary and Judicial Roles*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 89 ss.;
- McIlwain (C.H.), *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990, a cura di N. Matteucci, rist.;
- Morgan (D.), *Between the Fairy Tale and the Abyss: the Creation of a Supreme Court for the United Kingdom*, in *Legal Studies*, 2005, p. V ss.;
- Munro (C.), *What is a Constitution?*, in *Public Law*, 1983, p. 563 ss.;
- , *Written Constitutions: Principles and Problems*, in *Parliamentary Affairs*, 1992, p. 135 ss.;
- , *The Lord Chancellor, the Judicial Committee of the Privy Council and Devolution*, in *Public Law*, 1999, p. 1 ss.;
- , *Constitutional Reform in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2003;
- , *The Lord Chancellor's Department and the Judges*, in *Public Law*, 1994, p. 157 ss.;
- O'Neill (A.), *Judicial Politics and the Judicial Committee: The Devolution Jurisprudence of the Privy Council*, in *Modern Law Review*, 2001, p. 603 ss.;
- Orlandi (M.A.), *Verso una "Corte Suprema" britannica? La tutela delle libertà nel Regno Unito tra diritto interno e diritto europeo*, in A. Torre e L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. II, p. 1199 ss.;
- Pace (A.), *La causa della rigidità costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1996, 2^a ed.;
- Patrono (M.), *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla rule of law all'Human Rights Act 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento*, in A. Torre e L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. I, p. 77 ss.;
- Perry (M.J.), *What is «The Constitution»? (and Other Fundamental Questions)*, in L. Alexander (a cura di), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 98 ss.;
- Pfersmann (O.) e Cerrina Feroni (G.), *La «Costituzione contingente»: a proposito del dibattito sul judicial review*, in A. Torre e L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. II, p. 1271 ss.;
- Preuss (U.K.), *The Politics of Constitution Making: Transforming Politics into Constitutions*, in *Law and Policy*, 1991, p. 107 ss.;
- Prosser (T.), *Law and the Regulators*, Oxford, Oxford University Press, 1997;
- Raz (J.), *Authority, Law and Morality*, in *The Monist*, 1985, p. 68 ss.;
- Rose (R.), *Understanding the United Kingdom. The Territorial Dimension in Government*, London, Longman, 1982;
- Rousseau (D.), *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Roma 27-28 ottobre 2006, inedito;
- Ruggieri (A.) e Spadaro (A.), *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 3^a ed.;
- Sager (L.), *The Domain of Constitutional Justice*, in L. Alexander (a cura di), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 235 ss.;
- Scarman (Lord), *Codification and Judge-Made Law: A Problem of Coexistence*, in *Indiana Law Journal*, 1967, p. 355 ss.;
- Simon (Sir J.), *Quelques reflexions sur le régime parlementaire en Grande-Bretagne*, in *Revue du droit public*, 1935, p. 173 ss.;
- Singh Juss (S.), *Constitutionalising Rights Without a Constitution: The British Experience under Article 6 of the Human Rights Act 1998*, in *Statute Law Review*, 2006, p. 29 ss.;
- Stevens (R.), *The Final Appeal: Reform of the House of Lords and Privy Council, 1867-1876*, in *Law Quarterly Review*, 1964, p. 343 ss.;
- Stevens (R.), *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1979;
- Stevens (R.), *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2002;
- Stevens (R.), *Government and the Judiciary*, in V. Bogdanor (a cura di), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 333 ss.;
- Steyn (Lord), *The Case for a Supreme Court*, in *Law Quarterly Review*, 2002, p. 382 ss.;
- Torre (A.), *Interpretare la Costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli, 1997;
- , *«On devolution»*. *Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in *Le Regioni*, 2000, p. 203 ss.;

- , *Dicey, o della "constitutional morality"*, prefazione ad A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, Il Mulino, 2003, p.XV ss.;
- , *Le ipostasi costituzionali della società civile britannica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2003, p. 217 ss.;
- , *Magistratura e potere dello stato: antiche e moderne esperienze britanniche* in S. Gambino (a cura di), *La Magistratura nello stato costituzionale - Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 295 ss.;
- , *Il nuovo Department for Constitutional Affairs: una 'bomba a grappolo' nell'ordinamento britannico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 106 ss.;
- Van Caenegem (R.C.), *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987 (tr.it.: *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè 1991);
- Warren (C.), *The Supreme Courts and the Sovereign States*, Princeton, Princeton University Press, 1924, p. 35;
- Wintour (P.), Dyer (C.), *Ministers Shun US Model for Supreme Court*, in *The Guardian*, 16 June 2003, p. 4;
- Woodhouse (D.), *The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court*, in *Legal Studies*, 2005, p. 134 ss.

Lo sviluppo costituzionale in Egitto

TAHANI MUHAMMAD AL-GIBELI

Un quadro storico

La storia dell'Egitto moderno può farsi iniziare nel 1805 quando Muhammad Ali assunse il potere per volontà popolare. Le diverse classi del popolo egiziano si riunirono e combatterono affinché Muhammad Ali fosse nominato *Wali* (Governante). Precedentemente l'Egitto era una delle province dell'Impero Ottomano governata da un *Wali* turco nominato dal Sultano (la Sublime Porta).

Dal 1805 ad oggi possiamo distinguere tre diversi periodi nella storia egiziana, in base al cambiamento dei sistemi costituzionali e politici.

Primo periodo: dal 1805 al 1923. In tale periodo il potere del Governante è individuale ed assoluto. La Famiglia di Muhammad Ali si appropriò del potere assoluto e non coinvolse nella sua gestione il popolo egiziano.

Secondo periodo: dal 1923 al 1952. Nel 1923 viene emanata la prima Costituzione, con la quale si pone fine al potere assoluto

della Monarchia. Si tratta di una data importante per il processo democratico in Egitto. Il conflitto fra forze democratiche e regime monarchico continuò però a caratterizzare questi anni e nel 1930 la Monarchia emanò un'altra Costituzione più restrittiva che sostituì quella del 1923. Quella del 1923 venne poi ripristinata grazie alla lotta delle forze civili contro il potere del Re e le interferenze dell'occupante Britannico.

Terzo periodo: inizia con la Rivoluzione del 23 luglio 1952. Il Regime Monarchico venne sostituito da quello Repubblicano. Il sistema "sociale" (preferito al "capitalista") è fondamento ideologico del nuovo Stato repubblicano. All'ombra della Rivoluzione si sono emanate diverse costituzioni: nel 1956, nel 1958 e nel 1964. Infine è stata emanata nel 1971 la Costituzione permanente egiziana che è quella attualmente in vigore.

2. *La vita costituzionale in relazione alle vicende politiche, sociali ed economiche*

La vita costituzionale egiziana è stata ostacolata o favorita da importanti fattori, che presentiamo sinteticamente:

a) Il primo e secondo periodo della storia dell'Egitto moderno sono caratterizzati dalle pressioni dell'Occupazione Britannica nella vita politica egiziana. I britannici, in accordo con il Regime Monarchico e alcuni partiti minori, ostacolano il processo verso le libertà civili e i diritti costituzionali. Ogni qual volta si presentava l'occasione, veniva messa in dubbio la maturità del popolo egiziano (secondo Britannici e monarchici, arretrato socialmente oltre che economicamente) per una vita costituzionale e parlamentare democratica. Inoltre ogni qualvolta il partito più popolare del tempo (*al-Wafd*) conquistava la maggioranza parlamentare si interveniva con restrizioni speciali, con la scusa di impedire il conflitto fra le componenti sociali interne allo stesso partito, che avrebbe causato l'ingovernabilità del Paese. I partiti monarchici e filo-britannici temevano le rivendicazioni di indipendenza e di democrazia di questo partito (*al-Wafd*), e pertanto benché esso godesse del favore della maggioranza degli egiziani, non riuscì a governare il Paese più di sette anni in un arco di tempo che va dalla fine della prima guerra mondiale al 1952.

b) Il Popolo egiziano nel periodo successivo alla rivoluzione del 1952, nonostante le profonde differenze nel grado di educazione e di sviluppo sociale, godeva di una coscienza politica chiara, grazie alle influenze ereditate dal Movimento Patriottico del prece-

dente periodo che richiedeva l'Indipendenza. Inoltre i movimenti di illuminismo intellettuale - iniziati nel XIX secolo da leaders religiosi illuminati come Rifa'a al-Tahtawi, Gamal al-Din Al-Afghani, Muhammad Abdou, e continuati successivamente da intellettuali come Kassem Amin, Abbas al-Akkad, Taha Hussein, e da politici come Mustafa Kamel, Muhammad Farid, Saad Zaghloul, Makram Ebeid - hanno profondamente segnato la coscienza popolare egiziana, consapevole, nella rivendicazione di una Costituzione (e della necessità del suo rispetto), del diritto di voto e di candidatura al Parlamento, insieme alla rivendicazione della propria indipendenza dall'occupazione. I movimenti illuminati hanno reso possibile una grande omogeneità nazionale fra gli egiziani, sia musulmani, cristiani o ebrei (guidati questi ultimi dalla *leadership* progressista presente nel partito *al-Wafd* e in movimenti socialisti).

c) Fra la Rivoluzione del Luglio 1952 e il 1971 sono avvenuti cambiamenti profondi a livello sociale, politico ed economico. Questi cambiamenti hanno influenzato le costituzioni che si sono susseguite. Per esempio è stata introdotta la norma di riservare la quota del 50% dei seggi parlamentari agli operai ed ai contadini, per risarcirli della loro esclusione dalla rappresentanza nella fase storica passata e per incentivarli alla partecipazione responsabile ed attiva nella vita del Paese. Nella Costituzione del 1956 sono stati riconosciuti, per la prima volta nella storia dell'Egitto moderno, i diritti politici delle donne. Le costituzioni riflettevano certamente anche l'orientamento socialista che informava la struttura politico-economica egiziana nel periodo dell'ondata rivoluzionaria e nazionalistica

araba. Dopo la Rivoluzione si adottò un metodo politico fondato sull'esistenza di un'unica organizzazione politica che raggruppava al suo interno varie categorie popolari e sociali (operai, contadini, intellettuali, militari, imprenditori). Questo metodo escludeva il sistema pluripartitico. Anche la Costituzione del 1971 – secondo cui “la Repubblica Araba d’Egitto è uno Stato fondato sul sistema socialdemocratico” - mantenne sostanzialmente immutato questo metodo. Nel 1980 si apportò una modifica alla Costituzione che introduceva il sistema pluripartitico, purché “secondo le regole della legge”. Nacquero tre partiti che rappresentavano la destra, la sinistra e il centro. Negli anni successivi sono nati altri partiti, fino a raggiungere il numero di 25, benché la maggior parte di essi siano piccoli e senza vera influenza nella vita politica del Paese. È comunque un fatto significativo, perché esistono vincoli legali condizionanti la libertà di formazione dei partiti. Questi vincoli sono uno dei maggiori temi della discussione politica in Egitto: molte sono le istanze riformatrici per ridurre il loro effetto e per offrire la possibilità a correnti politiche di formare propri nuovi partiti.

d) Le costituzioni egiziane che si sono susseguite hanno previsto in un modo o in un altro i principali diritti politici e civili. Per esempio l'eguaglianza davanti alla legge, senza distinzione su base etnica, religiosa, linguistica, ideologica, il diritto degli egiziani alla cittadinanza, la garanzia della libertà personale, la tutela di tutti i diritti di proprietà, la libertà di espressione, il diritto all'educazione ed al lavoro, il diritto alla costituzione di sindacati e di associazioni nazionali, il diritto all'assistenza medica, il

diritto alla partecipazione alla vita pubblica e alla vita politica, il riconoscimento della supremazia della legge e le garanzie di avere un giusto processo, il diritto alla difesa, l'indipendenza della magistratura, ed altri fondamentali diritti costituzionali. Se non che il mutamento delle costituzioni, secondo cui i diritti erano “regolati ai sensi della legge o in applicazione ad essa”, ha permesso in alcuni casi la restrizione degli stessi alla luce di situazioni particolari nelle vicende sociali, politiche ed economiche egiziane. Ciò ha creato una cesura fra l'affermazione del diritto costituzionale e l'assenza dell'impegno alla sua difesa a livello legislativo. Questo fatto costituisce uno dei più importanti poli del controllo costituzionale operato dalla Suprema Corte Costituzionale sulle legislazioni emanate per regolare il diritto costituzionale come si desume da molte delle sentenze emesse dalla Corte, e come si illustrerà nel prossimo punto.

3. Il ruolo della Suprema Corte Costituzionale in Egitto: controllo della costituzionalità delle leggi e tutela delle libertà pubbliche e dei diritti umani

In ventinove anni di vita (fu istituita nel 1979 in applicazione dei testi costituzionali), la Corte Costituzionale Egiziana ha svolto un importante ruolo nella tutela delle libertà pubbliche e dei diritti umani. Dalle sue sentenze si evince la sua attenzione alla teoria (alla conformità con la legge), l'impegno a far rispettare al legislatore egiziano le regole internazionali e le misure stabilite in accordi o trattati internazionali firmati dall'Egitto. La Corte nutre un'altissima considerazione per le regole interna-

zionali, il cui confronto con le leggi nazionali è decisivo per migliori risultati nella tutela dei diritti e delle libertà, in ogni ambito: nell'ambito delle libertà di espressione, delle libertà di stampa, del diritto alla mobilitazione e al lavoro sindacale, ecc.

Le sentenze della Corte testimoniano l'impegno alla salvaguardia della totalità dei diritti politici, sociali, economici e culturali dei cittadini egiziani, e la loro difesa da qualsiasi violazione legislativa. Per esempio in occasione della recente elezione del Parlamento, la Corte è intervenuta con due sentenze che stabilivano la non costituzionalità di alcuni articoli della legge circa l'esercizio dei diritti politici. Con altre sentenze ha stabilito i principi del giusto processo e l'eliminazione di qualsivoglia distinzione che toccava il principio dell'eguaglianza davanti alla legge. Con altre decine di sentenze ha reso palese il suo impegno a tutto campo, intervenendo in ambiti quali la giustizia fiscale, la garanzia dei diritti della Magistratura, ed altri fondamentali aspetti del diritto costituzionale.

4. *Cosa avviene in Egitto adesso*

I giorni presenti vedono tutte le componenti sociali ed intellettuali dell'Egitto (il popolo, i partiti, i giornalisti, i rappresentanti al Parlamento, gli opinionisti, gli intellettuali in genere) interessati e mobilitati intorno alla questione "costituzionale" e più generalmente intorno alla "legalità". È una situazione di "dialogo nazionale" che mira a riformare la Costituzione affinché diventino sempre più effettivi per il Popolo molti degli argomenti già presenti nella Costituzione del 1971 garantendo al

Paese un Governo democratico. Tale "dialogo" mette a tema esigenze emerse durante gli anni successivi al 1971 e legate ai molti cambiamenti avvenuti nella società egiziana durante gli ultimi 35 anni. La Costituzione del 1971 è certo influenzata dal particolare momento storico in cui fu emanata, quando l'Egitto si doveva far carico della lotta contro la grave invasione israeliana e la conseguente occupazione del Sinai. Questa drammatica situazione per l'Egitto giustificava una situazione in cui il Potere esecutivo aveva una posizione di dominio nel Paese e molti articoli della Costituzione subivano le relative restrizioni.

Negli anni successivi vi è stato inoltre un radicale cambiamento che ha modificato molte delle esigenze del Popolo egiziano. L'economia egiziana infatti ha attraversato il processo per adattarsi dal sistema dell'"economia socialista indirizzata" al sistema dell'economia libera con le sue leggi del mercato capitalista. Ciò ha avuto come conseguenza in Egitto anche crisi economiche acute e il crearsi di situazioni sociali negative, con la crescita del tasso di disoccupazione e maggiori divari fra le classi sociali. I capitalisti hanno potuto far leva anche su decisioni legislative ed esecutive a loro favore. Contemporaneamente le classi operaie e medie hanno fatto nascere movimenti politici per rivendicare i loro diritti e la predisposizione di regole chiare e trasparenti nei processi di privatizzazione di grandi imprese di proprietà dello Stato. È divenuto chiaro nell'opinione pubblica che la realizzazione della giustizia sociale è una priorità anche dell'Economia. Sempre più sono le voci che chiedono una riforma costituzionale per far corrispondere alla lettera dei testi costituzionali la realtà politica, economica e sociale del Paese. Fra queste voci vi è chi sempre

più consapevolmente chiede che si realizzi quanto scritto nel testo costituzionale: una vera indipendenza della magistratura, la separazione tra i poteri, la libertà di stampa, i diritti politici e civili e il rifiuto dell'abuso delle leggi di emergenza.

Le forze riformatrici egiziane con la riforma della Costituzione mirano inoltre a spingere ulteriormente il processo in atto verso una democrazia sempre più reale e a stabilire garanzie democratiche circa la successione nelle cariche di potere.

La Suprema Corte Costituzionale si è proposta per gestire correttamente tale importante dialogo che sta avvenendo in Egitto, dedicando un numero speciale della sua rivista (*Al-Dusturiyya*) all'argomento. Questo numero della rivista *Al-Dusturiyya*, diretta dal Vice Presidente della Corte Costituzionale, il Giudice Mahir Sami, e uscito ai primi di Aprile del 2006 è intitolato "La riforma costituzionale fra miglioramento o cambiamento della Costituzione". Esso contiene gli interventi di 12 costituzionalisti di diverso orientamento ideologico che hanno affrontato il tema secondo diverse sfaccettature. Ci sembrano un importante contributo per indirizzare il dialogo secondo gli interessi del nostro Paese e i diritti dei cittadini.

Chiunque osservi oggi l'Egitto può prevedere prossimi cambiamenti costituzionali, che noi ci auguriamo saranno tali da garantire sempre più la libertà, l'equilibrio e la democrazia, ovvero saranno frutto di un'autentica visione critica della realtà politica, economica e sociale egiziana secondo un corretto metodo costituzionale.



L'istituzione della Corte costituzionale e la sua affermazione: una lezione dalla storia

ANDREA SIMONCINI

1. Fu vero «ostruzionismo di maggioranza»?

Com'è noto, la Corte costituzionale italiana non è stata oggetto di numerosi studi di «storia costituzionale»¹ o, perlomeno, con riferimento a questa istituzione repubblicana è stato particolarmente ampio il divario tra quella che Enzo Cheli ha definito la «storia dei giuristi» rispetto alla «storia degli storici»²; l'attenzione dei giuristi, infatti, si è prevalentemente rivolta alla sua azione come ad un giudice che «parla attraverso le sentenze», piuttosto che al ruolo complessivo come attore all'interno della forma di governo o del sistema repubblicano nel suo complesso³.

Se poi inseriamo la vicenda della Corte nel più ampio scenario della storia dell'attuazione costituzionale in Italia, il suo avvio – realizzato, dopo la legge costituzionale n. 1 del 1948, da due leggi del 1953⁴ – è sempre stato considerato un esempio emblematico di quell'«ostruzionismo di maggioranza» che ha rappresentato per la letteratura costituzionalistica (e non solo)

la “cifra” della prima legislatura repubblicana⁵.

L'immagine evocata dal titolo degli articoli pubblicati nel 1953 da Piero Calamandrei sulla rivista «Il Ponte»⁶, ha finito per costituire la chiave di lettura prevalente di gran parte delle riflessioni dei giuristi che hanno studiato il ritardo della attivazione della Corte rispetto all'entrata in vigore della Costituzione, il dibattito parlamentare che l'ha preceduta, le vicende immediatamente successive della «difficile istituzionalizzazione»⁷ di questo organo.

La nascita della Corte, dunque, così come per altre istituzioni ed istituti introdotti *ex novo* dalla Costituzione, sarebbe stata rinviata proprio per una consapevole strategia attuata dalla maggioranza politica del tempo mirante a ritardare il più possibile l'attuazione della neonata Costituzione⁸.

L'anno 1953 nelle ricostruzioni storico-giuridiche non è quasi mai ricordato come l'anno in cui vedono la luce le leggi di attuazione della Corte costituzionale, ma, sem-

mai, come l'anno dell'approvazione della legge 31 marzo 1953, n. 148 – meglio nota come legge "truffa" –, atto legislativo con cui «lo stato di "congelamento" (della Costituzione) tende a sfociare verso la fine della prima legislatura in un vero e proprio tentativo di rottura del tessuto costituzionale esistente. (...) Senza dubbio è questo il momento in cui le fortune della nuova carta vengono a toccare il loro momento più basso»⁹.

Tanto è radicato il giudizio su quegli anni che può capitare di imbattersi in autori che scelgono di spostare tutta l'"attivazione" della Corte costituzionale nella II legislatura, dimenticando che, comunque, l'approvazione delle leggi di attuazione costituzionale avvenne nella I legislatura e che questo fatto, in realtà, consentì nella II, sebbene in ritardo, di procedere all'elezione dei 5 giudici da parte del Parlamento in seduta comune¹⁰.

Altri autori si sono spinti, tesi sulla quale recentemente sono stati sollevati dubbi, ad ipotizzare una sorta di "scambio" tra l'approvazione delle leggi di attuazione della Corte e la votazione della c.d. legge truffa, congetturando che l'ostruzionismo da parte della maggioranza sarebbe finalmente cessato solo dinanzi alla prospettiva per la Democrazia cristiana – attraverso la nuova legge elettorale – di ottenere la maggioranza assoluta nel Parlamento e, quindi, di riuscire a determinare l'elezione dei giudici costituzionali¹¹.

Orbene, non v'è dubbio che la chiave di lettura dell'ostruzionismo della maggioranza resti più che convincente per spiegare molti dei ritardi oggettivi che ha subito l'attuazione della Costituzione.

Circa, però, l'estensione di tale giudizio anche al caso della Corte costituzionale¹²,

mi pare che, sulla base di più recenti riflessioni, si debba essere maggiormente cauti.

Una sintesi efficace di tale ordine di riflessioni è rappresentata dalle considerazioni espresse da Livio Paladin sulla storia costituzionale dell'Italia repubblicana e pubblicate, com'è noto, dopo la sua morte¹³.

In esse l'Autore afferma che, proprio alla luce delle lunghe ed estenuanti vicende parlamentari che hanno preceduto l'approvazione delle leggi del 1953, «non convince appieno l'assunto del sistematico ostruzionismo di maggioranza (...) È ben vero che per formare e perfezionare la legge 11 marzo 1953 n. 87 c'è stato bisogno di cinque anni (...) ma il senso complessivo di quella approvazione è stato ben diverso. Da un lato il completamento della disciplina legislativa concernente l'organo della giustizia costituzionale ha rappresentato il fatto di gran lunga più importante, nella prospettiva delle leggi di attuazione della Costituzione, fra quanti si sarebbero verificati nel primo ventennio di vita del nuovo ordinamento se non oltre. Dall'altro gli scontri che hanno tanto rallentato l'entrata in vigore della legge 87 (...) non sono stati deliberati in funzione dilatoria. Tutto al contrario essi esprimevano divergenze reali e profonde, riguardanti il ruolo della Corte ed i suoi rapporti con gli organi costituzionali di indirizzo politico, che hanno travolto e scomposto la maggioranza stessa»¹⁴.

Ed a conferma di quest'intuizione, vanno richiamati alcuni studi che più di recente si sono soffermati sull'iter e sul dibattito parlamentare che ha preceduto l'approvazione delle due leggi (ordinaria e costituzionale) del 1953¹⁵.

Chi ha ricostruito il dibattito sull'attuazione della Corte ha evidenziato che la len-

tezza dell'iter parlamentare va certamente attribuita a ragioni di natura "politica", ma anche a ragioni di natura "istituzionale", indicando con questo termine alcune "oggettive" difficoltà che la discussione sulla concreta realizzazione di una Corte costituzionale doveva affrontare: in primissimo luogo la particolare "laconicità" del dettato costituzionale¹⁶ che lasciava incerti molti dei possibili spazi di attuazione.

«Le norme costituzionali lasciavano un margine di discrezionalità alquanto ampio, bisognoso d'integrazione: frequentemente non si trattava di un mero ritocco, ma di decisi interventi di completamento; la decisione da prendere, quindi, finiva con l'incidere sull'impianto costituzionale e forti erano le perplessità che tali vuoti potessero essere colmati mediante legge ordinaria»¹⁷. L'autore prosegue osservando che «le incertezze non riguardarono solo i rapporti tra rango ordinario e rango costituzionale della normativa in materia, ma investirono gradualmente la natura giuridica della Corte, che per la sua peculiare funzione non si lasciava ricondurre pienamente a quella di una consueta istituzione giudiziaria»¹⁸.

E, probabilmente, non fu secondaria neanche la circostanza che la legge cost. n. 1 del 1953 si trovò ad essere la prima legge costituzionale approvata seguendo il procedimento fissato dall'art. 138 Cost.; circostanza che richiese, innanzitutto, di sciogliere il complicato nodo della "materia costituzionale", distinguendo quali oggetti dovessero essere inseriti nella legge ordinaria e quali, invece, nella legge costituzionale, ma, in secondo luogo, impose anche la modifica del Regolamento della Camera dei Deputati allora in vigore e che risaliva agli anni '20¹⁹.

In conclusione, attribuire i ritardi della approvazione delle leggi sulla Corte solo a ragioni «circoscritte nel breve periodo della conflittualità politica della I legislatura» sarebbe fuorviante; tali ragioni vanno cercate più a monte, nella stessa «ambiguità istituzionale» del disegno costituzionale²⁰.

Analogamente, chi ha ripercorso il dibattito sulla genesi delle due leggi del 1953 dagli originali disegni governativi alla approvazione finale, ricorda che alle incertezze del mondo politico non furono di grande aiuto i contributi dei giuristi, dal momento che «i contributi dottrinali dei primi anni dopo l'approvazione della carta costituzionale, quando non si riducono sostanzialmente a parafrasi delle disposizioni costituzionali, appaiono non di rado largamente perplessi o ancora dominati da ipotesi ormai precluse dalle scelte operate in sede costituente»²¹.

Le due leggi del 1953, nonostante il clima certamente arroventato sul piano politico – basti pensare alla coeva discussione sulla c.d. legge "truffa" –, riescono comunque ad operare le prime scelte fondamentali sulla struttura della Corte (la scelta dei criteri di nomina dei giudici, il rifiuto dell'opinione dissenziente, la definizione del criterio della rilevanza nelle questioni incidentali, la definizione dell'efficacia delle sentenze di accoglimento ed, infine, tutta la definizione del giudizio sui conflitti di attribuzione); scelte ampiamente condivise dalle forze politiche di maggioranza e di opposizione se è vero, come abbiamo ricordato²², che le leggi furono approvate entrambe (non solo quella costituzionale) con una maggioranza pari a quasi il 90% dei voti alla Camera e, *last but not least*, che «l'esperienza successiva ha dimostrato essere sostanzialmente adeguate»²³.

Va, perciò, quantomeno corretto un diffuso giudizio sulla istituzione della Corte: questa nuova istituzione repubblicana nasce, certamente, in un contesto politico dominato da un fortissimo contrasto tra maggioranza ed opposizione, probabilmente, nasce tra sospetti e ostilità politiche, *ma, in primo luogo e soprattutto, nasce circondata da una diffusa incomprendione del suo ruolo e da una radicale incertezza sulla sua natura.*

Ancor più interessante, allora, risulterà chiedersi come, nonostante ciò, sia riuscita ad affermare il proprio ruolo nella nuova topografia dei poteri costituzionali.

2. *L'esordio della Corte costituzionale: moltissimi dubbi, pochissime certezze*

Prima di soffermarsi su come la Corte riuscirà a costruire il suo ruolo nel contesto socio-politico dei primi anni della sua attività, sarà utile accennare alle diverse "dimensioni" di questo "spazio" incerto in cui essa doveva muovere i suoi primi passi.

La prima dimensione d'incertezza riguardava quella che Sergio Bartole ha recentemente definito la «*normatività della Costituzione*»²⁴.

In realtà, la vicenda della Corte costituzionale, sotto questo profilo, costituisce solo una tessera di un ben più ampio mosaico che Bartole ha ricostruito unitariamente e che riguardava la complessiva incertezza sulla natura stessa della Costituzione come «*norma giuridica*»²⁵.

Vicenda che, a sua volta, affondava le radici nei dubbi e negli interrogativi aperti sulla «*flessibilità/rigidità*» dello stesso ordinamento provvisorio vigente dal

1946 al 1948 e sulle differenze rispetto al periodo statutario²⁶; dubbi ed interrogativi che sicuramente influenzarono pesantemente l'applicazione della VII disposizione transitoria della Costituzione che consentiva fino all'entrata in funzione della Corte costituzionale «*la decisione delle controversie indicate nell'art. 134 (...) nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione*»²⁷

L'"invenzione" della ben nota distinzione tra norme costituzionali «*precettive*» e «*programmatiche*» ed, all'interno delle prime, la sub-distinzione tra «*norme ad efficacia differita*» e ad «*efficacia immediata*», precede di molto la creazione della Corte costituzionale²⁸.

Tale distinzione che, com'è facilmente intuibile, avrebbe avuto in seguito un fortissimo impatto sulla concreta operatività dell'organo di giustizia costituzionale, nasce con l'entrata in vigore della Costituzione come una «*linea di self restraint*» adottata dai giudici ordinari ed amministrativi e supportata da un ben preciso «*approccio teorico alla normativa costituzionale*»²⁹.

L'intenzione era quella di restringere l'area di applicazione della VII disp. trans. che, se interpretata correttamente, avrebbe già abilitato un efficace sindacato *diffuso* di costituzionalità, sindacato che, invece, non assunse mai rilievo effettivo³⁰.

Il presupposto teorico era, sostanzialmente, la rottura dell'"unità" del documento costituzionale, distinguendo al suo interno vere e proprie norme giuridiche rispetto a disposizioni contenenti meri "programmi politici".

A nostro avviso, si è riflettuto poco sul grado di radicamento che aveva questo

approccio teorico riguardante la “normatività” della Costituzione.

A tutti è noto, infatti, che contro questa obiezione si schierò una importante parte della dottrina³¹ e, soprattutto, intervenne la prima sentenza della Corte – la n. 1 del 1956 – a sancire in maniera inoppugnabile la piena efficacia giuridica di tutte le norme della Costituzione anche rispetto alla legislazione previgente. Meno noto è, però, che l’Avvocatura di stato continuò a riproporre l’eccezione di inammissibilità rispetto alle questioni sollevate su leggi precostituzionali, riproponendo, dunque, l’argomento della programmaticità della costituzione³², fino al 1960³³.

Questo a chiarire quanto fosse radicata l’obiezione nel sistema politico ed istituzionale e quanto sia illusorio immaginare la sentenza n. 1 del 1956 come una sorta di “colpo di spugna” in grado di far cadere immediatamente e d’un colpo tutte le resistenze.

Da un lato, quindi, i dubbi riguardavano la stessa utilizzabilità della Costituzione come parametro efficace da parte di un giudice (costituzionale o meno); dall’altro non era assolutamente chiaro cosa fosse questo nuovo organo costituzionale.

Il confronto alla Costituente sul modello di giustizia costituzionale si era concluso, com’è noto³⁴, con un compromesso tra i progetti “Calamandrei” e “Leone”, compromesso che si era accentuato con la legge costituzionale 1 del 1948, producendo un sistema «ibrido»³⁵ rispetto ai modelli classici di giustizia costituzionale.

Non dovrebbero, allora, meravigliare troppo i dubbi e gli interrogativi durante la I legislatura nella fase di scrittura delle due leggi di attuazione e, soprattutto, non dovremmo sorprenderci se, ancora nei pri-

mi anni di attività della Corte³⁶, la dottrina continui ad interrogarsi esplicitamente sulla qualificazione – assolutamente non pacifica in quel tempo – della Corte costituzionale «*come organo supremo*»³⁷, ovvero come «*organo sovrano*»³⁸ e, più in generale, su come l’ingresso di questo nuovo soggetto avesse modificato la «mappa costituzionale» della Repubblica.

Potremmo dire che, paradossalmente, l’unico dato certo in questa fase iniziale era rappresentato dall’*esistenza* stessa della Corte.

Il più rilevante fattore di novità fu la sua effettiva costituzione avvenuta con il giuramento dei primi 15 giudici, il 15 dicembre 1955, nelle mani del Presidente della Repubblica e con l’insediamento «presso la sala gialla del Palazzo della Consulta», il 23 gennaio 1956³⁹.

E non è un caso che già la stessa «nascita» della Corte pose un problema di protocollo istituzionale; come ricorda Bonini, citando un articolo del «Corriere della Sera» del 16 dicembre 1955, il presidente del Consiglio Segni giunse in ritardo all’incontro previsto dopo il giuramento dei nuovi giudici costituzionali con le autorità dello Stato, volendo così «sottolineare un dissenso di natura protocollare per il fatto che il presidente del Consiglio, pur avendo apposto la controfirma alla nomina dei giudici della Corte, non era stato invitato a presenziare direttamente alla cerimonia del giuramento. Si sa che il protocollo della cerimonia, nuova nel suo genere, è stato discusso e riveduto ben quattro volte dallo stesso Capo dello Stato»⁴⁰.

Questione protocollare che proseguirà negli anni, causando la cosiddetta «battaglia delle poltrone»⁴¹, riguardante l’ordine delle cariche dello Stato nelle cerimonie

ufficiali e la precedenza, dopo il Presidente della Repubblica e i presidenti dei due rami del Parlamento, tra Presidente della Corte e Presidente del Consiglio.

3. *Le ragioni del radicamento della Corte*

In che modo la Corte affronta nei suoi primi anni di attività questa condizione di profonda e diffusa incertezza?

Come ho già avuto modo di osservare, il primo dato, che può apparire per certi versi "sorprendente" è che, dinanzi ad un quadro dominato da numerosi interrogativi irrisolti, la Corte si mostra, invece, da subito lucidamente consapevole della propria identità costituzionale⁴².

La stessa prima decisione che abbiamo già richiamato, la sentenza n. 1 del 1956, ma anche il lavoro interno di definizione delle proprie norme regolamentari e procedurali messe a punto tra il gennaio e l'aprile del 1956⁴³, dimostrano che i giudici costituzionali avevano una consapevolezza estremamente chiara e certamente anticipatrice di quale dovesse essere il ruolo della giustizia costituzionale nel nuovo assetto repubblicano.

Ed, incidentalmente, vorremmo osservare che, se si considera la composizione della prima Corte, in cui a fianco a giudici relativamente giovani⁴⁴, sedevano anche giudici molto anziani⁴⁵ formati in epoche ben anteriori alla Costituzione repubblicana, resta aperto l'interrogativo su come questo organismo riuscisse ad esprimere una così forte «omogeneità sul piano culturale», come giustamente ha osservato Cheli con riferimento a quegli anni.⁴⁶

Il punto a nostro avviso più rilevante,

però, è che la Corte costituzionale non si accontenta di avere una chiara autocoscienza della novità che essa stessa rappresenta per dell'assetto repubblicano; essa è altrettanto tenacemente convinta che questa identità debba essere compresa e positivamente recepita all'interno di tale assetto.

La Corte in questa prima fase, come è stato messo in luce⁴⁷, è indubbiamente alla ricerca della propria *legittimazione*, ma mi pare estremamente interessante evidenziare quali siano state le coordinate di questa ricerca.

Da un lato, il nuovo giudice costituzionale sente di dover "spiegare" la propria esistenza alla stessa opinione pubblica italiana.

Non è un caso che da subito si instauri la prassi degli incontri ufficiali del Presidente della Corte con la stampa; incontri che nei primi anni avvengono due volte l'anno – prima della sospensione estiva ed a fine anno – e che poi verranno ridotti ad uno ed in occasione dei quali i Presidenti della Corte – prima di presentare la relazione sull'attività della Corte – si intrattengono diffusamente con i giornalisti cercando di esporre in maniera comprensibile a tutti la novità radicale dell'assetto di governo introdotta dalla Costituzione. Si consideri, ad esempio, questo brano tratto da una conferenza stampa del Presidente Azzariti del dicembre 1957 in cui descrive qual è la posizione della Corte nel sistema costituzionale: «*Poichè si tratta di un organo nuovissimo, il suo collocamento nel quadro dell'ordinamento può dare luogo a perplessità. Non è certo, agevole rendersi subito conto delle novità. Bisognerà, però, tenere presente che la famosa tripartizione quale è a base della teoria della divisione dei poteri dovuta a Montesquieu non è più sufficiente a caratterizzare nella loro integrità gli ordinamenti presen-*

ti dello Stato: perché vi sono degli organi che sono fuori di tutti e tre i poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario. Quali sono questi organi? Uno è il Capo dello Stato, l'altro la Corte Costituzionale»⁴⁸.

Delle vere e proprie "lezioni" di "nuovo diritto costituzionale repubblicano", quindi, volte a far comprendere, innanzitutto all'opinione pubblica, la portata della innovazione rappresentata da un organo di garanzia costituzionale. Uno sforzo di «comunicazione» che ebbe certamente successo se, a dodici anni dalla prima udienza della Corte, il Presidente Sandulli, potrà dire: *«oggi la Corte (...) è profondamente avvertita dal popolo italiano. Ne rappresenta una valida conferma la crescente attenzione che la stampa – la più immediata espressione dell'opinione pubblica – dedica ai problemi e all'attività della Corte ed alle aspettative che ad essa si collegano. Se è vero come è vero che in un regime politico le istituzioni traggono la propria forza non solo e non tanto da ciò che sta scritto negli statuti, quanto dalle radici che affondano nel corpo della collettività, nessuno può dubitare che la Corte sia da considerare solidamente acquisita al nostro ordinamento come una componente essenziale e caratterizzante del sistema (...) Il sostegno che la Corte trova nel consenso del corpo sociale – del quale si sente ed è carne e sangue – fa a propria volta, della sua giurisprudenza una valida forza nel contesto della società nazionale»⁴⁹.*

In primis, quindi, la Corte vuole essere "percepita" dal popolo italiano e cerca, per questo, di chiarire la propria irriducibilità agli schemi desueti del costituzionalismo di matrice liberale.

Ma, contemporaneamente, essa cerca di essere "accettata" dallo stesso sistema degli organi costituzionali

La Corte è perfettamente consapevole che la sua marginalizzazione o l'essere percepita come un corpo estraneo da parte degli altri attori costituzionali avrebbe sancito il fallimento *pratico* (seppur non teorico) della sua funzione e, per questo, non vuole essere estromessa dal circuito istituzionale.

Il principio guida per l'azione dei giudici costituzionali nel muovere i loro primi passi, quindi, diviene la ricerca di "collaborazione" con gli altri organi e non la prevaricazione o la separazione.

Emblematico è, su questo punto, il primissimo incontro del neoeletto Presidente De Nicola con i giornalisti, il 23 gennaio 1956. Il Presidente è prodigo di messaggi "concilianti": dinanzi alla osservazione di un giornalista sul carattere definitivo ed inappellabile delle pronunce della Corte, afferma che *«non è vero che per il carattere insindacabile dei nostri pronunciamenti noi siamo esonerati da ogni forma di obbedienza, perché non si agisce senza controllo quando si sa di ubbidire al comando non scritto, ma più sacro della propria coscienza»⁵⁰.*

La Corte, consapevole della forza formidabile assicurata dalla forma "giudiziaria" delle sue decisioni, intende utilizzarla solo come *extrema ratio*, preferendo impegnarsi, fin quando è possibile, a trovare forme di collaborazione in vista della realizzazione dei valori costituzionali.

Indubbiamente, le istituzioni cui rivolgersi prioritariamente sono i soggetti «politici» dell'ordinamento: essenzialmente Parlamento e Governo.

In questa prospettiva, è estremamente significativo un dialogo del presidente Azza-riti con la stampa del 28 luglio 1959, in cui il presidente – dovendo "controbilanciare" una delle sentenze che più fece discutere in

quel periodo, la sentenza n. 9 del 1959 che dichiarava la sindacabilità degli *interna corporis* delle Camere⁵¹ – ribadisce che alla funzione della Corte «*solo inesattamente si potrebbe attribuire un carattere sanzionatorio, perché è e deve essere funzione di schietta collaborazione sia con gli organi legislativi, sia con quelli governativi (...)*» e ricordando che «*il sindacato di legittimità della Corte non potrebbe raggiungere il pieno le sue finalità se l'attività della Corte non fosse affiancata dall'opera degli organi legislativi e governativi*», conclude citando il Presidente Gronchi che nel discorso per l'insediamento del CSM, aveva appunto richiamato il principio della *collaborazione* come norma fondamentale per organi quali la Corte costituzionale, il Governo ed il CSM.

Solo in parte diverso è l'atteggiamento nei confronti del potere giudiziario, rispetto al quale la Corte costituzionale vuole innanzitutto marcare la sua estraneità (i giudici della Consulta non "attentano" all'esistenza della Corte di Cassazione⁵²), ma anche nei confronti della magistratura l'atteggiamento, quantomeno iniziale, è la richiesta di una necessaria collaborazione; il discorso pronunciato dal Presidente De Nicola nella seduta d'insediamento del 23 aprile 1956 è dedicato quasi esclusivamente a questo tema: «*ho voluto ricordare questa procedura (il giudizio in via incidentale N.d.A.) non per dire cose nuove, ma per trarne una conseguenza, che nel solo compito in cui la Corte è legata all'autorità giurisdizionale, l'una e l'altra debbono, mirare con unità d'intenti e di azioni, allo stesso scopo: la Corte, vestale della Costituzione: la Magistratura, vestale della legge*».

In quest'ordine di idee si spiegano anche alcune scelte che la Corte compie in quegli anni e che saranno duramente criticate.

Da un lato, la Corte sceglierà di diriger-

si, nella sua prima fase d'attività, prevalentemente sulla legislazione fascista⁵³, in quanto area politicamente meno controversa (i partiti antifascisti quantomeno non avrebbero potuto formalmente opporsi) ed azione socialmente più riconoscibile ed apprezzata⁵⁴, oppure su quella legislazione che, per usare l'immagine di Augusto Cerri, si poneva «'a monte' rispetto alla linea calda di confronto tra forze politiche»⁵⁵; scelta, ripetiamo, interpretata e criticata come la volontà di disinteressarsi delle scelte legislative – in certi casi realmente molto discutibili⁵⁶ – poste in essere dalla maggioranza parlamentare del tempo⁵⁷.

Dall'altro, la Corte, "inventerà" la categoria delle sentenze *interpretative*, proprio perché dominata, come chiarirà il Presidente Sandulli, dalla «*preoccupazione delle conseguenze negative, anziché positive, per la comunità nazionale, dei vuoti da essa creati nell'ordinamento, quando non vengano prontamente colmati (...) A tal fine ha imboccato in un primo tempo, con larghezza, la via delle sentenze cosiddette "interpretative di rigetto", nell'intento di non alterare il sistema quando le disposizioni impugnate siano suscettibili di una interpretazione – diversa da quella giurisprudenziale – non contrastante con la Costituzione*»⁵⁸.

Dunque, è per questa sorta di *horror vacui* che la Corte, laddove è possibile una lettura conforme a Costituzione, *reinterpreta* la disposizione con l'effetto di *salvare* il testo legislativo dall'annullamento.

Ed è singolare la sorte di questa tipologia di sentenze che, nata come espressione di questo intento collaborativo tra la Corte ed il Parlamento, da subito solleverà, da un lato, le resistenze della Magistratura, gelosa della propria attività interpretativa delle leggi, e, dall'altro, il giudizio duramente critico da parte di autorevoli studiosi di "sinistra"⁵⁹, i

quali proprio movendo da questa tipologia di decisioni dipingeranno una Corte del primo dodicennio totalmente "soggiogata" dall'esecutivo e, quindi, colpevolmente orientata al più acritico *favor legis*.

In realtà, la Corte sin dal suo avvio, intendeva affermare un principio ermeneutico generale che caratterizza l'interpretazione giudiziaria in tutti i sistemi giuridici dotati di una costituzione (principio, infatti, anche oggi ampiamente invocato, ad esempio, dalla Corte di giustizia europea): quello del favore per la interpretazione costituzionalmente conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) delle leggi, espressione del più generale canone di conservazione degli atti giuridici.

La Corte, dunque, intende le sentenze interpretative di rigetto come uno strumento di *collaborazione* e proprio per questo ne fissa l'efficacia solo all'interno del giudizio *a quo*.

Solo dinanzi alla sordità o alla indisponibilità a tale collaborazione, com'è noto, essa passerà ad adottare le sentenze interpretative di *accoglimento*.

Questa ultima vicenda riguardante la nascita delle sentenze interpretative, ci consente un'ultima considerazione generale sul percorso seguito dalla Corte nei primi anni della sua attività.

Lo strumento fondamentale per l'affermazione del ruolo della Corte è stata in quegli anni la sua stessa giurisprudenza.

La Corte realizza quasi immediatamente una sorta di modifica "tacita" dell'art. 136 della Costituzione – e delle successive norme di attuazione costituzionale ed ordinaria – che prevedevano una alternativa binaria in tema di decisioni: esse potevano essere o di accoglimento o di rigetto, *tertium non datur*.

La Corte, invece, aggiungerà numerose ulteriori tipologie di decisione (le sentenze interpretative di cui abbiamo parlato, ma oltre ad esse anche le sentenze *monito*, le sentenze *additive*, le sentenze *manipolative*), così come interpreterà in maniera estremamente estensiva le norme – originariamente molto restrittive – sull'*accesso* al giudizio di costituzionalità.

In tal modo essa – quantomeno potenzialmente – estenderà la sua sfera d'azione in tutte le direzioni possibili.

4. La lezione della storia

La Corte costituzionale nella sua fase di avvio, in aperta discontinuità con il contesto politico istituzionale dominato dall'incertezza, esprime una chiara consapevolezza della propria identità costituzionale. A questa chiarezza la Corte abbina uno *stile* di esercizio delle sue funzioni improntato alla ricerca di una legittimazione condivisa innanzitutto da parte dell'opinione pubblica ed, in secondo luogo, da parte del sistema costituzionale, ispirandosi ad un principio di forte collaborazione interistituzionale.

L'effetto più rilevante analizzando tale linea evolutiva è che in tal modo nel primo decennio d'azione della Corte si attua un'estensione massima degli strumenti e della portata della sua azione di giudice costituzionale; tanto è vero che quasi tutti i principi giurisprudenziali in materia di *accesso al giudizio* ed in materia di *tecniche di decisione* vengono già anticipati in quella primissima fase di attività.

Sulla base di queste pur veloci considerazioni riteniamo che i primi anni della "istituzionalizzazione" della Corte possano

contenere un insegnamento ancora utile, nonostante i cinquanta anni di storia di questo organo.

Il vero pericolo all'inizio della attività della Corte fu – più ancora che l'ostilità – l'ignoranza, la confusione e l'incertezza diffuse nella classe politica (ma anche in quella giuridica) circa il ruolo della giustizia costituzionale.

Ma tanto maggiore fu la confusione e l'incertezza del sistema politico, tanto più chiara fu la consapevolezza della propria identità come organo di garanzia costituzionale, preposto alla tutela effettiva della Costituzione.

L'autorità della Corte è, infatti, da un lato legata alla sua natura *super partes*, rappresentando una istanza di garanzia indipendente dagli indirizzi politici contingenti, dall'altro però è anche funzione della sua capacità di essere compresa e "sentita propria" tanto dall'opinione pubblica, quanto dal sistema istituzionale; non v'è pericolo maggiore, infatti, che essa venga nei fatti "ignorata" o che le sue pronunce perdano effettività.

Per un verso, una limpida consapevolezza del proprio ruolo di garanzia costituzionale cui non segue l'effettività delle decisioni⁶⁰, finisce per marginalizzare la Corte, annullandone la funzione di garanzia; per altro, la ricerca della collaborazione con gli altri attori costituzionali – soprattutto quelli di natura politica – se vuol dire "subordinazione" rispetto alle domande delle maggioranze o dei partiti, allo stesso modo vanifica la funzione concreta della tutela⁶¹.

Il problema più delicato è che il punto di equilibrio tra queste esigenze non è tracciabile a priori ed in modo astratto e la vicenda storica dell'avvio della Corte ci pare confermi questo giudizio.

L'azione della Corte costituzionale ita-

liana nei suoi primi anni è stata caratterizzata dalla ricerca del concreto punto di equilibrio tra la necessità di non rinunciare alla propria funzione e l'attenzione all'effettività di tale funzione nel sistema costituzionale.

Lo strumento di questa azione è sempre stata la propria giurisprudenza, eventualmente utilizzata in maniera creativa, ampliando tipologie decisorie o le condizioni di accesso.

In questi ultimi anni la Corte, da un lato, è stata oggetto di frequenti critiche politiche per le sue decisioni e, dall'altro, si è trovata a svolgere nei fatti un'ampia funzione di supplenza nei riguardi del Parlamento: si pensi alle sentenze della Corte costituzionale in materia regionale che oggi costituiscono oltre la metà di quelle pronunciate⁶² e che rappresentano, dinanzi alla latitanza delle Camere, di fatto l'unica "normativa di riferimento" per l'attuazione delle riforme costituzionali del 1999-2001, oppure si consideri la giurisprudenza sui conflitti di attribuzione riguardanti l'insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari, anch'essa conseguenza di una generale indisponibilità del Parlamento ad un utilizzo corretto dei poteri previsti dall'art. 68 Cost.⁶³

In questa situazione, quindi, è particolarmente importante per la Corte mantenere quella chiarezza e quell'equilibrio che ha caratterizzato i suoi primi anni di vita e oggi, a cinquanta anni dalla sua istituzione, tenere viva la memoria e l'esempio di quel periodo in cui, come abbiamo visto, confusione ed incertezza sul suo ruolo non erano certamente minori di quelli attuali.

- ¹ I principali studi specificamente dedicati al tema e di taglio storico, se si eccettuano le parti storico-introdottrive dei vari manuali di giustizia costituzionale o le voci enciclopediche, sono quelli di Tranfaglia N., *Per una storia politica della Corte costituzionale*, ora in *Dallo stato liberale al regime fascista*, Milano, 1973; D'Orazio G., *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981; Bonini F., *Storia della Corte costituzionale*, Napoli, 1996; Cheli E., *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nelle dinamiche dei poteri*, Bologna, 1996; Rodotà C., *Storia della Corte costituzionale*, Bari, 1999.
- ² Cheli E., *Introduzione a Paladin L., Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, p. 12.
- ³ Sia consentito rinviare sul punto alla ricostruzione contenuta in Simoncini A., *Corte e concezione della forma di governo*, in Tondi della Mura V., Carducci M., Rodio R.C. (a cura di) *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, p. 241 e la dottrina ivi citata.
- ⁴ La legge cost. n. 1 del 1953 e la legge ordinaria n. 87 del 1953.
- ⁵ Utilizzano espressamente la locuzione «ostruzionismo di maggioranza» per spiegare il ritardo nella creazione della Corte, ad esempio, Ruggeri A., Spadaro A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, p. 48; Barbera A. e Fusaro C., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, seconda ed. p. 394; Rodotà C., *Storia della Corte costituzionale*, cit., p. 19; Zagrebelsky G., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 490.
- ⁶ Calamandrei P., *L'ostruzionismo di maggioranza*, «Il Ponte», 1953, I, p. 129; II, p. 274; III, p. 433.
- ⁷ L'espressione è di Bonini F., *Storia della Corte*, cit., p. 67.
- ⁸ «Il periodo legislativo che va dal 18 aprile 1948 al 7 giugno 1953 passerà alla storia come il quinquennio dell'inadempimento

costituzionale: a voler meglio specificare i caratteri di questo inadempimento, si dovrà concludere (come si vedrà) che si è trattato in gran parte di un inadempimento *voluto*, cioè, si direbbe nel linguaggio civilistico, *doloso*», Calamandrei P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Scritti e discorsi politici*, vol. II, Firenze, 1966, p. 483 (corsivo originale nel testo), ma si vedano i giudizi analoghi riportati in Paladin L., *Per una storia*, cit., pp. 96 e 97.

- ⁹ Cheli E., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978, p. 58, riecheggia qui il giudizio altrettanto netto di Mortati, secondo cui «il periodo in cui più accentuata è stata la violazione dell'obbligo di osservanza della Costituzione coincide con la durata della prima legislatura (1948-1953) nella quale si affermò il dominio del partito che aveva ottenuto nelle elezioni la maggioranza assoluta», Mortati C., *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1962, p. 230.

- ¹⁰ Cfr. ad es. Barbera A. e Fusaro C., *Corso di diritto pubblico*, cit., p. 394 (dopo aver richiamato l'«ostruzionismo di maggioranza», gli autori affermano che «solo nel corso della seconda legislatura fu possibile attivare la Corte costituzionale. Non era questione da poco: il ritardo fece sì che si affermassero interpretazioni della Costituzione conservatrici e restrittive, con effettiva limitazione delle libertà dei cittadini»; Zagrebelsky G., *Giustizia costituzionale*, cit., p. 490, descrivendo l'iter legislativo per l'attuazione della Corte costituzionale, segnala che in verità il Governo presentò il disegno di legge per attuazione della Corte molto sollecitamente (14 luglio 1948), ma poi «iniziò quello che fu definito l'«ostruzionismo della maggioranza» all'attuazione della costituzione».

- ¹¹ La tesi è stata esposta da Gustavo Zagrebelsky (*Giustizia costituzionale*, cit., p. 492); secondo l'Autore l'ostruzionismo della maggioranza terminò proprio con l'approvazione della nuova legge elettorale nel 1953 (la c.d. legge truffa) dal momento che con questa legge il partito di maggioranza (la Democrazia cristiana) «immaginava che dalle elezioni politiche del 1953 sarebbe uscito un parlamento nel quale la sua presenza sarebbe stata ancora predominante (...) e tale predominio avrebbe assicurato alla Democrazia cristiana (...) il controllo sulle nomine dei giudici costituzionali di origine parlamentare e, attraverso il controllo della nomina del Presidente della repubblica, anche di quelli di origine presidenziale» (in realtà considerazioni analoghe erano state già anticipate da Calamandrei P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., p. 489); recentemente Ugo De Siervo ha definito questa tesi «curiosa» (*L'istituzione della Corte costituzionale in Italia: dall'Assemblea costituente ai primi anni di attività della Corte*, in corso di pubblicazione in *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive (a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale)* in *Atti del Convegno svoltosi a Roma il 14 e 15 giugno 2006*), dal momento che essa «(dimentica), quantomeno, che il dibattito sulle modalità di nomina dei giudici di designazione parlamentare e presidenziale risalgono ad alcuni anni prima del dibattito sulla legge elettorale e che comunque tutte e due le leggi risultarono infine approvate nel tumultuoso marzo 1953 con maggioranze larghissime, che vanno ben oltre la maggioranza parlamentare (non solo la legge costituzionale, ma anche la legge ordinaria, che risulta approvata definitivamente, ad esempio, dalla Camera con una maggioranza pari

- al 90% dei voti)» (p. 2 del dattiloscritto).
- ¹² Ovvero, addirittura, ritenere il caso della Corte il fenomeno più emblematico di «ostruzionismo di maggioranza».
- ¹³ Paladin L., *Per una storia*, cit.
- ¹⁴ *Ibidem*, p. 98 (nostro il corsivo).
- ¹⁵ Cfr. il saggio di Bisogni G., *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, in De Siervo U., Guerrieri S., Varsori A., (a cura di) *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, vol. I, Roma, 2004, p. 71 e ss. ovvero De Siervo U., *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia*, cit.
- ¹⁶ Composto, com'è noto, dagli artt. 134-137 della Costituzione e dalla Legge costituzionale n. 1 del 1948.
- ¹⁷ Bisogni G., *Le leggi istitutive*, cit., p. 77.
- ¹⁸ *Ibidem*.
- ¹⁹ *Ibidem*, p. 79 nt. 14.
- ²⁰ *Ibidem*, p. 82.
- ²¹ De Siervo U., *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia*, cit. (p. 4 del dattiloscritto, nt. 13).
- ²² *Ibidem*.
- ²³ *Ibidem* (p. 9 del dattiloscritto).
- ²⁴ Bartole S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 41 e ss. (nostro il corsivo), l'Autore intitola il secondo capitolo del suo volume «interrogativi e dubbi sulla normatività della Costituzione».
- ²⁵ Per richiamare il titolo del notissimo saggio di Barile P., *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951.
- ²⁶ Su questa ricostruzione si veda ancora lo studio di Bartole S., *Interpretazione*, cit., p. 17 e ss.
- ²⁷ «Mai in giurisprudenza si ebbe chiara percezione del fatto che il riferimento alla normativa vigente nella VII disp. trans. poteva anche risultare ambiguo, in quanto si prestava ad essere letto sia come un richiamo alla meno vicina prassi statutaria che come un rinvio a quella contigua dell'ordinamento provvisorio», Bartole S., *Interpretazioni*, cit., p. 34.
- ²⁸ *Ibidem*, p. 42, esamina i primi precedenti che risalgono al 1948.
- ²⁹ *Ibidem*, p. 41
- ³⁰ Bignami M., *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano 1997.
- ³¹ Classico è il riferimento, oltre al citato saggio di Barile, al volume di Crisafulli V., *La Costituzione e le sue norme di principio*, Milano, 1952
- ³² Argomento secondo il quale l'efficacia della Costituzione rispetto ad una legge previgente non derivava dalla rigidità costituzionale e dalla sua sovraordinazione gerarchica producendone la nullità, ma sarebbe potuto derivare solo da una legge parlamentare attuativa della Costituzione, abrogatrice della legislazione previgente.
- ³³ Si vedano, ad es. le sentt. 1 e 4/1959; 12/1960; il fenomeno fu studiato, denunciando la persistenza della posizione del Governo, da Tosi S., *Il Governo davanti alla Corte costituzionale nei giudizi incidentali di costituzionalità*, Milano, 1963; ma anche più recentemente Cerri A., *La giurisprudenza costituzionale*, in «Rivista Trimestrale di diritto pubblico», 2001, p. 1331, ha rilevato come «la tecnicità di questa eccezione non può celarne la sostanza politica di segno conservatore».
- ³⁴ Sulla ricostruzione del dibattito alla Assemblea costituente si vedano, tra i tanti, D'Orazio G., *La genesi della Corte costituzionale*, cit., p. 108; Bonini F., *Storia della Corte costituzionale*, cit.; Mezzanotte C., *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1979; Pierandrei F., *Corte costituzionale*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1962, pp. 874 e ss. Sui modelli e sul dibattito alla Costituente, in particolare, vedi Cheli E., *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 1*, Milano, 1991, pp. 127 e ss., ora in Cheli E., *Il giudice delle leggi*, cit., pp. 29 e ss.; Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 28 e ss.; Malfatti E., Panizza S., Romboli R., *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, pp. 9 e ss.; Ruggeri A., Spadaro A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pp. 41 e ss.
- ³⁵ L'espressione è di Cheli E., *Il giudice delle leggi*, cit., p. 30.
- ³⁶ Ma ancora nel 1965 si discute della natura della Corte costituzionale come organo costituzionale, come dimostrano molti degli interventi raccolti nel volume a cura di Maranini G., *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966 (in particolare gli interventi di Mauro Cappelletti, Vezio Crisafulli, Giuseppe Maranini, Costantino Mortati e Giuseppe Branca).
- ³⁷ Sandulli A. M., *Sulla «posizione» della Corte costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1960, pp. 705 e ss.
- ³⁸ Barile P., *La Corte costituzionale come organo sovrano: implicazioni pratiche*, in questa «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1957, pp. 907 e ss.
- ³⁹ Cfr. il D.P.R. 21 gennaio 1956 in GU n. 17 del 21 gennaio 1956 e la ricostruzione storica di Bonini F., *Storia della Corte costituzionale*, cit., p. 111.
- ⁴⁰ *Ibidem*.
- ⁴¹ Sulla vicenda cfr. Rodotà C., *Storia della Corte costituzionale*, cit., pp. 27-28.
- ⁴² Simoncini A., *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 4, 2004, p. 3072.
- ⁴³ Lavoro che porterà ad approvare il 16 marzo 1956 le *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*. Sul valore di tali Norme e sul dibattito che sollevano cfr. Panunzio S., *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, 1970.

- ⁴⁴ Si pensi al giudice Giovanni Cas-sandro, nato nel 1913, che aveva 42 anni al momento del giuramento o al giudice Mario Bracci, del 1900, che entra alla Corte costituzionale all'età di 55 anni.
- ⁴⁵ Si pensi ad Enrico De Nicola, nato nel 1877, che aveva, dunque, 78 anni al momento del giuramento oppure a Gaetano Azzariti, del 1881, che aveva, 74 anni al momento del giuramento.
- ⁴⁶ Cheli E. *Il giudice delle leggi*, cit., pp. 32 e 33.
- ⁴⁷ *Ibidem*, p. 77.
- ⁴⁸ «Troppo nuove e contrastanti con quello che si diceva regime parlamentare puro, erano queste norme, perché non sorgessero perplessità o difficoltà e, per ben otto anni, questa parte essenziale della Costituzione rimase inattuata. Ci volle alla fine una grande energia ed autorità per stroncare gli indugi che si protravvano». Cfr. Conferenza stampa del Presidente Azzariti del 28/12/1957.
- ⁴⁹ Cfr. Sandulli A.M., *Discorso pronunciato dal Presidente della Corte Prof. A. M. Sandulli il 3 dicembre 1968 per celebrare il XII anniversario della prima udienza*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1968, pp. III e ss.
- ⁵⁰ Bonini F., *Storia della Corte costituzionale*, cit., p. 114.
- ⁵¹ Commentata da Barile P., *Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1959, pp. 240 e ss.
- ⁵² «La Corte di cassazione era l'organo supremo del potere giudiziario e tale rimane anche ora», Conferenza stampa del Presidente De Nicola, 6 luglio 1957.
- ⁵³ Vedi l'analisi di Onida V., *Magistratura e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, pp. 506 e ss.
- ⁵⁴ Così osserva Cheli E., *Il giudice delle leggi*, cit., pp. 32 e 33.
- ⁵⁵ Cfr. Cerri A., *La giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 1336 e la giurisprudenza ivi citata.
- ⁵⁶ Si pensi solo alle lacune nella attuazione della parte della costituzione riguardante i diritti civili e politici o la realizzazione dell'ordinamento regionale.
- ⁵⁷ Cfr. Tranfaglia N., *Per una storia politica*, cit., p. 246.
- ⁵⁸ Sandulli A.M., *Discorso pronunciato dal Presidente della Corte Prof. A. M. Sandulli il 3 dicembre 1968*, cit., p. XXVI.
- ⁵⁹ Cfr. Tranfaglia N., *Per una storia politica ...*, cit., 231 e ss., che critica (aspramente) l'introduzione, già dalle prime pronunce, dei dispositivi di rigetto «condizionali» (sotto forma di interpretative). Secondo l'A. queste sentenze rappresenterebbero il vero problema di fondo della Corte, che al momento di decidere su una questione di preminente interesse politico non prenderebbe posizione in modo netto accogliendo o rigettando la questione *tout court*.
- ⁶⁰ Per usare l'espressione di Pierandrei F., *La Corte costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna 1953, ora in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino 1965, pp. 81 e ss.
- ⁶¹ Per una disamina analitica di tale dinamica della giurisprudenza costituzionale, sia consentito ancora il rinvio a Simoncini A., *L'avvio della Corte costituzionale*, cit.: l'allargamento dell'accesso alla Corte avverrà attraverso l'ampliamento del parametro di costituzionalità (p. 3088), della tipologia dei vizi denunciabili – «formali» e «procedurali», eguaglianza, ragionevolezza, eccesso di potere legislativo – (p. 3089), ampliamento dell'oggetto (p. 3094); l'ampliamento delle tecniche di decisione avverrà attraverso l'introduzione delle sentenze «monito» (p. 3096), delle sentenze «interpretative» (p. 3096), delle sentenze «manipolative» (p. 3100).
- ⁶² Mette in guardia da ricostruzioni enfatiche dei poteri della Corte, il cui ruolo «resta solo quello di essere la fondamentale tutrice del primato effettivo della norma costituzionale (e solo laddove esista effettivamente) sull'attività degli organi espressivi del potere politico», Ugo De Siervo in *Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in questo numero del *Giornale di storia costituzionale*.
- ⁶³ Soprattutto su questo rischio richiama acutamente l'attenzione, esaminando in maniera retrospettiva la propria attività di giudice costituzionale Gustavo Zagrebelsky, nel recente volumetto *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005.
- ⁶⁴ Nel biennio 2003-2004 su 310 sentenze della Corte costituzionale ben 161 (dunque oltre il 50 %) sono originate da giudizi in via principale ovvero da conflitti intersoggettivi; nel 2005 i dati rimangono sostanzialmente costanti. Dati esposti in De Siervo U., *Le leggi regionali*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di A. Pizzorusso*, Pisa, 2006, p. 291.
- ⁶⁵ Su 23 questioni riguardanti il conflitto di attribuzione tra i poteri decise dalla Corte nel 2005, 21 sono questioni sollevate da vari organi della magistratura contro dichiarazioni di insindacabilità rese da una delle due Camere del Parlamento (cfr. *Relazione sulla attività della Corte costituzionale nel 2005* (reperibile presso il sito della Corte www.cortecostituzionale.it)).

Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*

PASQUALE PASQUINO

Un'idea che non sia pericolosa non merita affatto di essere chiamata un'idea

O. Wilde

Le osservazioni che seguono sono poco più che ipotesi di ricerca su un terreno sul quale in genere non si avventurano gli studiosi della teoria politica, a torto peraltro, come vorrei mostrare qui di seguito. In ogni caso mi sono lasciato guidare dalla *regula ad directionem ingenii* la quale sostiene che una teoria *risk adverse* è sempre una teoria povera e da piccolo funzionario dello spirito.

Lo stimolo a monte del programma di ricerca che vorrei qui esporre per sommi capi è stato un numero dei *Cahiers du Conseil Constitutionnel* (no. 6, 1998) che ha dedicato la sezione monografica di un suo fascicolo alla Corte costituzionale italiana, numero al quale avevano collaborato Alessandro Pizzorusso, il presidente Granata, intervistato da Bruno Genevois, e, per la parte storica, relativamente ai dibattiti che

hanno condotto all'introduzione nel nostro paese del controllo di costituzionalità tra 1946 e 1947, l'autore di queste note. Ma poiché in quel breve testo dico cose note agli studiosi italiani, passerò oltre. In realtà questo breve intervento non è altro che l'approfondimento di un aspetto del lavoro, di cui avevo già presentato una prima bozza (*Ratio Juris*, Vol. 11, Number 1, March 1998, pp. 38-50), sui modelli di controllo e le trasformazioni della forma di governo (sviluppati successivamente in "Tipologia della giustizia costituzionale in Europa", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, n.2, pp. 359-369 e "Constitutional Adjudication: Lessons from Europe", in *Texas Law Review*, vol. 82, N.7, 2004, pp. 1671-1704).

Il punto di partenza, che è ancora il mio

* Questo articolo riprende per l'essenziale un intervento di qualche anno fa presso la Fondazione Basso di Roma. Oltre la Fondazione Basso, desidero ringraziare in particolare Enzo Cheli che era presente alla discussione e che è stato per me un modello per lo studio del nostro diritto costituzionale..

oggi e che raccoglie l'*Erkenntnisinteresse* della ricerca, ha tratto alla teoria della democrazia, ed allo stato insoddisfacente in cui essa versa da un po' di tempo. Questa, anche quando prende la forma *à la page* dell'"ingegneria costituzionale" ignora, infatti, che, accanto al parlamento eletto ed all'esecutivo (politicamente responsabile o indipendente), esistono, *da un lato*, forme non rappresentative dell'espressione della "volontà popolare" – i referendum (un altro istituto delle cui origini costituzionali mi sono occupato in un articolo apparso nella *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Dicembre 1998, pp. 1-18: «La costituzionalizzazione del referendum a Weimar e a Roma») – e, *dall'altro*, «organi non elettivi», che svolgono funzioni essenziali in seno allo Stato costituzionale di diritto. Il più importante fra questi organi, dotato di dignità costituzionale e di funzioni di indirizzo politico (per riprendere un'espressione di Barile), è la Corte suprema che è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'Assemblea Costituente del 1946-47. Giustamente Vezio Crisafulli (in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, Cedam, 1984, p. 71) osservava che «le due maggiori novità introdotte dai costituenti sono la corte costituzionale e il referendum» (*La Corte costituzionale ha vent'anni*).

La questione che cercherò di chiarire qui è quella della misura in cui la presenza dell'organo di controllo di costituzionalità modifica la natura della forma politica che chiamiamo governo rappresentativo. Una questione sollevata con forza proprio negli anni a ridosso della Costituente da un autore caro a me ed a Maurizio Fioravanti: Vittorio Emanuele

Orlando – uno dei più fieri oppositori della Corte.

In questa prospettiva specifica rivisitare i dibattiti che condussero alla sua introduzione può essere ancora di qualche giovamento. Come accennavo all'inizio, al pubblico di lettori di questa rivista i fatti sono noti e non sarà necessario tornarci sopra – con l'eccezione mi sembra di un dettaglio relativo alla legge costituzionale n° 1 del 1948, che definisce il meccanismo di accesso alla Corte. Riassumo dunque rapidamente. La relazione di sintesi redatta da Massimo Saverio Giannini per la Commissione Forti stabiliva il nesso fra "costituzione rigida" e necessità del controllo sulle leggi emanate dal Parlamento. Naturalmente, questo nesso storicamente e logicamente ineccepibile, ha trovato d'abitudine un'obiezione nell'eccezione francese che prevedeva al tempo stesso testi costituzionali rigidi e rifiuto del controllo (sarebbe in realtà utile tornare sulla dottrina francese che fu nei fatti, ed in particolare sotto la Terza Repubblica, più ambigua di quanto non si creda – essa diceva, infatti, come Zerlina: «vorrei e non vorrei»!). Esempio, comunque, nel senso del rifiuto, la bocciatura unanime da parte della *Convention thermidorienne* della proposta avanzata da Sieyès di un *jury constitutionnaire* (che è organo un po' diverso da una Corte. Sul punto si veda di chi scrive Sieyès *et l'invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998).

Vale, però, la pena di fare subito una considerazione di ordine più generale, critica nei confronti dell'ideologia "rappresentativa" (tornerò su questa espressione di per sé poco chiara). Il costituzionalismo classico, sia nella versione inglese del *King in Parlia-*

ment che in quella francese della costituzione (certo nata morta) del 1791, o ancora nella versione americana con presidente eletto, era ben lungi dall'attribuire poteri illimitati alla maggioranza elettiva di un unico organo (Madison parlava di "precauzioni supplementari" da accostare al meccanismo di elezione periodica dei governanti). La "legge" in tutti questi modelli era il risultato di un accordo e di un compromesso fra una pluralità di organi di varia natura e con diversa legittimità (elettiva o meno). Essa era in sostanza – e bisognerà ricordarsene – il risultato della volontà di una supermaggioranza (quella che propongo di chiamare *maxima pars*), e con questo termine intendo qualsiasi forma di maggioranza che non può essere ridotta a quella della maggioranza assoluta di un singolo organo elettivo politicamente responsabile di fronte al corpo elettorale.

Bicameralismo e veto regio, o presidenziale, furono gli strumenti del primo costituzionalismo per tenere in scacco il principio di maggioranza che la teoria politica fa coincidere troppo spesso con l'essenza stessa di una buona forma di governo (o come si dice oggi con un certo abuso di linguaggio "democrazia", intendendo con questo termine null'altro che tutto quanto dovrebbe essere parte di una buona forma di governo). Jon Elster ha scritto su questo tema un articolo che riassume bene il mio punto: *Limiting Majority Rule: Alternatives to Judicial Review in the Revolutionary Epoch!* (in: E. Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague, Kluwer, 1995, pp. 3-21).

Il problema essenziale sul quale vorrei attirare l'attenzione è che la dottrina del costituzionalismo classico, perfettamente desi-

derosa della rigidità delle norme costituzionali, ne affidava la garanzia ad un supposto meccanismo automatico, incorporato nella struttura stessa della distribuzione dei poteri, un meccanismo che in inglese si chiamerebbe *self-enforcing*. Thibaudeau nel suo discorso contro il «jury constitutionnaire» di Sieyes alla Convenzione parla di 'garanzia interna' che egli oppone alla 'garanzia esterna' – qui però si deve intendere interno o esterno all'organizzazione del potere legislativo, che per lui è *la fin de l'histoire* e per noi no! Si troverà la prova di quanto sto dicendo nei numeri del *Federalist* (## 47-51) consacrati alla separazione dei poteri, intesa come meccanismo di *checks and balances* capaci di produrre al tempo stesso "moderazione" (nel senso di Montesquieu, e dunque un alto grado di certezza del diritto) e stabilità del sistema – o, come diciamo a partire da Bryce, *rigidità* della costituzione.

Ma anche negli scritti di tecnologia costituzionale dell'abate Sieyes, il quale sosteneva nel 1789 che una buona distribuzione dei poteri è di per sé garanzia della stabilità della costituzione. La dottrina della gerarchia delle norme che troviamo in forme diverse prima nelle decisioni del *Chief Justice* Marshall e poi nella dottrina di Kelsen, esisteva sotto la vecchia forma della differenza fra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* formulata, in realtà, ben prima della rivoluzione francese da George Lawson nei suoi scritti di critica ad Hobbes (sul *pouvoir constituant* si vedano i lavori fondamentali di E. Zweig, *Die Lehre vom 'pouvoir constituant'*, Tübingen, 1909, E-W. Böckenförde, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Frankfurt am M., A. Metzner, 1986 e Cl. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996).

Sto sostenendo che se l'istituzione di organi di controllo è recente, al di fuori

degli Stati Uniti e dei paesi che hanno subito una forte influenza di quel modello, l'esigenza non è affatto nuova, ma è iscritta nel codice genetico stesso del costituzionalismo. Il che sfugge, forse, ai teorici della democrazia e del modello Westminster (quello senza controllo di costituzionalità). Ma torniamo ai nostri dibattiti costituenti – dei quali vorrei sottolineare *en passant* che rappresentano il primo grande dibattito sulla questione del controllo di costituzionalità (niente di paragonabile in Austria nel 1919, niente naturalmente in Giappone, quasi niente in Germania, un fatto che meriterebbe, in altra sede, qualche considerazione supplementare in particolare quanto alla relazione fra cultura socialdemocratica, da un lato e sinistra francese o come si dice in Italia giacobina, dall'altro).

Una volta acquisita con la scelta della rigidità della costituzione quella della necessità del controllo, sorge la questione della natura dell'organo preposto a questa funzione (oltre a quella della natura della funzione stessa, come si dice, politica o giurisdizionale). Lo spettro del "governo dei giudici" e la concreta volontà di impedire alla magistratura di esercitare un potere di controllo sulla classe politica è certamente all'origine del rifiuto del modello americano pure perorato durante i lavori della Costituente da personalità diverse fra di loro come L. Einaudi e Calamandrei (forse per il primo valeva anche l'influenza del saggio di suo figlio Mario sulle origini del controllo: *The physiocratic doctrine of judicial control*, Harvard University Press, 1938). Di qui, da questo rifiuto, il ricorso al cosiddetto modello continentale, che pone in capo ad un organo specializzato ed estraneo alla magistratura ordinaria il sindaco

to di costituzionalità delle leggi. Ritornerei fra poco sugli argomenti portati dai vecchi liberali e dalla sinistra social-comunista per opporsi, invano, all'istituzione della Corte. Vorrei qui soffermarmi su un punto che è stato meno sovente discusso: quello relativo alle *norme di accesso alla corte*, un po' perché queste hanno prodotto un modello originale che la dottrina si accorda a chiamare "misto", ma anche perché la ricerca storica sul punto non sembra – strano a dirsi – del tutto esaurita.

Come è noto è la Costituente che, in una coda delle sue attività, vota nel gennaio del 1948, il 31 gennaio, la legge Costituzionale N° 1 attuativa dell'art. 137 Cost. dal titolo: «Norme [sulla proponibilità dei] giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale».

L'Assemblea è stanca. Anche i tempi della *prorogatio* stanno per scadere. La sera del 31 gennaio il relatore Mortati – contrariamente alle sue abitudini, se così posso dire – rinuncia all'esposizione generale della sua relazione. Giannini, l'uomo qualunque (non Massimo Severo), e Condorelli fanno melina; Ruini e Moro difendono la necessità di votare un testo di legge che sciolga un nodo, senza di che la Corte sarebbe rimasta sospesa per ancora più tempo forse di quanto non accadesse poi in seguito. Il testo viene votato, dopo qualche intervento del guardasigilli Grassi, ed è esso che introduce il meccanismo del ricorso incidentale proveniente dal giudice *a quo* che è il vero cardine del modello italiano. Vale la pena riferire quanto scriveva nel suo diario Giulio Andreotti, a proposito del dibattito parlamentare del 31 gennaio: «Discussione un po' tesa sulla Corte Costituzionale (che giudicherà sulla legittimità delle leggi). Giannini e Lucifero avrebbero

voluto un rinvio: ma il disegno è passato con 232 voti contro 54. Così cala il sipario definitivo sull'Assemblea [Costituente]» (1948. *L'anno dello scampato pericolo*, Milano, Rizzoli, 2005, p. 28).

Già Kelsen nel suo scritto del 1928 sulla *Garantie juridictionnelle* aveva affermato:

La questione del *modo di introdurre* [sottolineatura mia] il giudizio davanti al tribunale costituzionale ha un'importanza fondamentale: la misura in cui il tribunale potrà adempiere il proprio compito di garante della costituzione dipende principalmente dalla sua soluzione!

[*La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 194]

Dunque, questa storia dell'accesso è importante e si vorrebbe sapere su di essa tutto il possibile. Pure negli atti dell'Assemblea Costituente manca il testo della relazione Mortati. E questo stupisce e produce uno stato di insoddisfazione anche perché si ha l'impressione che, a costituzione votata, i giochi si fanno altrove, piuttosto in sede di governo che in quest'ombra di costituente *in articulo mortis*. Quella relazione dove è finita? In realtà una forma spuria della stessa, pubblicata di recente, si trova nel vol XII,2 dei «Verbali del Consiglio dei ministri» relativi al governo De Gasperi (Roma, 1998, pp. 1766 segg.). È nel corso della seduta del 28 gennaio 1948 del consiglio dei ministri che viene approvato definitivamente il «disegno di legge costituzionale in applicazione dell'art. 137 della Cost. per il funzionamento della Corte costituzionale». Qui, in nota, il curatore dei verbali pubblica la relazione che manca agli atti della Costituente. Se però si prende la pena (faccio per dire perché il luogo è molto bello) di andare all'Archivio storico della Camera, il dattiloscritto originale della

relazione (probabilmente di Mortati) getta una luce molto più interessante sulle scelte imposte dal governo circa l'accesso alla Corte.

Innanzitutto, in testa al primo foglio si legge scritta a matita la notazione seguente: «3° testo concretato con il Consigliere Leone [? chi, Giovanni] della Presidenza del Consiglio dei Ministri il 27 gennaio 1948». Ora il testo risultante dal compromesso fra il governo e Mortati [e la commissione dei 18] comporta l'abolizione di una delle fattispecie del ricorso previste dal relatore. Infatti, mentre si tiene ferma quella «rilevata d'ufficio o sollevata da una delle due parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata», viene fatta cadere l'altra modalità: «La seconda categoria dei possibili ricorsi è rappresentata da quelli che, all'infuori di ogni lesione di diritto o di interesse sono sollevati nell'interesse pubblico e generale, quasi con carattere di azione popolare, dal Governo o da un *quorum* di componenti di ciascuna camera». (Nell'articolo che segue la relazione si parla di un quinto dei componenti di una delle due Camere).

Il ricorso della minoranza, introdotto fra l'altro in Francia dalla riforma della *saisine* del *Conseil constitutionnel* del 1974, non risultò gradito al governo De Gasperi che ne impose la cancellazione nella bozza stessa del relatore [ricordo che di ricorso della minoranza aveva già parlato Calamandrei nella seduta del 22 gennaio 1947 in seno alla Seconda Sottocommissione]. Non mi fermerò tuttavia su questo punto. Volevo solo segnalare come meritevole di approfondimento e segnalare anche il lavoro di Giuditta Brunelli, presentato in un seminario del Gruppo di Pisa, col titolo: «Una riforma

ma non necessaria: l'accesso diretto delle minoranze parlamentari al giudizio sulle leggi» – relazione che condivido ampiamente.

In sostanza, la legge costituzionale del 9 febbraio 1948 poneva in essere quel modello misto che vede per l'essenziale la Corte messa in movimento dal giudice *a quo* per via incidentale, dando tuttavia luogo a pronunzie che per il loro effetto *erga omnes* vengono a porsi su un piano normativo di generalità equivalente a quello dell'attività legislativa. Sulle caratteristiche proprie di questo modello, certamente originale, mi sono fermato brevemente nello scritto apparso in *Ratio Juris*. Vorrei qui ripetere soltanto che la Corte assume, in virtù delle norme che regolano l'accesso ad essa, una posizione costituzionale di snodo fra gli organi giudiziari e quelli legislativi. Questa posizione fa di essa un reale contropotere (qui ancora nel senso di Montesquieu), essenziale in uno Stato di partiti nel quale né il governo, espressione della maggioranza politica (la situazione è diversa negli Stati Uniti), né la magistratura, comunque sottoposta alla legge nell'esercizio delle sue funzioni (la situazione diversa dai paesi di *common law*) possono contrastare e porre un freno al potere della maggioranza politica.

Le questioni che vorrei affrontare ora, di carattere più teorico, possono essere riassunte così:

1. Quale è in generale la funzione della corte?
2. Da dove viene la sua legittimità? E perché è stata introdotta?

Per rispondere alla domanda circa la natura della Corte costituzionale e circa la

sua funzione si sono versati fiumi d'inchiostro. In particolare, si è sempre molto discusso per sapere se essa era o doveva essere un organo politico o giurisdizionale. Di per sé questa mi sembra una questione di lana caprina. (Si veda, ora, su questo tema il bel volumetto di Gustavo Zagrebelsky: *Principii e voti*, Torino, Einaudi, 2005). Certo se si intende con «politico» il carattere di un organo partitico, la Corte non deve esserlo e la nostra lo è stato poco, rivelandosi in questo senso un potere neutro e di garanzia (ci sono esempi di giudici eletti con l'appoggio di una parte del parlamento che in camera di consiglio si sono comportati in modo da deludere le aspettative dei loro grandi elettori). D'altro canto il suo statuto di organo costituzionale di indirizzo è tale che non si può certo negare il ruolo politico della Corte e degli effetti delle sue pronunzie. Dal punto di vista formale della classificazione delle funzioni mi sembra di poter condividere oggi quanto scriveva nel lontano 1957 l'allora presidente della Corte, Gaetano Azza-riti, il quale parlava di funzione legislativa costituente (mi riferisco al suo articolo: "La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano", in *Studi sulla Costituzione*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958; ricco di spunti interessanti, come peraltro i lavori sullo stesso tema di Crisafulli e di Calamandrei). È assodato comunque che la tripartizione classica è oggi assolutamente insufficiente per non dire inadeguata a render conto delle attività esercitate dagli organi dello Stato costituzionale di diritto.

Il punto centrale di questo dibattito mi sembra però un altro, un punto sottolineato dagli oppositori di questo istituto nel corso dei lavori della Costituente, la cui

importanza resta decisiva. Quello che con linguaggio appena diverso Orlando, da un lato, e Nenni e Togliatti, dall'altro, rimproveravano all'organo costituendo era la sua assenza di legami con il meccanismo principe di legittimazione degli organi di comando di un governo rappresentativo: cioè, l'elezione popolare. Nenni affermava infatti: «La Corte di cui si discute potrà ben essere composta dagli uomini più illustri e più ferrati nel diritto costituzionale, ma poiché essi *non sono stati eletti dal popolo* [sottolineatura mia], non hanno il diritto di giudicare gli atti del Parlamento» (cfr. il mio articolo nei *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, p. 57).

La vecchia idea della sovranità interna del Parlamento, a cui tanto tenevano Nitti e Vittorio Emanuele Orlando («E chi potrà misurare lo stato di disagio di tutto l'ordinamento giuridico ogni volta che un organo sovrano come il Parlamento venisse a trovarsi dal lato del torto dichiarato giurisdizionalmente?» [citato in *Quaderni costituzionali*, 1998, n° 1, p. 6]) ed a cui fa ricorso la sinistra social-comunista convertita con lo zelo del neofita al Parlamentarismo assoluto, costituisce un ostacolo all'introduzione del controllo di costituzionalità esercitato da un organo non elettivo e politicamente non responsabile dinanzi al corpo elettorale.

Ma bisogna veramente credere e genuflettersi dinanzi a questo dogma del governo rappresentativo (quella che chiamavo prima ideologia rappresentativa) dogma proclamato e santificato nel cielo della teoria dall'abate Sieyes? Si considerino i punti seguenti.

Il primato dell'organo parlamentare (che è altra cosa dalla funzione legislativa la quale può essere esercitata da un *King in Parliament* [organo misto, elettivo solo per un terzo] o

anche da un monarca ereditario che governi con leggi come nel modello montesquieuiano della *monarchie*) è fondato:

1. sull'assunto (che è certamente un pregiudizio) in base al quale il Parlamento (anzi la sua maggioranza) esprime la «volontà popolare» (naturalmente sovrana); su questo punto le obiezioni di Schumpeter all'ideologia classica della democrazia restano, a mio parere, incontrovertibili!

2. sull'assunto (anch'esso perfettamente discutibile) il quale sostiene che gli organi elettivi sono politicamente responsabili (*accountable*) e gli elettori giudici effettivi delle politiche dei governi, espressione delle maggioranze politiche (ma anche del rispetto delle regole costituzionali?).

Queste due tesi, cruciali per l'ideologia rappresentativa non sono interamente prive di senso e si capiscono in un quadro storico che è quello, 19° secolo, delle lotte dei Parlamenti contro gli esecutivi monarchici (*Troisième République* in Francia e governo di gabinetto à la *Bagehot* in Inghilterra) e dell'estensione della cittadinanza legata all'allargamento del suffragio. Peraltro lo stesso Carré de Malberg (nella sua risposta al testo di Kelsen sul controllo di costituzionalità) denunciava l'arbitraria *reductio ad unum* della volontà del parlamento con quella del popolo operata dalla dottrina della Rivoluzione e assunta a fondamento dalle istituzioni della Terza Repubblica!

La versione contemporanea dell'ideologia parlamentare/rappresentativa (la si veda esposta ad esempio in modo elegante da B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995) pretende che anche se non esiste una chiara volontà popolare (come risulta dal teorema di Arrow sull'impossibilità di aggre-

gare preferenze individuali) gli elettori (la maggioranza degli elettori, se almeno esiste un sistema maggioritario) sono in grado di giudicare le politiche dei governi e le leggi dei parlamenti e quindi di punire i governanti rifiutandosi di rinnovare il loro mandato alla prossima consultazione. Sicché le elezioni sarebbero sufficienti (in presenza di un sistema elettorale maggioritario) a controllare i governanti eletti. A supporre che ciò sia vero, il che sembra impossibile data l'enorme quantità di decisioni prese da un governo e l'immensa produzione legislativa (cfr. John Dunn, in *Democracy, Accountability and Representation*, ed. by B. Manin, A. Przeworski, S. C. Stokes, New York, Cambridge University Press, 1999), non si capisce come, in presenza di una costituzione rigida, il corpo elettorale sarebbe in grado di restaurare la costituzione violata.

Come è chiaro, sto suggerendo che il controllo di costituzionalità presuppone –

al di là dei dibattiti sovente fumosi sulla sua natura – la critica, come "analisi dei limiti", del governo rappresentativo. In realtà, il governo rappresentativo (l'idea di un parlamento eletto sovrano e controllato dagli elettori – da cui la sua natura democratica) è una chimera. Un'analisi un po' realistica delle istituzioni dello Stato costituzionale di diritto (e ancor più in un paese come l'Italia che ha scelto nel 1947 una costituzione semi-rappresentativa che prevede referendum abrogativi) mostra i tratti seguenti:

Se consideriamo i tre attori seguenti del sistema costituzionale:

1. il corpo elettorale,
2. il complesso parlamento/governo espressione della maggioranza eletta (e parlo qui dei sistemi parlamentari),
3. l'organo di controllo di costituzionalità

si può illustrare con uno schema il loro *status* circa tre possibili azioni:

	E	P	CC
1. vedersi cancellata una decisione	-	+1)	+2)
2. essere sanzionati	-	+3)	-4)
3. fornire una giustificazione	-	+/-	++

-: *no*

+: *sì*

E: elettori, corpo elettorale – i quali agiscono attraverso il voto;

P: organi elettivi, qui si considera il caso di un sistema parlamentare, in cui il governo è l'espressione della maggioranza dell'assemblea (come nel caso della Germania, Italia, Spagna ed anche in Francia) – essi esercitano l'essenziale delle funzioni legislative

CC: organi con compito di controllo di costituzionalità

1. da parte dell'organo di controllo, (oltre che da parte di un futuro parlamento);
2. in virtù di una revisione costituzionale;
3. da parte degli elettori – che è poi l'equivalente della "responsabilità politica" di questi organi;
4. la stessa cosa dell' "indipendenza" del potere giudiziario.

Si osservi inoltre, in onore di Jürgen Habermas, che il carattere deliberativo dell'organo nella presa di decisione, la necessità di fornire "ragioni" della "decisione" (carattere al quale si attribuisce ormai una speciale qualità democratica) cresce, mano mano che ci si allontana dal corpo elettorale, mentre diventa massimo nell'organo politicamente "irresponsabile" (non sottoposto al controllo degli elettori): la Corte.

In sostanza, la presenza di un organo di controllo modifica le basi stesse del governo rappresentativo (o se si preferisce della democrazia): non è più la legge espressa dal Parlamento eletto che è sovrana, ma una pluralità di organi dei quali è "sovrano", in senso stretto, solo il meno capace di esprimere comandi (il corpo elettorale – non bisogna dimenticarsi che anche nella forma pura del governo rappresentativo sono costituzionalmente vietati i mandati imperativi, sicché per un altro verso diventa dubbio il concetto stesso di *accountability*: *accountable* di che cosa se l'eletto ha piena libertà di scelta? – tutto quanto il titolare del mandato rappresentativo deve mettere in conto è la possibilità di un non rinnovo del mandato – spesso per scelta del partito più che degli elettori!). Sovranità, in senso stretto, è intesa qui alla maniera della cultura barocca, che riassume bene il principio "*sic volo sic jubeo, stat pro ratione volun-*

tas". Naturalmente bisognerebbe interrogarsi sulla natura di questo sovrano irresistibile nei suoi atti aggregati (i risultati elettorali), impotente nella sua forma individuale (si pensi al paradosso del voto) e finalmente incapace di aggregare le sue preferenze (si pensi di nuovo al teorema di Arrow). Ma di questo non dirò niente.

Vorrei invece soffermarmi su un punto cruciale per il tema che mi interessa soprattutto in questa sede: che cosa non funziona nel governo rappresentativo cioè nella democrazia fondata sul principio di maggioranza, sicché si è imposto ormai in forma quasi universale il controllo di costituzionalità delle leggi e spesso degli atti del governo?

È inutile nascondersi dietro un dito. Se *nothing is wrong* col governo rappresentativo non c'è bisogno di corti costituzionali. Così, infatti, sostengono i neo-democratici radicali (in genere inglesi o neozelandesi, come Jeremy Waldron).

A mio parere esistono almeno due cose che non funzionano nel governo rappresentativo:

1. il controllo dal basso da parte degli elettori non è affatto sufficiente;
2. la razionalità degli attori politici (eletti) produce una serie di distorsioni nelle loro scelte che possono essere corrette solo da attori sottoposti a *contraintes* ed a razionalità dell'agire di tipo diverso.

Il primo limite non richiede, mi sembra, particolari chiarimenti. Ho già accennato che sembra del tutto irrealistico che il corpo elettorale possa controllare con un solo strumento, il voto, esercitato a intervalli distanti nel tempo, le innumerevoli decisioni prese dai governanti eletti. Tutta la teoria classica del governo rappresentativo rinvia, infatti, al concetto di fiducia e di

sfiducia e non a quello di controllo (su questo punto sono chiarissimi Sieyes e prima di lui un altro grande ginevrino, meno radicale e più interessante di quello maggiormente noto, De Lolme: si può cambiare il medico ma non controllare la sua diagnosi o terapia).

Il secondo limite va invece chiarito. Juan Linz e Giangiacomo Majone hanno insistito su un dato certo che non aveva però attirato sufficientemente l'attenzione. La democrazia è un governo *pro tempore*, o, come preferisco dire, un regime nel quale i governanti non hanno *tenure* (in Italia si dice "posto fisso"), e sicché se sono razionali faranno quanto possono per essere rieletti. Le politiche del governo (almeno quando non sono vincolate come oggi accade da impegni superiori, per esempio comunitari) e della maggioranza tendono a portarsi su quelle scelte che garantiscono ai governanti la *chance* massima di rielezione. Questo comportamento razionale per gli attori politici può e spesso produce di fatto decisioni e scelte di tipo miope. Solo attori *non sottoposti al vincolo di responsabilità politica* dinanzi agli elettori sono liberi da questa deformazione... professionale. Il carattere non elettivo degli organi di controllo è assolutamente decisivo al loro buon funzionamento. Non solo sarebbe ridicolo pensare a Corti di tipo bulgaro, cioè elettive. Ma solo l'indipendenza dei giudici dal principio democratico (ciò di cui si lamentavano Togliatti e Nenni) ne giustifica l'esistenza.

Thomas Jefferson nella bozza della *Kentucky Resolution* del 1789 scriveva:

Il governo libero è fondato sulla diffidenza, non [solo] sulla fiducia; ed è la prima non la seconda a prescrivere costituzioni limitate per vincolare quelli a cui siamo obbligati ad affidare il potere.

È sulla base di questo tipo di idee che si sono introdotte costituzioni rigide e cercate precauzioni supplementari rispetto a quelle fornite dal principio elettorale proprio del semplice governo rappresentativo.

Come ha osservato Alessandro Pizzorno in un contesto diverso, per la sinistra non è facile digerire completamente questo tipo di cultura, essenzialmente liberale (preoccupata cioè della politica limitata). In un suo articolo apparso qualche anno fa su *Micromega* ("I margini della sinistra", 1999, n. 2, pp. 150-151), si può leggere, a proposito dei limiti della rappresentanza popolare:

Il lungo secolo della speranza politica è stato anche il secolo in cui la sinistra ha fatto coincidere l'ideale del buon ordine politico con quello dell'ampliamento e rafforzamento delle istituzioni della rappresentanza popolare. Un pezzo di istituzione in più in cui fosse fatto valere il principio di maggioranza, o direttamente, o facendolo dipendere dall'istituzione rappresentativa centrale, il parlamento, significava un trionfo della buona politica. Il tramonto della speranza politica è anche il tramonto di questa visione semplificata e ormai inappropriata della *buona politica*, e della conseguente centralità pubblica che in essa assumevano le contese fra i partiti o tra le personalità che si proponevano di rappresentare il popolo.

Sarebbe peraltro semplicistico e primitivo credere che il controllo di costituzionalità si limiti a quel lavoro di mantenimento della meccanica costituzionale di cui parlavano Sieyes prima e lo stesso Kelsen all'inizio del secolo scorso. La costituzione non è più e non è in realtà mai stata una semplice macchina per la distribuzione dei poteri e l'attribuzione delle competenze fra gli organi dello Stato. I democratici radicali potrebbero non essere d'accordo, ma anche nella *Verfassungslehre* di Carl Schmitt

si sostiene che dello Stato borghese di diritto fanno parte la separazione dei poteri ed i diritti fondamentali. Ora è soprattutto sulla definizione e sulla protezione dei diritti che si incentra il lavoro della Corte. Violante ha scritto che dal secolo della legge e dei parlamenti stiamo andando verso il secolo dei diritti. Le frasi ad effetto servono agli attori politici. Ma in questa affermazione c'è qualcosa che va al di là della retorica. Si potrebbero prendere in considerazione numerose decisioni della nostra corte per esemplificare questa tesi. A me piace in particolare la sentenza che protegge il diritto di mantenere ferme le proprie credenze e che quindi impedisce che si facciano processi ripetuti ad un obiettoire di coscienza. Ma gli esempi in questo senso sono numerosi.

Mi avvio alla conclusione di queste note. Gli stati costituzionali di diritto sono forme di governo "miste" in senso diverso da quello della dottrina classica che prendeva le mosse da una società fatta di parti della città (*mere tes poleos*), di ordini, di ceti. Qui il carattere misto risiede nella diversità del fondamento di legittimità degli organi che esercitano non solo funzioni legislative ma anche funzioni d'indirizzo costituzionale. Il principio elettivo si coniuga con quello della competenza a "dire" ed a proteggere i diritti. Ciò sorprenderà soltanto chi non conosce il ruolo svolto dai giuristi sin dall'origine stessa dello stato moderno e coloro che hanno dimenticato che libere elezioni portarono agli Stati Generali del regno di Francia nel 1789 una rappresentanza non di politici di professione (in antico regime questi non esistevano ancora o si riducevano alla stretta cerchia dei consiglieri del re) ma essenzialmente di avvocati, con desola-

zione del filosofo e giornalista inglese Edmund Burke, ma con giubilo dei sudditi del re di Francia che cercavano di mandare a Versailles i pochi capaci di proteggere appunto i loro diritti.

Stiamo precipitando dunque verso lo spettro del governo dei giudici? Gli amici francesi si rassicurino. Il solo pericolo di una Corte costituzionale è che essa ecceda nell'esercizio dei suoi poteri. Ma su quella strada troverà a bloccarla la classe politica che conserva *le dernier mot* sulle norme che regolano i poteri dell'organo di controllo. *Quis custodiet custodes?* Elementare: i controllati stessi (è quanto scriveva Guido Calogero nel Primo manifesto del Liberal-socialismo del 1940). E d'altra parte non si può ignorare che le Corti sono state istituite proprio dai controllati che temono più di ogni altra cosa i loro avversari diretti – i concorrenti politici nella competizione elettorale – più ancora dei giudici!

La legge viene definita da Locke nel secolo XVII° come quel tipo di comando che si oppone al decreto estemporaneo del principe, essa è l'espressione della *maxima pars* (il re, i *Lords* e i Comuni) che cerca una regola stabile, più stabile della volontà della maggioranza del corpo politico. La costituzione, che è la forma attuale dell'antica legge, sta lì a proteggere non solo i diritti di tutti i cittadini, ma anche la parte perdente nello scontro elettorale. La democrazia abolisce le armi come criterio e strumento del conflitto, ma non abolisce l'ostilità, la faziosità, lo scontro politico, la vittoria e la sconfitta. La costituzione è allora insieme ciò che è comune (regole e valori sottratti al volere della *maior pars*) e ciò che non è a disposizione del vincitore. La natura non democratica dell'organo di controllo lo mette essenzialmente al riparo della

lotta politica di tutti i giorni. I giudici, che non aspettano con ansia la loro futura (rielezione) possono guardare più lontano, verso un orizzonte in cui non ci sono vincitori e vinti ma beni comuni e diritti protetti e, perché no, anche un posto per loro nei libri di storia – come ce n'è uno in America per i giudici Marshall e Warren, Holmes e Cardozo.

Jon Elster nel suo *Ulisse e le sirene* (Bologna, Il Mulino, 2005) aveva avanzato l'idea che il controllo di costituzionalità potesse essere inteso facendo riferimento al concetto di *precommitment*. La storia è quella di Ulisse che anticipando le sue preferenze future e disapprovandole dà ordine ai marinai di legargli le mani all'albero della nave e di disobbedire ai suoi ordini quando si saranno accostati al luogo dove cantano le sirene. Anche se si può dare un'interpretazione della storia un po' diversa¹, qui il punto è che la costituzione sarebbe un modo per legarsi le mani e impedire che Pietro ubriaco (il legislatore) rovini ciò che è stato fatto da Pietro sobrio (il costituente).

Il riferimento alle corti, nel testo di Elster, era in «una frase, un rigo appena». Steven Holmes ha ricamato sul tema (“L'assunzione di impegni per il futuro e il para-

dosso della democrazia”, in *Passioni e vincoli. I fondamenti della democrazia liberale*, Torino, Edizioni di Comunità, 1998, pp. 192-255). Ma Elster stesso è tornato autocriticamente sul punto in un libro più recente dal titolo *Ulyssis unbound* (Cambridge University Press, 2000). Quello che Elster oggi sembra pensare e certamente penso io è che la costituzione è fatta in questa prospettiva per legare le mani agli altri (la maggioranza della costituente vuole legarle alla eventuale nuova maggioranza di diverso colore nella legislativa), o per metterla in termini un po' diversi e a mio avviso più persuasivi, maggioranza e minoranza si accordano (veramente i comunisti nel '47 sono un po' forzati) nel proteggere con speciali cautele il compromesso raggiunto delegando ad un organo non di parte (giurisdizionale?) la funzione di arbitro e di “attualizzatore” del compromesso stesso. È in questo senso che la Corte ha un potere singolarmente importante, come ogni arbitro. Ma è chiaro anche che l'arbitro non corre per la stessa gara per la quale corrono i *giallorossi* o i *rossoneri*. In questo senso decisivo è “terza parte”, e non può che dispiacere ai tifosi!

¹ Ulisse riesce a godere del piacere di ascoltare il canto delle sirene evitando di pagare il prezzo della morte; preferisce quel piacere alla morte.

I rapporti fra Corte e Parlamento in mancanza di una politica costituzionale

CESARE PINELLI

1. *L'esclusione di "valutazioni di natura politica": presupposti e finalità della formula*

Nel corso del primo cinquantennio di attività della Corte costituzionale, le questioni dell'identità dell'organo e del suo ruolo nell'ordinamento repubblicano si sono sempre intrecciate con quella della natura del controllo sulle leggi. All'epoca dell'istituzione della Corte, il legislatore si era preoccupato di definire tale controllo in termini negativi: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» (art. 28 l.n. 87 del 1953, recante norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

Come nacque e cosa presupponeva una norma simile? Nella seduta della Camera del 14 marzo 1951, il relatore Tesaurò la motivò nei termini seguenti: «Io credo che con la formula proposta sarà ben chiaro che il compito della Corte è circoscritto all'in-

dagine diretta a stabilire se, dato il contenuto di una disposizione legislativa, il Parlamento avrebbe dovuto adottare la procedura della legge ordinaria o della legge costituzionale. Il Parlamento, invero, è libero di disciplinare i rapporti della vita umana e della vita sociale così come crede, nella sua valutazione discrezionale. L'unico limite è quello della forma, in quanto, se intende modificare la Costituzione, deve adottare la procedura apposita stabilita dalla Corte costituzionale. Ed anche quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge, il Parlamento è libero di adottare la stessa disciplina dei rapporti già adottata, osservando, però, la forma della legge costituzionale»¹.

Quella prospettata da Tesaurò era una accezione estremamente ristretta del giudizio di legittimità costituzionale, non a caso corrispondente alla teoria kelseniana dei vizi delle norme, secondo cui ogni vizio materiale è convertibile in vizio formale, ossia nella violazione della procedura dettata per la formazione di un atto di grado superiore

nella scala gerarchica, e pertanto sanabile con l'adozione di quella procedura.

All'Assemblea Costituente, Kelsen era stato un po' il invitato di pietra, anche per via delle rarissime citazioni che gli furono dedicate. Del modello kelseniano i nostri Costituenti adottarono come è noto il punto essenziale, il carattere accentrato dell'organo di giustizia costituzionale, ossia un organo di giurisdizione «specializzato» rispetto alla giurisdizione ordinaria. Questa caratteristica faceva in realtà della Corte il contraltare del Parlamento, conferendole un'alta carica di politicità: e il primo a saperlo era lo stesso Kelsen, quando fin dal suo primo e più celebre saggio sul punto definiva la Corte un «legislatore negativo»².

La definizione va vista non solo per il sostantivo ma anche per il predicato. L'essere la Corte kelseniana un legislatore soltanto «negativo» significava che il controllo della Corte non poteva andare al di là del *contrarius actus*, dell'annullamento dell'atto legislativo sulla base di un controllo di conformità a Costituzione, in quanto atto ad esso gerarchicamente sovraordinato. Grazie a questo tipo di controllo, che presupponeva a sua volta la possibilità di ridurre l'interpretazione costituzionale a un *aut-aut*, la Corte kelseniana poteva recuperare quella carica di 'giurisdizionalità' necessaria alla propria legittimazione proprio per la sua posizione di strutturale contraltare del Parlamento.

Allo stesso modo, la vicenda dell'istituzione della nostra Corte – dall'approvazione della Costituzione alle leggi costituzionali del 1948 e del 1953 fino alla legge ordinaria n. 87 del 1953 – può essere vista come un'operazione volta a bilanciare il carattere intrinsecamente politico di un organo accentrato e soprattutto specializ-

zato di legittimità costituzionale. Gli strumenti per bilanciarla, in particolare la composizione mista dell'organo e l'accesso in via incidentale delle questioni di legittimità, erano in parte diversi da quelli presenti nell'impianto kelseniano degli anni Venti. Ma non diverso era l'obiettivo.

In questa prospettiva l'esclusione di valutazioni di natura politica e di sindacato sulla discrezionalità del Parlamento, specie se inteso nel senso palesato da Tesauro, completava o integrava un disegno legislativo tendente a neutralizzare l'impatto dell'introduzione della Corte nel sistema. Una Corte ridotta a stabilire la procedura alla cui stregua il Parlamento avrebbe dovuto adottare l'atto impugnato – legge ordinaria o legge costituzionale – avrebbe adempiuto esclusivamente ad una funzione di mero accertamento del diritto obiettivo e, soprattutto, non avrebbe impressionato nessuno. Era quanto serviva, in presenza delle fortissime divisioni politiche che segnarono la I Legislatura, e delle note resistenze dei giudici comuni al sindacato sulle leggi secondo quanto previsto dalle norme transitorie della Costituzione³.

2. La diffusione delle nozioni di "interpretazione costituzionale" e "politica costituzionale" e il rapporto Corte-Parlamento

In una recente ricostruzione del ruolo della Corte, si è osservato che, se fosse operante il divieto di valutazioni politiche e di sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, «probabilmente non ci sarebbe materia per trattare il tema di queste pagine. Ma in realtà la materia esiste, perché questa norma, di fatto, non ha mai ope-

rato: secondo alcuni perché nata morta, stante la sua intima contraddittorietà con la stessa natura del sindacato di costituzionalità (che non può non comportare valutazioni di carattere politico); secondo altri perché, se pur nata viva, sarebbe stata fin dall'inizio trascurata, per poi cadere, nel corso del tempo, in desuetudine»⁴.

Il fatto è che la norma presupponeva le accezioni di legalità e di politica ereditate dallo Stato liberale ottocentesco, e solo in parte filtrate dalla grande speculazione kelseniana. Un'accezione di legalità basata, come abbiamo detto, sul puro riscontro di conformità/difformità di una norma rispetto ad una prodotta da una fonte di grado superiore; e un'accezione di politica come attività sempre e necessariamente libera nel fine, ed esclusivamente a disposizione dei partiti politici. L'avvento delle Costituzioni rigide e del sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi si risolvevano, rispettivamente, nel passaggio «da atto ad atto», ossia dalla legge alla Costituzione, della fonte suprema, concepita pur sempre quale «atto di manifestazione della volontà dello Stato», e nell'assicurare la conformità della legge alla Costituzione con un controllo di legalità costituzionale che si differenziava dal tradizionale controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi solo per l'oggetto, non anche per la sua natura. Un controllo del genere non solo doveva, ma poteva restare immune dalla politica, nella misura in cui giurisdizione costituzionale e politica venivano concepite ontologicamente come sfere impermeabili.

Ma il credito accordato a simili accezioni di legalità e di politica non teneva conto delle trasformazioni avviate dallo Stato costituzionale così come era stato configurato dalle Costituzioni europee del secondo

dopoguerra (compresa, dunque, quella italiana, e indipendentemente dalle sue specifiche possibili evoluzioni). Con lo Stato costituzionale, i principi fondamentali della convivenza collettiva e quindi dell'azione dei pubblici poteri erano stati incorporati in Costituzione, non erano più a disposizione delle parti politiche. Per cui il contestuale avvento di Costituzioni rigide e del sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi si misuravano in un quadro nel quale la pretesa di separare ontologicamente la giurisdizione costituzionale dalla politica avrebbe perso credito. L'interpretazione costituzionale era cosa diversa dall'interpretazione delle leggi, soprattutto se concepita secondo i tradizionali criteri e canoni del giuspositivismo ottocentesco, giacché aveva a che fare con testi intrisi di (anche se non esaurenti in) principi suscettibili di plurime interpretazioni, e di prudenti adeguamenti all'evoluzione dei rapporti civili e sociali.

D'altra parte, nemmeno la politica si poteva più risolvere in un'attività interamente libera nel fine, e assunta in monopolio dai partiti. Non solo per la strutturazione istituzionale intimamente pluralistica dello Stato costituzionale, ma anche per una considerazione che investe specificamente il nostro tema. Come è stato detto, «tutte le Corti costituzionali parlano alla sfera politica con il linguaggio dei giudici e parlano alla sfera giudiziaria prospettando i valori che emergono dal tessuto sociale attraverso la politica»; il che vale a più forte ragione per una Corte chiamata «ad operare come anello di raccordo tra sfera giurisdizionale (attraverso il controllo del giudice sulla non manifesta infondatezza e sulla rilevanza della questione) e sfera della politica (attraverso l'efficacia *erga omnes* delle pronunce)»⁵.

A tal fine, occorre necessariamente presupporre uno spazio o una dimensione della politica diversa da quella che si esprime attraverso le valutazioni di parte, e nello stesso tempo in grado di parlare alle parti. Se essa mancasse, e la politica si risolvesse necessariamente in valutazioni e azioni di parte, la possibilità per le Corti di «parlare alla sfera politica con il linguaggio dei giudici» e di prospettare ai giudici «i valori che emergono dal tessuto sociale attraverso la politica» sarebbe pregiudicata in radice.

Vi sono molti modi per descrivere quella dimensione della politica. Ricordo soltanto la celebre distinzione cara agli studi statunitensi fra *policy* e *partisan politics*, e la possibilità, teorizzata da Luhmann, di riferire di volta in volta la funzione politica al sistema politico generale, ossia tutte le interazioni che in quanto tali contribuiscono al formarsi di decisioni collettivamente vincolanti, e alla politica dei partiti, che si occupa della creazione di potere politico in vista di decisioni ancora indeterminate⁶. Per descrivere riassuntivamente quella dimensione della politica, si può impiegare il termine 'politica costituzionale'. Che non è certo monopolio della Corte costituzionale, ma da cui essa può prescindere solo a costi notevoli: soprattutto se, come è il caso della Corte italiana, essa si trovi al centro delle relazioni fra giudici e legislatore.

3. La visione conflittuale del rapporto Corte-Parlamento

Nelle valutazioni compiute in sede scientifica da giudici costituzionali, cui limiteremo la nostra ricerca, ricorre non da oggi la

convincione della difficoltà dei rapporti Corte-Parlamento.

Fa eccezione soltanto il primo periodo, quando, dovendo giudicare della legittimità delle leggi anteriori alla Costituzione, la Corte «si è trovata con il potere politico parlamentare dalla stessa parte del tavolo»⁷. Ma è significativo che già allora la Corte cominciasse a far uso delle sentenze additive, che superando lo schema kelseniano del *contrarius actus* colpiscono il significato incostituzionale di una disposizione per ciò che essa non dice. Allora, le additive servivano come «un ponte per far passare la Costituzione e farla entrare in territori che non erano stati raggiunti dalla forza delle norme costituzionali»⁸. Ma quando, terminata quella prima fase, la Corte iniziò a controllare le leggi del Parlamento repubblicano, le additive avrebbero assunto un significato diverso, suscitando reazioni da parte dell'organo legislativo direttamente colpito nell'esercizio delle sue funzioni.

Qualche reazione, in effetti, vi fu. È rimasto celebre il dibattito in seno alla Commissione Affari Costituzionali della Camera sulla sent.n. 219 del 1975, sul trattamento economico dei professori universitari, recante in parte un dispositivo additivo, dove si osservò fra l'altro che «non si può accettare che al Parlamento, espressione della sovranità parlamentare, siano imposti limiti non già derivanti dal sistema costituzionale... bensì da certi orientamenti, sia pure consolidati di legislazione ordinaria», e soprattutto che «la pronuncia non può ritenersi creativa di nuovo diritto»⁹.

Tutto sommato, però, i rischi di sconfiamento nella sfera della discrezionalità legislativa provocati dalle additive furono avvertiti molto più dai costituzionalisti e dalla stessa Corte che dal Parlamento. È in

questo contesto che si colloca il suggerimento crisafulliano di un prudente ricorso al *self-restraint* da parte della Corte, e, parallelamente, di un *fair play* del Parlamento tale da limitare «i suoi interventi in ordine alla disciplina degli organi di giustizia costituzionale allo stretto necessario, e senza omettere di consultarli, anche in via informale»¹⁰.

Questi suggerimenti presupponevano, comunque, una visione conflittuale dei rapporti Corte-Parlamento, e più precisamente il tentativo di rispondere alla domanda su «a chi spetti l'ultima parola» in caso di conflitto: alla quale, concludeva non a caso Crisafulli, «si può dare, a mio avviso, soltanto una risposta *politica*, sulla base dell'esperienza fattuale, e perciò variabile con il mutare delle circostanze: non ultima delle quali è l'immagine che ciascuna corte ha di se stessa»¹¹.

D'altra parte, come rilevava in quella fase Elia, l'ipotesi di evitare le additive solleciando il Parlamento ad un intervento legislativo come atto dovuto «ripugna in qualche misura al *modus operandi* ed anche alla nozione ed al concetto che ha di se stesso il Parlamento italiano. Ripugna anche a tutta l'impostazione del nostro giudizio di incostituzionalità, che evita non solo ogni intervento di carattere preventivo alla francese (...) ma altresì esclude che minoranze parlamentari possano impugnare direttamente la legge. Si è voluto un certo 'raffreddamento', affinché il dibattito innanzi alla Corte ed il giudizio di questa non appaia come il prolungamento del dibattito e della lotta parlamentare; e non sia la continuazione di una guerra con altri mezzi ed in altro modo. Tutto favorisce, dunque, in Italia, una specie di reciproca presa di distanza fra Corte e Parlamento, il che non esclu-

de reazioni polemiche, anche se infrequenti, rispetto a talune pronunzie 'creative'¹².

4. *La visione collaborativa del rapporto Corte-Parlamento*

In una fase più recente, i suggerimenti incentrati sul *self-restraint* della Corte e sul *fair play* del Parlamento sono parsi insufficienti a più di un giudice costituzionale. Riscontrato il fallimento delle misure introdotte dai regolamenti parlamentari per dar seguito alle sentenze della Corte costituzionale, costoro insisteranno tuttavia per attivare canali di comunicazione fra le due istituzioni, nell'ambito di una visione cooperativa e non conflittuale dei loro rapporti.

È il caso di Spagnoli, secondo cui la mancanza di continuità di rapporti andrebbe superata grazie a convenzioni istituzionali tali da superare gli inconvenienti cui le norme sul "seguito" delle sentenze hanno dato luogo, nonché una revisione dell'art. 136 Cost. che consenta alla Corte di graduare l'efficacia temporale delle pronunzie, e al Parlamento di intervenire per evitare vuoti legislativi: la convinzione, in ogni caso, è che «La Corte deve divenire un interlocutore stabile del Parlamento, pur nella assoluta autonomia delle due istituzioni»¹³.

Accenti e proposte molto simili si ritrovano in Cheli, che ritiene per giunta necessario valorizzare un modello più "collaborativo" che "conflittuale" nei rapporti fra Corte e Parlamento in una fase di transizione che dovrebbe condurre alla definizione di nuovi equilibri politici, nuove regole del gioco, nuovi assetti istituzionali¹⁴.

5. *La prassi delle due ultime legislature e i costi di una crescente incomunicabilità*

È sicuramente significativo che l'esigenza di improntare a una visione collaborativa i rapporti fra le due istituzioni venga prospettata da quanti hanno vissuto l'esperienza di giudice costituzionale. Ma il panorama delle due ultime legislature è da questo punto di vista sconcertante, e prescindendo, aggiungo subito, dall'alternanza politica che le ha caratterizzate. Non solo non si sono viste proposte come quelle testè riportate, ma la reciproca incomunicabilità ha toccato vertici mai raggiunti.

Uno scenario conflittuale si è verificato, in forme abbastanza coperte, allorché la Corte ha annullato per eccesso di delega norme di riforma del processo amministrativo che il Parlamento ha riapprovato con legge ordinaria; la Corte ha caducato tali norme, questa volta per contrasto con le regole costituzionali sul riparto di giurisdizione. Nonostante le differenze relative alla forma dell'atto oggetto delle due pronunzie e del parametro cui la Corte ha fatto rispettivamente ricorso, si indovina uno strisciante conflitto, su cui la Corte ha avuto "l'ultima parola". Più evidente è il conflitto conclusosi con la revisione dell'art. 111 Cost.: nel prevedere il principio del giusto processo, la l.cost. n. 2 del 1999 ha introdotto in Costituzione norme sicuramente più adatte a una legge ordinaria, con l'evidente obiettivo di superare un indirizzo di segno contrario della Corte costituzionale. In questo caso, di fronte all'adozione di una legge costituzionale, è stata la Corte a cedere. Si è trattato peraltro di un conflitto sordo, privo di echi significativi sulla stampa e nelle stesse aule parlamentari. Il che sembra non meno, ma più preoccupante.

Nella XIII Legislatura, mentre la Corte provvedeva ad interpretare in modo molto creativo (e secondo alcuni a riscrivere) il testo della l.cost.n. 3 del 2001, di revisione del Titolo V della Seconda Parte della Costituzione, il Parlamento approvava la relativa legge di attuazione (l.n. 131 del 2003) e, più tardi, un testo di riforma della Seconda Parte comprensivo di modifiche della legge costituzionale del 2001. E nei lavori preparatori di ambedue le leggi i massicci interventi nel frattempo operati dalla Corte risultano totalmente ignorati. Anche qui, si è avuta insomma un'assoluta incomunicabilità.

Quando Corte e Parlamento non si parlano, i processi decisionali perdono ogni trasparenza, e sono messe seriamente a repentaglio la certezza e la prevedibilità dei rapporti giuridici. I costi del procedere su binari rigorosamente paralleli si scaricano dunque sui cittadini, compromettendo beni fondamentali in una democrazia pluralistica. Prima ancora di rimedi specifici, occorrerebbero da una parte come dall'altra una cultura e una politica costituzionale orientate allo sviluppo di questi beni fondamentali, nel rispetto delle reciproche prerogative ed anzi in vista di una loro più efficace salvaguardia.

- ¹ Riportato in M. Battaglini e M. Minnini (a cura di), *Manuale legislativo della Corte Costituzionale*, Cedam, Padova, 1957, p. 201.
- ² H.Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)* (1928), in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C.Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 145 ss.
- ³ Cfr. L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 73 ss.
- ⁴ E.Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 45.
- ⁵ *Ibidem*, p. 31.
- ⁶ Distinzione ripresa da L.Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P.Barile, E.Cheli, S.Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 517.
- ⁷ *Ibidem*, p. 530.
- ⁸ *Ibidem*.
- ⁹ Riportato in V.Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N.Occhiocupo, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 80.
- ¹⁰ V.Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Studi in onore di C. Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977, p. 132.
- ¹¹ *Ibidem*, p. 147. Corsivo nel testo.
- ¹² L.Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 528.
- ¹³ U.Spagnoli, *I problemi della Corte. Appunti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 15.
- ¹⁴ E.Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit.,

In piedi... entra il popolo sovrano!

GIULIO SALERNO

1. *Il popolo sovrano davanti al giudice: un paradosso costituzionale?*

La giustizia, dice la Costituzione, è amministrata in nome del popolo. E non a caso i giudici, quando proclamano le sentenze in nome del popolo, si alzano in piedi. Così essi testimoniano simbolicamente il rispetto necessario nei confronti della primigenia fonte di legittimazione della loro autorità. Ma cosa accade quando davanti al giudice si trova il popolo stesso o comunque chi è legittimato a rappresentarlo, in tutto o in una sua parte? Più in generale, dal punto di vista del diritto costituzionale, come si affronta e si risolve la questione delle controversie in cui il popolo - cui per Costituzione "appartiene" la sovranità - diviene parte direttamente interessata al giudizio? In questi casi, si potrebbe sostenere, il popolo verrebbe ad essere assoggettato a quella giustizia che si dichiara dover essere affermata in suo nome e che dunque, in linea di principio, non potrebbe non essere esercitata a difesa degli

esclusivi interessi del popolo stesso. In estrema sintesi, ergersi a giudice del popolo e, nello stesso tempo, alzarsi al cospetto di quest'ultimo sarebbe un paradosso costituzionale in un sistema che si appella, sin dalla sue fondamenta, ispirato al principio democratico.

Il corto circuito della democrazia parrebbe inevitabile, ma così non è. O meglio, non deve essere. Perché la nostra Costituzione, proprio nel suo primo articolo, impone il rispetto della legalità costituzionale e a questa subordina *in primis* l'esercizio della sovranità popolare. Pertanto «le forme ed i limiti della Costituzione» - cui quest'ultima condiziona il legittimo esercizio di tutti i poteri, sia di quelli direttamente derivanti dalla volontà popolare, sia di quelli ad essa collegati mediante le forme della rappresentanza politica - rappresentano l'architettura su cui si regge la nostra idea di democrazia e definiscono di volta in volta la chiave di volta del nesso costituzionale che collega il popolo sovrano al complessivo assetto delle pubbliche istituzioni. Una

democrazia, dunque, che certo vede la collettività composta dai cittadini tutti al centro delle molteplici modalità di determinazione e di applicazione delle regole cui spetta guidare e indirizzare la pacifica e ordinata convivenza, ma che nello stesso tempo non pone il popolo al di sopra delle istituzioni costituzionalmente disciplinate. In altre parole, il fatto che la sovranità appartenga al popolo, non significa che ad esso spettino poteri giuridicamente illimitati e sottratti al dominio della legge.

A tal proposito, è noto che talora nei giudizi svoltisi di fronte alla Corte costituzionale, soprattutto a seguito della giurisprudenza affermatasi dagli anni Settanta in poi, il popolo è stato il protagonista sostanziale di talune controversie rimesse alla giustizia costituzionale. Naturalmente, non si è trattato di giudizi ove è stato rappresentato direttamente ed immediatamente tutto il popolo, giacché è noto che quest'ultimo, essendo costituito dalla totalità di individui cui è attribuito lo *status* di cittadino, non si presenti come un soggetto giuridicamente capace di esprimere una volontà unitaria e neppure sia costituzionalmente titolare di funzioni sue proprie. I poteri che impropriamente si attribuiscono al popolo - come, ad esempio, quello di eleggere i componenti degli organi rappresentativi o quello di deliberare nei *referendum* popolari -, in verità competono a più o meno significative frazioni del popolo, quali il corpo elettorale (o specifiche parti di quest'ultimo) o quello votante nelle consultazioni deliberative. D'altro canto, proprio innanzi alla Corte costituzionale si sono talora presentate, quali parti del procedimento contenzioso, tali frazioni del popolo sovrano, allorché esse, in sede di giustizia costituzionale, hanno visto riconosciuto la legittimazione sia attiva che

passiva contro arbitrarie lesioni o illegittime compressioni delle funzioni loro riconosciute dalla Costituzione e che sono state espressamente qualificate dalla Corte come funzioni «concorrenti con quelle pubbliche costituzionalmente rilevanti e garantite» (così si esprime la Corte costituzionale nella sentenza n. 69 del 1978).

Ciò è avvenuto, in particolare, nel caso del comitato promotore della richiesta popolare di *referendum* abrogativo non soltanto per tutelare le sue proprie attribuzioni nel procedimento di controllo della richiesta, ma anche, come è stato espressamente riconosciuto, per salvaguardare la correttezza del complessivo svolgimento del procedimento referendario (cfr., in particolare, Corte cost. n. 161 del 1995). Tale soggetto, pertanto, se per un verso è stato formalmente configurato come una figura soggettiva esterna allo Stato-persona, per altro verso è divenuto in buona sostanza il rappresentante processuale di una frazione particolarmente significativa del popolo sovrano (l'intero corpo votante nel *referendum*) in talune controversie di rango costituzionale che concernono un'importante funzione di rilievo pubblico - quella referendaria - che, se non coinvolge il popolo nella sua interezza, riguarda senz'altro tutto il complesso dei cittadini dotati di diritti politici.

A tal proposito, allora, può senz'altro ritenersi interessante verificare quali siano stati i principali orientamenti assunti dalla Corte costituzionale nella risoluzione di quei giudizi che, coinvolgendo in modo assai rilevante l'intera collettività politica nell'ambito del procedimento del *referendum* abrogativo su richiesta popolare, possono essere considerati una rilevante cartina al tornasole del rapporto effettivamente sussistente nel nostro ordinamento

tra il *demos* e gli apparati autoritativi. Dall'analisi di tali orientamenti sarà presumibilmente possibile trarre alcune considerazioni circa l'effettiva configurazione che il principio democratico ha assunto nella nostra Costituzione per il tramite del contributo offerto dal giudice costituzionale.

2. *L'inclusione del comitato promotore della richiesta popolare di referendum abrogativo tra i poteri esterni allo Stato-persona*

È facile constatare che, nell'esperienza giurisprudenziale relativa al *referendum* abrogativo, l'atteggiamento della Corte costituzionale possa essere distinto in almeno quattro specifici orientamenti che sono emersi nel corso del tempo in relazione a singoli aspetti del rapporto sussistente tra la volontà popolare e il determinarsi delle decisioni degli apparati autoritativi.

Il primo orientamento che può analizzarsi, è quello definibile come inclusivo, in quanto testimonia l'intento del giudice costituzionale di affiancare ai tipici poteri statuali le più rilevanti ed ampie articolazioni del popolo dotate di funzioni costituzionalmente disciplinate e garantite. Ciò è avvenuto, come si è sopra ricordato, proprio allorché alle predette figure soggettive strettamente collegate all'esercizio di poteri connessi all'estrinsecazione della volontà politica dell'intera collettività, cioè ai comitati promotori di richieste popolari di *referendum* abrogativi di leggi statali, è stata riconosciuta, al pari degli altri poteri dello Stato, la legittimazione ad agire e resistere nei giudizi per conflitto di attribuzione svolgentesi innanzi alla Corte (cfr. la sentenza n. 69 del 1978). Come noto, tali

figure soggettive non sono state considerate come poteri dello Stato in senso proprio, ma come "poteri esterni allo Stato-persona". In ogni caso, esse ormai rientrano a pieno titolo tra i poteri dello Stato di cui parla l'art. 134 Cost. a proposito dei conflitti di attribuzione, e dunque si trovano, al pari di tutti gli altri poteri appartenenti all'assetto autoritativo pubblico, egualmente subordinate alla giustizia costituzionale.

A ben vedere, può dirsi che, nel momento stesso in cui le predette articolazioni del popolo titolari di funzioni costituzionalmente disciplinate sono state inserite all'interno dei meccanismi propri del sindacato costituzionale, il nostro ordinamento ha definitivamente riconosciuto che alla sovranità popolare non deve attribuirsi un carattere primigenio di assolutezza. In vero, non pochi hanno salutato la decisione della Corte come una sorta di «vittoria» per il popolo sovrano nei confronti dei poteri costituiti, quasi immaginando così di poter non soltanto tenere ferma la distinzione tra il soggetto originariamente e propriamente sovrano – e dunque le forme di espressione della democrazia diretta che ne conseguono – e i poteri da questo derivati, e che sono prevalentemente costituiti in forma rappresentativa, ma anche concludere nel senso della prevalenza del primo rispetto ai secondi. Tuttavia, una ben diversa chiave di lettura deve essere accolta: se è vero che il popolo, o meglio le frazioni di esso che sono titolari di funzioni costituzionalmente garantite, può accedere alla protezione offerta dalla giustizia costituzionale, è altrettanto vero che la tutela offerta dalla Corte non può superare «i limiti e le forme della Costituzione», anzi deve trovare in quest'ultima l'u-

nico ed esclusivo punto di riferimento. Tanto più, come noto, che una volta cessato il procedimento referendario viene meno anche il riconoscimento del comitato promotore del *referendum* come potere esterno allo Stato-persona, e dunque la legittimazione attiva e passiva innanzi alla Corte costituzionale.

In definitiva, ciò che risulta da tale orientamento giurisprudenziale è la volontà della Corte di procedere all'integrazione delle articolazioni costituzionali del popolo all'interno dello spazio giuridico offerto dal diritto costituzionale positivo, così da assicurare indirettamente al popolo, per il tramite dei soggetti cui si attribuisce posizione esponenziale di quest'ultimo, la stessa forma di protezione offerta agli altri poteri dello Stato. Pertanto, l'inserzione delle articolazioni del popolo tra i «poteri esterni allo Stato-persona» e dunque tra i soggetti legittimati ad agire e resistere innanzi alla Corte, in primo luogo appare confermare quella visione kelseniana del diritto che, per un verso, colloca l'intero assetto ordinamentale del giuridicamente rilevante sotto l'ombrello della norma fondamentale, ovvero, dal nostro punto di vista, delle norme poste dalla Costituzione; e per altro verso prevede lo strumento della giustizia costituzionale come mezzo di risoluzione giuridica e proceduralizzata delle controversie di rango costituzionale che possono sorgere tra tutti i poteri apicali di rilievo ordinamentale, ivi compresi quelli strettamente riconducibili al popolo sovrano. In secondo luogo, poi, viene confermata la tesi che, sulla base della piana e chiara interpretazione della Costituzione, non accetta alcuna forma di sovra o sotto-ordinazione dei poteri pubblici riconducibili alla democrazia diretta rispetto a quelli che si esprimono mediante le forme

della democrazia rappresentativa: il loro rapporto, insomma, non può essere definito sulla base di aprioristiche considerazioni relative alla presunta originarietà di un potere rispetto all'altro, ma unicamente tenendo conto della disciplina costituzionale attribuita delle rispettive competenze. Infine, nel momento in cui si accetta che il popolo sovrano sia rappresentato nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale nei giudizi attinenti al corretto svolgimento di funzioni attinenti all'espressione della volontà politica dell'intero corpo votante, si ammette che anche queste controversie di immediato interesse per la collettività tutta possano trovare pacifica e ordinata composizione innanzi ad un giudice terzo ed imparziale che trovi soltanto nella Costituzione il suo metro di valutazione, così disincentivando i soggetti che agiscono in nome del popolo a ricorrere alla piazza o, peggio ancora, all'uso della violenza.

3. La protezione del corpo votante da richieste referendarie non omogenee

Un altro orientamento assunto dalla Corte costituzionale è riscontrabile allorché essa si è trovata a giudicare le modalità di formulazione dei quesiti nelle consultazioni referendarie abrogative relative alle leggi e agli atti aventi forza di legge dello Stato. Sebbene la Costituzione nulla dica sul punto, la Corte costituzionale, argomentando in modo assai sofisticato all'interno del suo sindacato sull'ammissibilità dei quesiti, ha richiamato la necessità di provvedere anche alla tutela di altri «valori di ordine costituzionale», tra cui quelli connessi alla libera espressione del voto popo-

lare in conformità all'art. 48 Cost., alla logica binaria che è intrinseca all'art. 75 Cost. ed alla genuinità della manifestazione della volontà sovrana del popolo ai sensi dell'art. 1 Cost.

In sintesi, da tutti questi principi costituzionali si è dedotto che il quesito referendario abrogativo deve essere omogeneo (cfr., in particolare, la sentenza n. 16 del 1978). In altre parole, la Corte ha assunto il compito di accertare in via preventiva se il quesito sia correttamente formulato in modo da poter consentire al soggetto votante la piena comprensione di esso, sia in ordine al suo effettivo ed univoco significato abrogativo, sia circa gli esiti alternativi che ne discendono in caso di approvazione o meno della richiesta referendaria. La funzione svolta dalla Corte è divenuta quella di proteggere il popolo da quesiti referendari predisposti in modo capzioso o così artefatti da ingannare i votanti circa il loro oggetto ed i loro effetti. La presenza di tali vizi, infatti, determina l'inammissibilità del quesito e l'impossibilità di proseguire il procedimento referendario e di sottoporre la richiesta al voto popolare.

Tuttavia, come noto, l'omogeneità è divenuta una sorta di percorso ad ostacoli per i promotori delle richieste referendarie, giacché essa si è trasformata, di volta in volta, nella univocità o nella coerenza o nella non contraddittorietà o ancora nella completezza del quesito (assumendo come punto di vista le disposizioni che ne sono oggetto), oppure nella unitarietà delle conseguenze abrogative derivanti dall'eventuale approvazione della richiesta (prendendo stavolta come punto di vista l'esito della consultazione), oppure ancora nella chiarezza e nella comprensibilità della domanda sottoposta al corpo votante (utilizzando stavolta come

riferimento il rapporto tra l'intento dei promotori e l'effettivo significato delle disposizioni oggetto del quesito e di quelle a loro volta salvate dal quesito stesso).

La questione si è fatta così complicata che si è determinata una sorta di gara tra i redattori dei quesiti, che si sono specializzati nell'arte del ritaglio dei testi normativi, e la Corte costituzionale, che è giunta, infine, a negare l'ammissibilità di quesiti volti a "creare" *ex novo* una disciplina normativa del tutto non rintracciabile nell'originario testo legislativo, e dunque assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo su cui si interviene (cfr. la sentenza n. 36 del 1997). In questo labirintico giuoco di specchi tra le disposizioni soppresse, quelle modificate e quelle salvate dal quesito, la Corte ha molto faticosamente svolto la sua opera di tutela del soggetto votante, soprattutto dichiarando inammissibili i quesiti referendari che appaiono davvero distorcere il senso costituzionale della consultazione popolare, sostituendo cioè alla finalità abrogativa del *referendum* quella propositiva di una nuova disciplina legislativa.

Anche se tale criterio di ammissibilità del *referendum* abrogativo è stato feroceamente criticato da una parte della dottrina — si è anche parlato di un atteggiamento che deriverebbe dalla preconetta constatazione dell'intrinseca insufficienza delle capacità valutative e decisionali del "popolo-bambino" —, non può certo dirsi che, tirando le somme di una giurisprudenza assai casistica, l'esito degli interventi della Corte costituzionale sia stato volto a consentire soltanto ed esclusivamente *referendum* di piana e semplice comprensibilità da parte di qualunque appartenente al corpo votante. È facile infatti rilevare che non infre-

quentemente, e anche di recente, sono state ammesse richieste referendarie non del tutto chiare, né facilmente comprensibili alla generalità dei cittadini; invero, in non pochi casi soltanto una ristrettissima cerchia di individui assai competenti in materia avrebbe potuto dimostrare di avere piena consapevolezza del quesito.

Con ciò vuol dirsi che nella valutazione dell'omogeneità delle richieste referendarie la Corte costituzionale si è evidentemente posta il problema di ponderare l'esigenza della chiarezza del quesito rispetto alla necessaria complessità degli atti legislativi già deliberati dagli organi rappresentativi. In altri termini, la struttura semplificata del *referendum* abrogativo, che è precipuamente imposta dall'art. 75 Cost. al fine di evitare domande plurime o graduate, non consente di impedire la consultazione popolare quando essa presenti quegli elementi di complicazione che sono imposti dalla molteplicità, della varietà e dalla difficoltà che sono proprie delle questioni sulle quali il legislatore si è già esercitato allorché ha provveduto alla discussione e all'approvazione della legge. Sicché anche la consultazione popolare - poiché essa, in definitiva, deve interagire con la legge approvata dal Parlamento e dunque con tutti quei compromessi e mediazioni che il messaggio legislativo esprime nel suo articolato contenuto normativo -, viene attratta dalla complessità della legge. I soggetti chiamati a votare col *referendum*, insomma, vengono tutelati dalla Corte costituzionale rispetto alla complessità del quesito quando questa è il frutto dell'attività di ritaglio e manipolazione del testo legislativo fraudolentemente predisposta dai promotori, ma non possono essere protetti rispetto a quelle complessità o a quelle difficoltà di ordine valutativo, assiologico e decisionale

che sono già incorporate nella legge approvata dagli organi rappresentativi.

Pertanto anche questo orientamento giurisprudenziale, se si accetta la presente lettura, può essere collegato all'intento di ricomprendere l'esercizio dei poteri esercitati in forma diretta dal popolo sovrano all'interno dei meccanismi che sono tipici dei processi decisionali della democrazia rappresentativa. Il *referendum*, certo, è strumento che si presenta in posizione alternativa ed eccezionale rispetto alla normale produzione legislativa, ma non può essere trattato come un corpo del tutto estraneo o alieno dalla problematicità che è propria del messaggio della legge. Al contrario, la sottoposizione della legge al voto popolare impone in qualche misura di contaminare la semplicistica logica binaria del *referendum* popolare con la pluralità delle sfaccettature della logica decisionale che si manifesta di norma nelle deliberazioni risultanti dalle istituzioni rappresentative.

4. *Il rinvio alla maturità del corpo votante*

Un ulteriore orientamento rilevabile nella giurisprudenza costituzionale relativa ai *referendum* abrogativi è quello che, di fronte alla contemporanea richiesta di una pluralità di *referendum* tra loro non soltanto parzialmente sovrapposti nell'oggetto ma anche differenziati nell'eventuale esito abrogativo, non si sostanzia in un intervento della Corte costituzionale in senso preclusivo rispetto allo svolgimento della consultazione popolare, ma al contrario nel rinvio della soluzione della questione all'intelligenza, o meglio, come ha detto la stessa Corte, alla «maturità» del corpo

votante (così nella sentenza n. 26 del 1981).

La problematica, come noto, è sorta con la presentazione di una pluralità di quesiti referendari – con effetti abrogativi addirittura opposti – sulla legge relativa all'interruzione volontaria della gravidanza. La Corte costituzionale si trovò innanzi ad una lacuna legislativa, poiché nulla il legislatore ha previsto nel caso di più richieste di *referendum* abrogativo vertenti sulla medesima materia ma con effetti abrogativi distinti. Infatti, mentre nel caso in cui vi sia una pluralità di richieste abrogative sulla stessa legge e con il medesimo intento abrogativo, spetta all'Ufficio centrale presso la Corte di cassazione deliberare la concentrazione dei quesiti in un'unica domanda da rivolgersi al corpo votante, non si prevede la medesima soluzione nel diverso caso in cui le richieste siano rivolte a fini diversi, giacché, è chiaro, la concentrazione dei quesiti determinerebbe in ogni caso l'arbitraria soppressione di una richiesta a vantaggio di quella (o quelle) di senso opposto. La Corte costituzionale avrebbe forse potuto sollevare davanti a sé stessa la questione di legittimità costituzionale in via incidentale in relazione all'omissione legislativa, e provvedere di conseguenza, colmando la lacuna in modo da riportare la legge a Costituzione, come, per esempio, è avvenuto per la mancanza della disposizione legislativa in ordine all'approvazione – prima della consultazione popolare – di una nuova legge sostanzialmente riprodotiva di quella sottoposta alla richiesta referendaria e dunque fraudolentemente approvata dal Parlamento soltanto allo scopo di abrogare la legge precedente in modo da evitare lo svolgimento della consultazione popolare. In quest'ultimo caso, la Corte è intervenuta con un'importante pronuncia che, in via additi-

va, ha statuito che la predetta approvazione non può comportare, come sarebbe disceso dall'originaria formulazione della legge n. 352 del 1970, la cessazione del procedimento referendario (e quindi l'impossibilità di procedere alla consultazione popolare), bensì deve determinare il trasferimento del quesito dalla legge su cui era stato richiesto originariamente il *referendum* alla nuova legge poi approvata dalle Camere, e dunque consentire la consultazione popolare su quest'ultima (cfr. la sentenza n. 68 del 1978).

Tale soluzione, per quanto piuttosto ardita sul piano dell'ammissibilità degli interventi additivi della Corte, dimostra l'intenzione di impedire che il legislatore possa precludere lo svolgimento delle consultazioni popolari soltanto mutando il titolo formale dell'atto normativo sul quale verte la richiesta referendaria. Il rapporto tra legge e *referendum*, tra organi rappresentativi e soggetti direttamente espressivi della volontà popolare, deve insomma restare in posizione di parità, ed il legislatore non può approfittare del carattere di continuità del suo potere normativo per porre nel nulla in modo del tutto arbitrario la facoltà di richiesta popolare di *referendum* abrogativo che è prevista e garantita dalla Costituzione.

Diversamente, nel caso dei "pluri-*referendum*" sulla stessa materia ma con esiti abrogativi differenziati, è verosimile che la Corte costituzionale non abbia proceduto ad un intervento additivo perché non sussiste una sola ed esclusiva soluzione costituzionalmente obbligata, ovvero un rimedio legislativo che, come ha detto Vezio Crisafulli, deve essere «a rime obbligate».

Infatti, diverse potrebbero essere le soluzioni utilizzabili dal legislatore in sede di attuazione della Costituzione; ad esem-

pio, si potrebbe consentire lo svolgimento delle consultazioni popolari secondo l'ordine di presentazione delle richieste, facendo slittare all'anno successivo quelle presentate successivamente, oppure si potrebbe precludere lo svolgimento di quelle presentate successivamente sulla stessa materia, o ancora si potrebbe ritenere che l'approvazione del quesito più "radicale" prevalga su quelli che incidono in minor misura sul testo legislativo, e così via. In ogni caso, la scelta della Corte costituzionale di rimettere la questione all'intelligenza del corpo votante non è stata una soluzione casuale, anche perché recentemente ribadita in occasione della presentazione di una pluralità di quesiti referendari, di diverso contenuto e finalità, relativi alla legge sulla procreazione assistita. Tale scelta implica un orientamento volto ad ammettere che nel corpo votante si proceda ad una specifica discussione e a un'apposita valutazione sugli esiti del voto popolare sui "pluri-referendum", e dunque un attento calcolo sul peso di ciascuna consultazione rispetto all'altra. Anche questo, dunque, dimostra che la collettività chiamata ad esprimere la sua volontà deliberativa in ordine ai "pluri-referendum" viene considerata dalla Corte costituzionale capace di operare valutazioni politiche di non lieve entità in modo non dissimile da quanto avviene all'interno delle assemblee rappresentative. Il *demos*, in altre parole, è configurato come un operatore giuridico per nulla rozzo, ma al contrario intrinsecamente idoneo a calcolare l'impatto delle sue deliberazioni sull'assetto legislativo anche quando trattasi del caso assai complesso dei "pluri-referendum".

5. *Il rapporto di non indifferenza tra la volontà deliberativa popolare e quella degli organi rappresentativi*

L'ultimo orientamento della Corte costituzionale che qui si intende sottolineare è quello relativo al rapporto sussistente tra la volontà deliberativa espressa dal popolo mediante il *referendum* abrogativo e quella risultante dagli organi rappresentativi. La questione, più in generale, si traduce nella possibilità o meno di attribuire alla deliberazione popolare una sorta di plusvalore democratico che la ponga in posizione di superiorità rispetto al successivo operare degli organi rappresentativi, ed in specie del Parlamento, nella medesima materia sulla quale il popolo si sia già espresso in un determinato senso abrogativo.

La questione, viceversa, non si pone là dove la consultazione popolare non abbia avuto esito alcuno – allorché non si sia raggiunto il necessario *quorum* partecipativo – , ovvero abbia avuto esito negativo, quando cioè la richiesta abrogativa non sia stata approvata dalla maggioranza dei voti validi, poiché anche in questo caso la consultazione non produce alcun effetto giuridico, salvo quello di impedire la stessa richiesta referendaria nei successivi cinque anni.

Come noto, la Corte costituzionale ha seguito una linea di non facile decifrazione. Da un lato si è rilevato che l'avvenuta pronuncia referendaria in senso abrogativo non preclude il successivo intervento legislativo sulla medesima materia, giacché il potere legislativo non può certo ritenersi limitato o sospeso – neppure temporaneamente (come pure da taluno si è autorevolmente proposto) – dal fatto che il corpo votante si sia espresso in senso negativo su una legge precedentemente in vigore. Più

precisamente la Corte ha affermato che il Parlamento, dopo una pronuncia popolare abrogativa, ben può «correggere, modificare o integrare la disciplina» risultante dall'esito abrogativo (così, espressamente, Corte cost. n. 32 del 1993).

Dall'altro lato, invece, si è affermato che il dato prescrittivo abrogato dalla pronuncia referendaria non può essere fatto rivivere «né formalmente, né sostanzialmente» dal legislatore, essendo così senz'altro proibito prolungare nel tempo gli effetti della legge abrogata in via referendaria (si veda la sentenza n. 468 del 1990). In tal modo la Corte ha inteso affermato che l'abrogazione determinata dalla volontà popolare è un risultato costituzionalmente protetto e quindi non può essere in alcun modo alterato dal legislatore. L'esito abrogativo della consultazione popolare, insomma, non è una normale abrogazione di fronte alla quale il legislatore possa agire in piena indifferenza, come se nulla fosse avvenuto. Ma, al contempo, questo rapporto di non indifferenza non si traduce nella permanente superiorità dell'atto deliberativo referendario rispetto alla successiva manifestazione della volontà legislativa degli organi rappresentativi. Questi ultimi, infatti, saranno liberi di intervenire nuovamente sulla disciplina modificata in seguito all'esito referendario, eventualmente anche ripristinando, come peraltro è più volte avvenuto nella prassi repubblicana, quanto disolto dal corpo votante. Ciò è stato fortemente criticato da chi ha rilevato che in tal modo il legislatore non soltanto dimostrerebbe un certo disprezzo nei confronti della volontà espressa direttamente dal popolo, ma opererebbe anche in senso sostanzialmente contrario alla Costituzione. Ma non vi è chi non veda che la nostra

Costituzione non consente di attribuire all'esito referendario abrogativo alcuna sovraordinazione gerarchica rispetto alla successive leggi del Parlamento. Ed in verità lo stesso limite prima indicato, quello di far rivivere la normativa abrogata prolungandone gli effetti, non discende dalla prevalenza della volontà referendaria su quella legislativa, ma dalla necessità di impedire che la legge violi la Costituzione nel punto ove si prevede l'esito abrogativo derivante dalla consultazione referendaria che si sia conclusa con una determinata maggioranza.

Anche dall'orientamento giurisprudenziale adesso delineato si deduce che le deliberazioni referendarie derivanti da una assai significativa articolazione del popolo sovrano, non sono state poste dalla Corte costituzionale in un rapporto di opposizione rispetto alla volontà legislativa espressa dai poteri rappresentativi, ma in un rapporto di pariordinazione e di reciproca sostituzione. In estrema sintesi, anche ciò induce a ritenere che, quando il principio democratico nel nostro ordinamento costituzionale si manifesta attraverso una rilevante forma di diretta espressione della volontà popolare quale il *referendum* abrogativo, quest'ultima è stata affrontata dalla giurisprudenza costituzionale declinandola in modo da consentirne la maggiore integrazione possibile nel processo decisionale pubblico che è principalmente animato dalle istituzioni della rappresentanza possibile. Integrazione, che tuttavia non implica, come si è visto, né piena assimilazione né subordinazione di questa forma di democrazia diretta rispetto alla strumentazione propria della democrazia rappresentativa. Taluno, anche di recente, ha suggerito di rinunciare alla definizione di

“democrazia diretta”, preferendo definire il nostro sistema democratico utilizzando formule che sottolineano la piena centralità della democrazia rappresentativa.

A nostro modesto avviso, sarebbe forse più opportuno parlare di democrazia rappresentativa “rafforzata” dagli strumenti di democrazia diretta, e mantenere così una definizione che ci perviene da una tradizione ormai lungamente consolidata. Se si facesse altrimenti, si finirebbe per tradire non soltanto lo spirito del dettato costituzionale – che né nella disciplina del *referendum* abrogativo, né in quella della legge prescrive una qualche superiorità delle funzioni spettanti alle istituzioni rappresentative rispetto a quelle esercitate direttamente dai cittadini -, ma anche i risultati cui la giurisprudenza costituzionale è pervenuta nel corso del suo sindacato.



Trenta proposte di lettura

A CURA DI MAURO ANTONINI, MARCO BRUNI, RONALD CAR, LUCA COBBE, NINFA CONTIGIANI, GERRI FERRARA, LUIGI LACCHÈ, ROBERTO MARTUCCI, LUCA SCUCCIMARRA, MONICA STRONATI.

A

AA.VV.

1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale

Roma, Corte Costituzionale, 2006, 3 tomi

Ben difficilmente la Corte costituzionale avrebbe potuto celebrare i suoi primi cinquant'anni di vita effettiva con una iniziativa più utile e feconda di questa. I tre tomi infatti costituiscono, da ora in avanti, un insostituibile strumento per lo studio storico-giuridico e istituzionale della Corte. Al giudice Ugo De Siervo andrà il plauso degli studiosi che verranno. Infatti l'opera è una sorta di archivio 'tascabile' della storia cinquantennale della Corte. Contiene i discorsi celebrativi dell'attività della Corte, da quello iniziale di Enrico De Nicola a quello di Mauro Ferri per il quarantesimo anniversario; una

messe di dati sulla composizione della Corte e su tutti i relativi profili strutturali e organizzativi; una originale e utilissima raccolta selettiva di scritti dei giudici costituzionali (non pochi dei quali sono dei veri e propri classici della letteratura italiana); ancora, una vasta appendice statistica.

Già questo sarebbe molto, ma bisogna aggiungere che un dvd allegato si rivela uno straordinario tesoro di dati perché, tra l'altro, contiene, le decisioni dal 1956 ad oggi, le massime, i testi normativi e molto altro.

L.L.

Piero AIMO

Il centro e la circonferenza.

Profili di storia

dell'amministrazione locale

Milano, Franco Angeli, 2005, pp. 296
ISBN 88-46-46655-1, Euro 20

L'antologia di scritti raccolti da Piero Aimo si apre con due

saggi, l'uno metodologico, l'altro storiografico, che tengono insieme i vari profili di analisi del rapporto tra il centro e la periferia, attraverso il filo rosso della specificità di una «Storia "amministrativa" dell'amministrazione». «Come le istituzioni burocratiche conoscono una loro autonomia, sono guidate cioè da logiche specifiche e sospinte da dinamiche endogene, così la scienza che le studia, in prospettiva storica, possiede una 'cifra' propria, uno statuto peculiare» (p. 27) come primo gradino di una ricognizione a tutto campo ma successiva, spiega l'autore, dandoci così conto della metafora dei 'cerchi concentrici' usata nel titolo.

In coerenza con la difesa dell'utilità e necessità del ricorso a modelli e idealtipi, ovvero a «metodiche "generalizzanti"» (p. 29) svolta nella prima parte, il primo lavoro ripresentato è quello comparati-

stico su «Il modello napoleonico: Francia e Italia a confronto» (Parte II). Segue lo sguardo su «Il sistema sabaudò di governo locale» (Parte III), in quanto premessa e riferimento dell'ordinamento comunale e provinciale italiano successivo. Il rapporto tra l'amministrazione centrale dello Stato unitario e le sue diramazioni periferiche è, infatti, indagato a partire dal ruolo dei prefetti nell'Italia liberale nel saggio su «Le relazioni tra centro-periferia tra Ottocento e Novecento» (Parte IV). Si arriva così alla riflessione sul periodo fascista sino all'immediato dopoguerra con l'esperienza del comune di Andria: «Le tendenze e le esperienze tra fascismo e democrazia» (Parte V).

N.C.

B

Massimo BAIONI

Risorgimento in camicia nera
Studi, Istituzioni, musei
nell'Italia fascista

Comitato di Torino per la storia del
 Risorgimento italiano,
 2006, pp. 2006
 ISBN: 88-430-3757-9, Euro 32,60

Il complesso rapporto tra Fascismo e Risorgimento è ricostruito in modo sistematico da uno studio che ha il merito di proporre in modo non convenzionale e avvincente il clima culturale del Ventennio; in particolare, al giro di boa

delle celebrazioni del Decennale corrisponde «un nuovo impulso sul rapporto passato-presente» (p. 13).

È proprio in quel periodo che il Risorgimento – memoria ancora viva di una Nazione e di uno Stato costituitisi solo da pochi decenni – viene sottratto come oggetto storiografico alle indagini di agiografi e ricercatori improvvisati (i «risorgimentisti... dilettanti» evocati da Ernesto Sestan) per essere affidato a una ben più solida struttura di ricerca: la neonata Società di storia del Risorgimento.

Gestita in prima persona dal quadrumviro Cesare De Vecchi di Val Cismon (che si avvale della collaborazione dello storico Alberto Maria Ghisalberty), l'operazione che è ambiziosa e di indubbio spessore è, al tempo stesso, una palestra per giovani studiosi destinati ad emergere nel panorama culturale dell'Italia repubblicana.

R.M.

Luca BASSO

Individuo e comunità nella filosofia politica di G.W. Leibniz

Soveria Mannelli, Rubettino, 2005,
 pp. 323, ISBN 88-498-1212-4, Euro 23

A differenza di altri padri fondatori della filosofia moderna, G.W. Leibniz non elaborò mai la sua concezione del diritto e della politica nella forma compiuta di una trattazione conclusivamente sistematica. Chi voglia

farsi un'idea delle sue convinzioni in materia deve immergersi perciò in un percorso di lettura ampio e diversificato, da cui estrapolare con pazienza i nuclei fondativi di un modello teorico complesso, ma mai banale. Per la sua peculiare caratterizzazione speculativa, la riflessione politica leibniziana sembra inoltre destinata a sfuggire alla presa di ogni facile automatismo classificatorio: si tratta, infatti, di un continente dottrinario fondato sui principi di un potente impianto metafisico ma al tempo stesso costantemente vivificato dai riferimenti alla variegata esperienza della politica empirica.

Chi voglia coglierne il senso più profondo deve, dunque, accettare la duplice sfida avanzata da quelle pagine: decifrarne cioè la complessiva sostanza costruttiva alla luce degli specifici contesti problematici di cui quella concretamente si alimenta. Proprio questo è il tentativo compiuto da Luca Basso in quello che a tutti gli effetti si propone come una delle più complete ed accurate ricognizioni del pensiero politico leibniziano uscite nella nostra lingua. Contro la diffusa tendenza ad appiattare la riflessione del filosofo tedesco su una soltanto delle sue polarità costruttive, l'autore ha scelto infatti di affrontare l'analisi del nesso individuo-comunità – uno snodo assolutamente decisivo nella riflessione politica di Leibniz – proprio a partire da quel

Trenta proposte di lettura

modello di «pensare nella pratica» che costituisce una peculiare modalità del discorso filosofico leibniziano. Ciò che ne scaturisce è così un itinerario ricostruttivo che, senza rinunciare a discutere alcuna delle categorie-chiave della teoria politica di Leibniz, possiede l'indiscutibile pregio di restituire un'immagine in perenne tensione, in grado di valorizzare gli indubbi elementi di originalità fondativa e argomentativa, ben al di là di quanto solitamente accada nelle consolidate genealogie della storiografia del pensiero politico.

L. S.

Salvatore BONFIGLIO

Il Senato in Italia. Riforma del bicameralismo e modelli di rappresentanza

Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 131
ISBN: 88-420-7931-6, Euro 16,00

Salvatore Bonfiglio, docente di Diritto Pubblico comparato e di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi Roma Tre, pubblica una monografia dedicata ad uno studio diacronico del bicameralismo e, in modo particolare, alla seconda Camera italiana: la prima parte del testo, difatti, propone una riflessione analitica sul Senato regio, la seconda sul Senato della Repubblica. L'Autore, dopo aver definito «zoppo» il bicameralismo statutario, a causa di una radicata lettura "politica" che interpretava la nomina regia dei sena-

tori come un correttivo all'allargamento del suffragio e al ruolo della rappresentanza elettiva della Camera dei deputati, non esita a parlare di vero e proprio «deperimento istituzionale» del Senato come effetto delle infornate regie.

Dopo aver passato in rassegna le infruttuose proposte di riforma del Senato, dal periodo pre-unitario sino a quello successivo alla Prima guerra mondiale, Bonfiglio analizza il dibattito in Costituente sulle ragioni che giustificavano l'adozione di un nuovo modello bicamerale; a ciò segue un'attenta analisi del dibattito degli anni Novanta a proposito della crisi del bicameralismo perfetto italiano e delle proposte di riforma con l'introduzione di un Senato federale.

La terza parte del testo è dedicato alla comparazione con i modelli europei: il *Bundesrat* tedesco e quello austriaco, il Senato belga e, soprattutto, quello spagnolo, oggetto di un'attenta rilettura nell'ambito di un federalismo fortemente asimmetrico. Completano il lavoro alcune stimolanti considerazioni conclusive sul rapporto tra bicameralismo, forma di Stato, forma di governo e sul futuro del bicameralismo. A quest'ultimo proposito Bonfiglio sostiene che il bicameralismo classico, specie quello di natura non federale, appare quasi ovunque in declino a causa del venir meno di alcune ragioni istituzionali, politiche

e tecniche che ne hanno giustificato l'adozione: in tutti i paesi in cui è in corso un dibattito sul federalismo, specie dopo il Trattato di Maastricht e la conseguente emersione del ruolo istituzionale delle autonomie territoriali, si è fatta strada l'ipotesi di una possibile evoluzione delle seconde Camere nel senso di una Camera federale.

Notevole è, altresì, la ricca documentazione bibliografica che rende il testo, di per sé già molto interessante, particolarmente utile.

G. F.

C

Anne CARY-MORRIS
(sous la direction de)

Journal de Gouverneur Morris
(1789-1792).

Ministre plénipotentiaire des
États Unis en France

Paris, Mercure de France, 2002, pp.393
ISBN: 2-7152-2309-9, Euro 7,80

Artefice principale del regime costituzionale adottato dalla Convenzione di Filadelfia, federalista d'acciaio che durante la campagna per la sua ratifica aggiunge la propria fermezza (nonché il cinismo) al vigore di Hamilton, Morris inizia il proprio incarico di inviato ufficiale a Parigi nel febbraio 1789 in tempo per assistere a tutti gli eventi più significativi della Rivoluzione Francese.

Meno repubblicano dell'altro testimone illustre, Jefferson, e piuttosto, come si auto-definisce, «*républicain-monarchiste*», affida al proprio diario considerazioni franche (in quanto non destinate ad una pubblicazione immediata, ma intese come appunti di lavoro per un'opera di memorie che non completerà mai). Annotazioni quasi telegrafiche svelano pareri sugli accadimenti più significativi, sulla costituzione del 1791, sugli scambi di opinione con numerosi protagonisti di primo piano, sia con quelli schierati per la Rivoluzione, sia con la nobiltà ed il monarca. «*J'ai fait une des plus républicaines de toutes les constitutions républicaines, mais je prêche continuellement le respect pour les princes, les égards dus à la noblesse, et la modération dans la réforme*».

Benché mantenga l'incarico di plenipoteziario fino al 1797, alla vigilia del Terrore, l'8 ottobre 1792 interrompe il diario con l'annotazione che «*La situation est maintenant telle qu'en continuant ce journal je pourrais compromettre beaucoup de monde [...]*».

L'immenso materiale memorialistico lasciato da Gouverneur Morris viene proposto secondo la selezione operata nel 1888 da sua nipote Anne Cary-Morris e pubblicato in Francia nel 1901.

R.C.

Camillo CAVOUR
*Epistolario, volume
diciassettesimo (1860)*

A cura di Carlo Pischedda e Rosanna Roccia
Firenze, Olschki, 2005, 5 tomi, pp. 3261
ISBN 88-222-5428-7, Euro 330

Con i sei tomi che formano il diciassettesimo volume dell'Epistolario cavouriano, l'impresa meritoria compie un passo in avanti davvero importante, anche perché entra a pieno titolo nel momento culminante del formidabile processo di unità nazionale. Epoca straordinaria, epistolario straordinario, si potrebbe dire. Basta del resto scorrere il corpus delle 4200 tra lettere e missive (molte delle quali cifrate) per rendersi conto – se solo ce ne fosse bisogno – della capacità di Cavour di muoversi con incredibile lucidità, efficacia e carisma nelle trame complesse e incandescenti degli avvenimenti che giorno dopo giorno si compiono. Si tratta, come è noto, di una fonte talmente importante per la storia italiana (e non solo, ovviamente), che è superfluo segnalarne lo specifico rilievo sul piano della storia costituzionale e istituzionale.

L'edizione relativa al 1860, come le precedenti che formano insieme un corpus di 25 volumi (1844-1860), è esemplare per acribia e completezza. Con profondo rammarico bisogna ricordare che il principale artefice dell'opera è venuto a mancare: Carlo Pischedda aveva curato quasi tutti i volumi, dal

primo pubblicato nel 1973, dedicando – è il caso di dire – la sua vita a questa encomiabile iniziativa.

L.L.

Cristophe CHARLE
*Le siècle de la presse
(1830-1939)*

Paris, Édition du Seuil, 2004, pp. 398
ISBN 2-02-036174-4, euro 26,00

Specialista delle élites intellettuali francesi della fine del XIX secolo, pioniere degli studi sulla formazione e l'influenza del potere universitario, Christophe Charle consegna al lettore una solida sintesi sul secolo d'oro della stampa francese, dagli esordi della Monarchia di Luglio fino alla vigilia della Seconda guerra mondiale.

Dando all'analisi un impianto rigorosamente cronologico – cinque capitoli sulla stampa dal 1830 alla caduta del Secondo impero, cinque su quella della Terza repubblica fino alla fine della Prima guerra mondiale, e cinque infine su quella degli anni compresi fra i due conflitti mondiali –, l'autore, che ricorre prevalentemente a fonti secondarie, articola la propria riflessione mobilitando le risorse della storia sociale, culturale e politica e così rivela le potenzialità euristiche di un ambito di studi troppo a lungo costretto ad un ruolo ancillare al cospetto della storia politica.

Occasione per fare luce su una vera e propria rivoluzione

Trenta proposte di lettura

culturale ed abbozzare il ritratto di un'epoca, l'indagine sulla nascita, l'apogeo e la crisi del giornalismo denuncia la costitutiva ambivalenza della stampa francese, eternamente in bilico fra l'ambizione di costituirsi come contro-potere e la tendenza al conformismo politico, e formula un'ipotesi sulle ragioni storiche della sua crisi attuale.

M.B.

Enzo COLLOTTI
Il fascismo e gli ebrei.
Le leggi razziali in Italia

Bari, Laterza, 2003, pp. 220
ISBN 88-420-7886-7, Euro 7,50

Una prosa decisa e a tratti molto coinvolta ricostruisce i percorsi delle comunità ebraiche italiane. Il *focus* ovviamente è sulla persecuzione antisemita che ha avuto il suo culmine nel periodo fascista. D'altra parte l'autore non può esimersi dal riassumere quelle che sono le principali tappe di una integrazione che vede i suoi momenti più alti nella concessione dello Statuto Albertino e nella prima produzione normativa dell'Italia liberale: in questo senso si segnala il codice penale dell'89 che riconosce pari dignità a tutte le confessioni.

Il punto di rottura dell'evoluzione in senso liberale viene individuato senza esitazioni nella stipulazione dei Patti Lateranensi del 1929. Collotti, come appare evidente, fa risa-

lire l'antisemitismo italiano più al razzismo di matrice coloniale e all'antigiudaismo di origine cattolica che all'antisemitismo di stampo internazionale. D'altronde, anche questo aspetto non viene trascurato in un'analisi che si muove tra le pagine del sionismo internazionale, quando guarda alla fase della propaganda antisemita, e che si occupa dei rapporti con l'alleato tedesco nel periodo della guerra, dei campi e delle deportazioni.

Una conclusione dai toni indignati sottolinea la devastazione arrecata dal ventennio fascista agli ebrei italiani, sia dal punto di vista materiale che dal punto di vista morale e simbolico; ma vengono denunciati anche i ritardi e le resistenze dei nuovi governi nel ripristino effettivo di un'uguaglianza sostanziale e non formale. Non a caso viene ascritto un enorme valore risarcitorio ai lavori della "Commissione per la ricostruzione delle vicende relative all'acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati" insediata dal governo italiano solo nel 1998 e presieduta dall'onorevole Tina Anselmi. Le considerazioni conclusive dei lavori della commissione, datate aprile 2001, sono peraltro riportate in appendice.

Proprio l'appendice, che raccoglie dichiarazioni, provvedimenti, norme e ordinanze fasciste di stampo antisemita,

insieme alla ricca bibliografia ragionata, fanno di questo testo un buon strumento di lavoro per chi volesse approfondire o riconsiderare secondo una prospettiva diversa tematiche che restano comunque attuali.

M.A.

E

Valerio EVANGELISTI
Gli sbirri alla lanterna
La plebe giacobina bolognese
(1792-1797)

Prefazione di Valerio Romitelli
Roma, Derive Approdi, 2005, pp. 158
ISBN: 88-88738-78-9, Euro 12,00

Gli archivi restituiscono una immagine non convenzionale della Bologna "giacobina" di fine Settecento, quel malesse-re di subalterni plebei forse informati dei fatti di Francia e consapevoli del proprio presente di stenti, tanto da inficiare il consolidato *cliché* della passività popolare.

Equilibrata e coinvolgente la descrizione della congiura Zamboni-De Rolandis; nel complesso, dense di fatti e protagonisti oscuri, oggi dimenticati, le pagine dell'intero volume hanno il merito di far parlare una coraltà marginale, certo inquietante, all'epoca, per Bonaparte "liberatore".

R.M.

E

Claude GAUTIER

*Hume et les savoirs de l'histoire*France, Éditions de l'École des hautes études en Sciences Sociales
Librairie philosophique Vrin, 2005,
pp. 301ISBN VRIN 2-7116-1791-2,
ISBN EHESS 2-7132-2082-3
Euro 30,00

Momento felice per gli studi humiani in Francia. Negli ultimi cinque anni, raccogliendo l'“eredità” lasciata a partire dagli anni Settanta dagli innovativi studi di Gilles Deleuze (*Empirismo e soggettività. Saggio sulla natura umana secondo Hume*) e di Didier Deleule (*Hume e la nascita del liberalismo economico*), altri studiosi d'oltralpe ci hanno offerto alcune letture filosofiche e filosofico-politiche dello scozzese del Settecento che hanno il merito di presentarci alcune immagini del suo pensiero politico che prendono le distanze dalle classiche tassonomie degli storici delle idee.

Tra questi lavori, quello di Gautier merita una nota particolare in quanto si presenta come un'analisi del pensiero politico humiano messo in relazione con le sue opere storiche. Lontano dal rivendicare un'assoluta contiguità o, piuttosto, una distanza radicale tra l'elaborazione filosofica e quella storica, lo sforzo dell'Autore è quello di sottolineare l'irriducibile differenza che per Hume esiste tra la storia e

la filosofia come continenti epistemici. In questa constatazione non viene meno il piano unitario dell'analisi humiana: si tratta infatti di cogliere come «l'abandon de la philosophie pour une antropologie [...] permettrait de donner à l'histoire, chez Hume, une place et une importance jusque-là inédites» (p. 16).

Gautier, allora, si appresta a descrivere come la storia e la filosofia si leghino attraverso delle esigenze reciproche e come entrino in un nuovo dispositivo critico. Un dispositivo che, tuttavia, non si risolve in una “filosofia della storia” ma che prova costantemente a legare l'epistemologia humiana della credenza e la fenomenologia storica delle “forme”, storiche anch'esse, della credenza che rifiutano di trovarsi schiacciate in una sistemazione astratta e a-storica, come alcuni passaggi delle opere filofiche di Hume lascerebbero intendere.

Il risultato è la scoperta del ruolo pratico e critico dei saperi storici coinvolti nelle opere humiane, quale contributo fondamentale a quel «travail du scepticisme» inteso come critica rigorosa dell'autorità delle credenze politiche e delle superstizioni religiose.

L.C.

G

Roberto GIULIANELLI e
Massimo PAPINI (a cura di)
*Dizionario biografico del movimento sindacale nelle Marche 1900-1970*Roma, Ediesse, 2006, pp. 485
ISBN 88-230-1142-6, Euro 30,00

Una raccolta di 220 schede dedicate a sindacalisti che hanno operato nelle Marche o che hanno contribuito in modo significativo allo sviluppo del movimento sindacale della regione a partire dal 1900, anno della fondazione della prima camera del lavoro ad Ancona, al 1970, dopo la conclusione del cosiddetto “Autunno caldo”.

La breve Introduzione dei curatori assume rilievo principalmente in quanto esplicita le premesse metodologiche che hanno portato alla selezione dei profili biografici da inserire nel dizionario.

La scelta di non limitarsi ai sindacalisti di nascita marchigiana, ma di estendere la trattazione anche a quanti, pur nati altrove, hanno operato nelle Marche oppure con la loro azione hanno dato sostanza al sindacalismo regionale, si rivela particolarmente feconda. Da un lato, permette di avere un quadro più completo dell'evoluzione del movimento nella regione che in molti casi non avrebbe potuto fare a meno del contributo di sinda-

Trenta proposte di lettura

calisti e politici provenienti o, ancora meglio, "inviati dai vertici"; dall'altro, consente di intersecare i percorsi del sindacalismo marchigiano con le fondamentali questioni storiche, politiche e costituzionali dell'Italia contemporanea. In questo senso le schede su Pietro Nenni, ma anche sul costituente Oliviero Zuccarini o, per risalire al primo anteguerra, su Errico Malatesta, si rivelano preziose oltre che interessanti.

Altra opzione apprezzabile quella di delimitare la ricerca al *movimento sindacale tout court*, senza estendersi ad un territorio per certi versi troppo ampio e generico come quello dell'intero *movimento operaio*. Se restringere il campo di indagine ha portato ad esclusioni eccellenti, ciò ha tuttavia permesso di dedicare spazio ai protagonisti di tutte le componenti sindacali: oltre a quello di stampo marxista o cattolico, non mancano riferimenti al sindacalismo repubblicano, anarchico o rivoluzionario.

Inoltre, la scelta esplicita di inserire numerose schede riferite a personaggi "minori" o in qualche modo "dimenticati" è particolarmente utile ai fini della ricostruzione del contesto storico in generale, oltre che del movimento sindacale in particolare. Il valore delle singole schede purtroppo appare spesso diseguale, soprattutto per quanto riguarda la documentazione a supporto: si va dalla piccola biblio-

grafia esauriente alla semplice testimonianza orale.

Il lavoro nel suo complesso risulta apprezzabile in quanto strumento di ricerca dove reperire indicazioni, notizie e fonti; risulterebbe arricchito da una ulteriore analisi di tipo statistico sul materiale raccolto: a titolo esemplificativo, come indicano gli stessi curatori, la presenza di solo 8 donne in oltre 200 schede è di per sé altamente significativa.

M.A.

Tania GROPPI
Canada

Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 178,
ISBN 88-15-10513-1, Euro 10,50

Tania Groppi, docente di Diritto pubblico nell'Università di Siena, dove dirige il Centro interdipartimentale di ricerca e formazione sul diritto pubblico europeo comparato (DIPEC), ha pubblicato per la collana "Si governano così" de il Mulino una monografia dedicata al Canada. Il testo si propone di analizzare gli aspetti istituzionali più rilevanti del federalismo cooperativo del Canada, della sua forma di governo parlamentare a parlamento debole e del suo regime politico a «due partiti e mezzo». Terra di confine, il Canada è spesso ricordato per il suo passato coloniale britannico, per la presenza dei coloni francesi rimasti *in loco* nonostante le sconfitte militari o, altre volte ancora, per la presenza delle

ultime tribù di nativi confinati in invivibili riserve.

Tuttavia, a partire dagli anni Cinquanta, il Canada si è trasformato in un laboratorio costituzionale di ispirazione per tutti gli ordinamenti pluralisti. Di fronte a due gruppi linguistici fortemente caratterizzati, gli anglofoni ed i francofoni del Québec, a cui vanno sommati i sempre crescenti flussi migratori, il Canada ha imboccato la via della tutela del suo multiculturalismo avviando un processo di integrazione che ha toccato il suo apice nel 1982 con la Carta dei diritti e delle libertà la quale, riconoscendo una serie di valori "tipicamente canadesi" – in quanto condivisi da tutti i gruppi linguistico-culturali presenti in Canada –, è riuscita a superare le diffidenze esistenti tra le varie componenti nazionali. La presenza di comunità distinte per cultura, religione, lingua, etnia e la protezione che l'ordinamento accorda a tali diversità fanno del Canada l'equivalente oltreoceano del modello spagnolo.

Ulteriore aspetto peculiare del Canada, accanto ad un multiculturalismo nel quale il diritto ha svolto un ruolo centrale, sono le relazioni internazionali, o più precisamente i rapporti con l'ex madrepatria (Regno Unito) e con il potente vicino (Stati Uniti). Una prima fase storica è stata caratterizzata da un processo di affrancamento dal Regno Unito avviatosi tra le due

Guerre, rafforzatosi nel 1965 con l'introduzione di una bandiera nazionale e compiutosi definitivamente solo nel 1982 con la definitiva "restituzione" al Canada del potere di revisione costituzionale, sino ad allora nelle mani del Parlamento di Westminster. L'eclissi della madrepatria ha visto rafforzare i rapporti economici, militari, politici, ma anche culturali con gli Stati Uniti, nei confronti dei quali il Canada ha assunto un atteggiamento costantemente ambivalente, alternando fasi di forte avvicinamento con episodici rigurgiti di nazionalismo in chiave anti-statunitense. Il Canada si propone oggi come uno degli attori più intraprendenti nell'ambito delle politiche di cooperazione internazionale a fini pacifisti.

G.F.

ENRICO GROSSO

Francia

Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 186
ISBN: 88-15-09744-9, euro 10,50

La collana "Si governano così" in cui si colloca questo volume ha il merito di fornire un panorama delle istituzioni politiche degli altri Stati.

Alla Francia della Quinta Repubblica (nata nel 1958) è dedicato questo lavoro che offre al lettore medio, non necessariamente informato sulle vicende passate, anche un denso capitolo di storia costi-

tuzionale francese dalla Rivoluzione del 1789 a De Gaulle.

Documentato e articolato, completo delle informazioni più essenziali sul sistema costituzionale transalpino e sul suo funzionamento, assistito da una qualità di scrittura incalzante, il quadro ricostruttivo proposto da Enrico Grosso sembra privilegiare ombre e distonie della Quinta, dimenticando le qualità stabilizzatrici della svolta del 1958-62 che seppe sterilizzare una pregressa e secolare instabilità governativa, già rilevata da Maurice Duverger.

Ricca e gratificante la bibliografia finale, non sempre congrua (si pensi alla qualifica "censitaria" ripetutamente riservata alla stagione del 1789-91) rispetto alla linea interpretativa adottata dall'autore.

R.M.

OLIVIA GUARALDO,

LEONIDA TEDOLDI (a cura di)

Lo stato dello Stato. Riflessioni sul potere politico nell'era globale

Verona, Ombre corte, 2005, pp. 154
ISBN 88-87009-78-3, Euro 14

Con il curioso gioco di parole che dà il titolo al volume si delinea subito il senso complessivo del progetto editoriale. A che punto del viaggio – e delle sue narrazioni – è il termine-concetto Stato? Quale lo stato in cui versa? Se lo Stato inteso come fondamentale paradigma ottocentesco di

unità dell'ordine politico è in 'crisi' da almeno un secolo, per certi versi dal suo apparente apogeo, lo Stato sovrano, nazionale, di diritto è in 'discussione' da diversi decenni.

Lo statuto epistemologico della 'crisi' non è pertanto 'esterno' all'uso e alla concezione del termine, ma è per molti versi parte integrante del modo di vedere la statualità nel mondo contemporaneo. La revisione critica avvenuta sul piano storiografico ha senza dubbio contribuito molto a mostrare tutta la ricchezza 'esistenziale' dello Stato nel suo sviluppo di età moderna e nelle sue complesse e dinamiche metamorfosi tra Otto e Novecento.

Nel panorama di una sovrabbondante letteratura sul tema, il volumetto in questione è ben calibrato e coglie in maniera agile ed efficace alcuni aspetti istituzionali spesso trascurati nella prevalente analisi economicistica della globalizzazione. Il volume è composto da otto saggi di Tedoldi, Meriggi, Portinaro, Salter, Marramao, Mezzadra, Cavarero, Guaraldo.

L.L.

H

Patrick HARISMENDY
(sous la dir. de)

*La France des années 1830 et
l'esprit de réforme.*

*Actes du colloque de Rennes (6-7
octobre 2005) organisé par le
CRHISCO (Rennes 2-CNRS) et le
Centre d'histoire du XIX^e siècle
(Paris I-Paris IV)*

Rennes, Presses Universitaires de
Rennes, 2006, pp. 310
ISBN 2-7535-0339-7, Euro 20,00

Testimonianza d'un rinnovato interesse storiografico per il primo XIX secolo e occasione d'ulteriore riscontro della sua attualità politica, il colloquio di Rennes dell'ottobre 2005, dedicato allo spirito di riforma negli anni Trenta dell'Ottocento francese, dà ora alle stampe i ventitre contributi che ne hanno scandito l'articolazione, eterogenei per le sensibilità culturali dei loro autori non meno che per i campi d'indagine analizzati.

L'allargamento spettacolare della sfera pubblica e il ricorso ad un'inchiesta su base statistica eretta a strumento di governo sono solo due degli elementi, benché fra i più significativi, di possibile comprensione unitaria di una stagione che affronta, nella sua «effusion réformatrice», i temi della politica doganale e dell'organizzazione penitenziaria, il rinnovamento della

gendarmeria e la costituzione della scuola primaria, la creazione di una politica fiscale e di un'amministrazione locale su basi rinnovate, la fondazione di istituzioni culturali e l'esigenza di misure profilattiche nuove. Ad emergere è il quadro complesso e composito di una realtà troppo a lungo compressa nelle anguste maglie della dicotomia fra Movimento e Resistenza incapace di cogliere, come nota Dominique Kalifa nelle sue serrate Conclusioni, «un moment de reconfiguration de l'action publique marqué par la primauté et l'inventivité d'un principe – la réforme – [...], par le renouvellement des moyens, des agents et des procédures de consultation, en bref par l'émergence d'une nouvelle culture de gouvernement [...]» (p. 302).

M. B.

L

Elénore LE JALLÉ
L'autorégulation chez Hume

Paris, PUF, 2005, pp. 332
ISBN 2-13-053699-9, Euro 35,00

Questa ricerca, che segue ad un lavoro di dottorato svolto dall'Autrice presso l'Università di Nanterre e conclusosi nel 2001, è intitolata all'autoregolazione in Hume che ne rappresenta anche la tesi principale. Come è detto all'inizio dell'opera, il concetto di autoregolazione è

assente nelle formulazioni humane. È un concetto che viene importato dalla cibernetica e dalla biologia rivisitate dalla teoria dei sistemi. Tuttavia l'ambizione di fondo è quella di dimostrare non solo che questo concetto può aiutare una migliore comprensione della trattazione humane sulla natura umana, ma che addirittura tale concetto *deve* essere introdotto in quanto proprio nella filosofia dello scozzese in cui *nasce e lavora*.

Il punto di partenza è dato dalla maniera in cui Hume, tanto nel *Trattato sulla natura umana*, quanto nelle successive *Ricerche sull'intelletto umano e sui Principi della morale*, descrive il meccanismo per mezzo del quale l'interesse individuale, spontaneamente, *cambia direzione* – si *obliqua* – abbracciando le regole generali, per meglio soddisfarsi. «J'appelle ici *autorégulation* ce mode spontané de changement de direction des principes de la nature humane» (p. 3).

Attraverso un serrato confronto con le intuizioni che, proprio sul tema dell'ordine spontaneo e sul carattere giuridico di questa dinamica von Hayek aveva formulato intorno agli anni Settanta del Novecento nel saggio *La filosofia del diritto e della politica di David Hume*, Le Jallé articola la sua ricerca analizzando, nel primo capitolo, come il «cambiamento di direzione» sia sottoposto a una regolazione auto-

noma propria che le permette di parlare di *autoregolazione della regolazione*. Successivamente, nel secondo capitolo, l'attenzione è rivolta allo studio dell'autoregolazione come *momento salvifico* dello spirito che produce effetti *fittizi*. L'ultima parte del testo invece si concentra sull'analisi del meccanismo della *convenzione* e di quello dell'*autoipotesi delle regole artificiali*. È in questa ultima parte che il confronto con Hayek emerge in tutta la sua differenza, mostrando come in Hume agisca una sorta di *costruttivismo autoregolato*, dotato di un suo carattere progettuale, radicalmente diverso dalla dinamica dell'ordine spontaneo che Hayek avrebbe invece rinvenuto proprio a partire dallo studio della *convenzione humana*.

L.C.

M

Igor MELANI

Il Tribunale della storia. Leggere la "Methodus" di Jean Bodin

Firenze, Olschki editore, 2006, pp. 354
ISBN 88-222-5550-X, Euro 36

Preparato da un lungo lavoro iniziato con una tesi di laurea, il volume intende condurre, attraverso la metafora giudiziale, alla ricostruzione della mentalità storiografica, ma anche politica e religiosa, della cultura tardo umanistica del '500 francese. Citato nel cap.

II, il Ginzburg de *Il giudice e lo storico* è utilizzato come chiave di lettura di un discorso dall'orizzonte più ampio. Privilegiando l'approccio storico-giuridico, il volume sottolinea l'importanza della disciplina storica come strumento politico 'duttile' nelle mani dei giuristi dell'età moderna. Fonte (e materiale probatorio) centrale è la *Methodus* di Jean Bodin (spec. il cap. IV), assunta a fondamento di una ricostruzione tesa a svelare uno degli scopi del giurista francese: consolidare l'unità della sua 'incipiente' nazione 'processando' gli storici antichi (Tito Livio e Cornelio Tacito) e moderni (Bembo, Guicciardini e Gio-

Il tentativo è quello di fornire «attraverso la *Methodus*, una serie di parametri di valutazione delle opere storiche e dei loro autori ad un 'pubblico ideale' che si può almeno in parte considerare composto da uomini di legge francesi» (p. 222), come lo era stato lui stesso. Nell'esperienza e nel pensiero di Bodin, la storia è lo strumento con cui "istruire" (nella doppia valenza semantica) le élites francesi di governo - che per lui coincidono anzitutto con i giuristi, benché non più quelli difesi da Alciato - e "ordinare" il passato al fine di consolidare il nuovo del suo tempo.

In chiusura troviamo il capitolo dedicato a «giudicare la "Methodus"» attraverso il

pensiero di Montaigne e di Antonio Passovino con il "Catalogus historiae" (riportati in appendice) e con l'Indice espurgatorio dell'inquisitore Antonio Sotomayor.

Alla ricerca di una chiave originale di lettura, come nell'uso del suggestivo paradigma giudiziario, il volume resta nella sostanza tributario del lavoro di Marie-Dominique Couzinet (Paris, 1996).

N.C.

O

George ORWELL

(a cura di) Silvio Perella
Nel ventre della balena e altri saggi

Milano, Bompiani, 2002, pp. 346
ISBN: 88-452-5209-4, Euro 8,50

L'edizione propone una selezione dei saggi scritti da Orwell fra il 1931 e il 1949: alcuni già pubblicati in Italia e meritatamente noti, come *Giorni felici* (*Such, such were the Joys*, 1947) o *Riflessioni su Gandhi* (*Reflections on Gandhi*, 1949), altri inediti e di indubbio valore, sia sul piano letterario, sia su quello della saggistica politica. Questi ultimi sono tutti incentrati sul tentativo dello scrittore inglese di indagare i rapporti fra la sfera politica e quella culturale - in particolare letteraria. I risultati più interessanti emergono dallo studio su *La politica e la lingua inglese* (*Politics and the English Language*) del 1946 che anticipa

Trenta proposte di lettura

i temi della manipolazione linguistica affrontati nel classico 1948.

Va menzionata anche l'analisi politico-letteraria dell'opera di Arthur Koestler (*Arthur Koestler*, 1946). La qualità dei romanzi dello scrittore ungherese varia, secondo Orwell, con le oscillazioni riscontrabili nell'approccio al tema centrale di questi: l'interpretazione del fenomeno rivoluzionario. La storia della guerra civile spagnola in *Dialogo con la morte* è «troppo condizionata dall'ortodossia del Fronte popolare dell'epoca. [...] A quel tempo Koestler era ancora, o da poco non lo era più, un membro del Partito comunista, e la complessa politica della guerra civile rendeva impossibile per ogni comunista scrivere con sincerità sulla lotta interna al fronte governativo.» Anche nel famosissimo *Buio a mezzogiorno* «il problema centrale della rivoluzione», secondo Orwell, «è ancora una volta evitato, in modo più sottile [...]. Egli scrive del buio, ma è buio quando invece dovrebbe essere mezzogiorno.» «Tutte le rivoluzioni sono dei fallimenti», conclude Orwell, «ma non sono tutte lo stesso fallimento».

Va segnalato, infine, il saggio *Politica contro letteratura: un'analisi dei Viaggi di Gulliver* (*Politics vs. Literature: An Examination of Gulliver's Travels*, 1946), esempio eccellente della capacità di Orwell di porre a confronto climi politici e let-

terari dell'Inghilterra della *Glorious Revolution* con quelli degli esordi della Guerra Fredda.

R.C.

P

Francesco PALERMO,
Jens WOELK
Germania

Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 149
ISBN 88-15-09745-7, Euro 10,50

Francesco Palermo, docente di Diritto pubblico comparato nell'Università di Verona, e Jens Woelk, docente di Diritto costituzionale comparato nell'Università di Trento, hanno scritto a quattro mani per la collana "Si governano così" de il Mulino una monografia dedicata alla Germania.

Il testo segue l'impostazione strutturale classica della collana: dopo alcuni cenni utili per mettere a fuoco l'assetto geo-economico tedesco, contesto in profonda evoluzione rispetto all'originario «modello renano» basato su un'economia sociale di mercato, segue uno studio di carattere storico-costituzionale sull'evoluzione di un paese che, dopo esser stato al centro di due guerre mondiali, si è dato, anche per volere degli alleati, un nuovo assetto istituzionale particolarmente attento alla tutela dei diritti umani e all'attività dei partiti politici. Costantemente aggiornata dal

1949 ad oggi, la *Grundgesetz* ha impostato un modello politico-istituzionale molto innovativo: il Cancellierato ben presto è divenuto un prototipo per le sue tecniche di razionalizzazione della stabilità governativa e di normalizzazione dell'emergenza, così come pure la struttura federale, di tipo cooperativo, è divenuta sinonimo generalmente riconosciuto di solidità ed efficienza economica ed istituzionale.

Tuttavia, a partire dagli anni Novanta e dalla riunificazione, il «sistema Germania» ha dovuto affrontare nuove sfide connesse alla riunificazione stessa, al rispetto dei parametri economici comunitari e ad un federalismo sempre meno cooperativo a causa della crescente conflittualità tra lo Stato federale e i *Länder* e tra questi ultimi. Numerose riforme negli ultimi anni (immigrazione, perequazione finanziaria, pensioni e mercato del lavoro) hanno segnato una profonda trasformazione dello Stato, su cui è intervenuta pure un'articolata proposta di riforma costituzionale del sistema federale accusato di eccessiva rigidità, lentezza e anti-economicità (la proposta si è poi arenata con il fallimento della commissione mista *Länderparlamento*). In conclusione, si assiste ad un radicale processo di ripensamento del «modello tedesco» su cui gli Autori riescono a fare chiarezza in maniera molto puntuale

ed efficace. Il testo si conclude con la consueta quanto indispensabile tavola cronologica politico-istituzionale.

G.F.

Maria Pia PATERNÒ

Dall'eguaglianza alla differenza. Diritti dell'uomo e cittadinanza femminile nel pensiero politico moderno

Milano, Giuffrè, 2006, pp. 257
ISBN 88-14-12282-2, Euro 27

Nel più recente dibattito teorico-politico sulla moderna logica della cittadinanza, numerosi sono stati i contributi volti a disvelare gli occulti dispositivi di dominio e discriminazione presenti sin dalle origini all'interno di un orizzonte di discorso in apparenza inclusivo ed egualitario.

Tra le forme più pervasive ed insidiose di esclusione alimentate da questo modello rientra senza dubbio quella logica gerarchica di genere che ancora oggi sembra insidiare una piena partecipazione delle donne all'esercizio della cittadinanza, in tutto l'ampio arco di significati che tale termine ha assunto nella forma di vita delle democrazie industriali. Ma come è stato possibile che un discorso giuridico e politico fondato in linea di principio su una logica emancipatoria ed egualitaria abbia consentito il perpetuarsi di antiche discriminazioni, sino a dare vita a quella che Carole Pateman ha definito una nuova forma di ordine

patriarcale? È appunto per rispondere a questa domanda che nel volume *Dall'eguaglianza alla differenza* Maria Pia Paternò ci offre un'approfondita e stimolante ricostruzione dei «modi concreti» attraverso i quali il dispositivo della discriminazione ed esclusione sessuale ha potuto trovare un «tenace radicamento» nel grande laboratorio del razionalismo moderno, nei secoli della sua fondazione e del suo consolidamento.

Nella peculiare prospettiva interpretativa dell'autrice ciò significa sforzarsi di leggere in controtuce l'impianto categoriale e argomentativo dei padri dell'Illuminismo e del giusnaturalismo razionale, a partire da nuclei problematici costitutivamente eccedenti le basi di fondazione del loro sistema di pensiero: la differenza biologica, la società coniugale, l'ordine familiare. L'obiettivo perseguito va però in questo caso ben al di là del consueto orizzonte di quella decostruzione militante a cui ci ha abituato la critica femminista contemporanea. Come troviamo sottolineato nella premessa al volume, ad animare il percorso è infatti in questo caso la convinzione che indagare le specifiche modalità attraverso cui nei classici del pensiero politico moderno la categoria-chiave dell'eguaglianza ha potuto essere sviluppata, da un punto di vista di genere, «in un contesto argomentativo non linea-

re e, a tratti, palesemente contraddittorio», significa offrire un ulteriore contributo alla discussione della più profonda logica costruttiva che anima il discorso politico della modernità, in tutte le sue contraddizioni.

L.S.

Ivan PUTILIN

Memorie del capo della polizia di San Pietroburgo

Traduzione italiana e cura di Rosa Mauro
Palermo, Sellerio editore, 2005, pp. 117
ISBN: 88-389-2056-7, Euro 8,00

Noto ai suoi tempi come lo Sherlock Holmes russo, l'autore, provenendo dalla gavetta come aiuto di un commissario di quartiere, fu il primo capo della polizia investigativa della capitale zarista dal 1866 al 1889.

Andato in pensione col rango di consigliere di Stato insignito dell'ordine cavalleresco di Sant'Anna, Putilin trasse dalla sua vastissima esperienza una sorta di avvincente cronaca criminale pietroburchese.

La morte troncò questa meritoria rivisitazione, lasciando materiali quasi completi (rimessi poi in ordine dall'intervento di letterati russi) su una ventina di casi investigativi, ahimé non riproposti tutti dalla curatrice che, cogliendo fior da fiore, ne ha selezionati solo tre: qualità letterarie e brio rievocativo presenti nelle poche decine di pagine riproposte dal-

Trenta proposte di lettura

la curatrice lasciano insoddisfatta la bulimia conoscitiva del lettore interessato a saperne di più su quelle lontane vicende.

R. M.

R

Nicola RAPONI

*Il mito di Bonaparte in Italia
Atteggiamenti della società
milanese e reazioni nello Stato
romano*

Roma, Carocci, 2005, pp. 200
ISBN: 88-430-3374-3, Euro 18,90

L'Italia "napoleonica" del 1796-97, della Cisalpina e della successiva Repubblica italiana (1802), gli entusiasmi e le speranze riposte in Bonaparte "liberatore" (percepito dal nascente patriottismo cisalpino come un eroe che si fa subito mito), emergono in queste pagine firmate da Nicola Raponi.

Il volume si articola in sette saggi autonomi che declinano ansie e suggestioni di un Triennio complesso, mai enfatizzato ma indagato con mano sicura. Così si susseguono densi capitoli che spaziano dalla nascita del mito del giovane generale corso alla Milano francesizzata di Verri e Parini, dal Trattato di Tolentino alla intelligente rilettura delle *Memorie* di Monaldo Leopardi e alla carrellata sull'*engagement* francofilo degli artisti meneghini, per chiudere con lo Chateaubriand della Restaurazione.

La densa biografia intellettuale dell'autore suggerisce che i saggi qui proposti possano essere stati pensati in occasioni diverse e contesti differenti (convegni e riviste) per poi essere ricondotti ad unità dall'Introduzione che mette a nostra disposizione un libro ricco di suggestioni, note esplicative e utili aggiornamenti bibliografici, integrando proficuamente la bibliografia su Napoleone e l'Italia.

R.M.

CARLO R. RICOTTI

*Il costituzionalismo britannico
nel Mediterraneo (1794-1818)*

Milano, Giuffrè, Roma, Luiss University,
2005, pp. LIII, 581,
ISBN 88-14-09204-4, Euro 37,00

La proposta di lettura, solo parzialmente inedita, è frutto di un quindicennio di ricerche documentate anche attraverso un'appendice di fonti utili per chiarire meglio i contenuti dei documenti costituzionali.

I principi costituzionali che hanno realizzato l'equilibrio fra i poteri in Inghilterra, nel Settecento, vengono sperimentati nel Mediterraneo offrendo un'alternativa al livellamento napoleonico. Le Costituzioni della Corsica (1794), della Sicilia (1812), delle Isole Ionie (1817) – i cui esiti sono in qualche modo condizionati dalle politiche internazionali – adottano dunque il "modello" inglese.

Indubbiamente le realtà

sono molto complesse e così specifiche da costituire esse stesse un "sotto-modello": per esempio il Regno Anglo-Corso è l'esito di una strategia ventennale della politica britannica volta a stabilire altrove il sistema costituzionale inglese. I 72 articoli in sostanza attivano «un vero e proprio sistema di "monarchia limitata" ricalcato direttamente sul modello inglese».

Se a Malta si realizza lo "schema" britannico per le «conquered colonies», in Sicilia si dà vita ad un vero e proprio "modello siciliano" nel quale i principi della Costituzione inglese costituiscono la base per il lavoro del Parlamento. Ma il compromesso finale sarà una «macchina senza rote» con un esecutivo debole e la mancata attuazione del *King in Parliament* consentirà ai Borboni di affossare le riforme costituzionali.

M.S.

Angelo RINELLA
Cina

Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 180
ISBN 88-15-11004-6, Euro 10,50

Angelo Rinella, docente di Diritto costituzionale italiano e comparato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università LUMSA di Roma, ha pubblicato per la collana "Si governano così" de il Mulino una delle rare monografie italiane dedicate alla Cina. Per il giurista europeo lo studio della Cina si pre-

senta particolarmente arduo a causa dell'impossibilità di utilizzare le classiche categorie concettuali occidentali nell'analisi delle istituzioni di un paese la cui civiltà si è sviluppata parallelamente a quella europea, ma senza mai intersecarsi con essa. Civiltà di lingua non indoeuropea, il cui sviluppo storico non ha mai incrociato il proprio cammino con quello europeo o con quello arabo, la Cina presenta un modello di "buon governo" nettamente differente da quello occidentale e i cui elementi centrali sono il partito unico, la subordinazione del fenomeno giuridico al politico, la subordinazione dell'ordinamento giudiziario e l'accentramento, piuttosto che la separazione dei poteri.

Ciò nonostante, negli ultimi anni la Cina ha cominciato a rielaborare molti elementi dalla cultura occidentale: dai primi contatti con gli europei, nel XIX secolo, il popolo cinese ha mutuato la fiducia nella tecnica e nella scienza, in breve il concetto di progresso scientifico-tecnologico.

Da allora la Cina ha guardato all'Europa come ad un modello da filtrare attraverso le sue chiavi interpretative, da rivisitare e non da riprodurre passivamente. Nell'ultimo ventennio la travolgente accelerazione economica cinese sembra aver capovolto i rapporti di forza con i paesi occidentali. Problemi sorgono, tuttavia, dal fat-

to che le spinte riformiste sembrano alimentate solo da sollecitazioni economiche: di conseguenza sembra divenire sempre più evidente una forte sfasatura tra la rapidità delle trasformazioni economiche e il ritmo meno sostenuto delle riforme politiche. Ad oggi queste si sono limitate ad un incremento della produzione legislativa, ad un'accelerazione del processo di codificazione delle regole giuridiche ed all'introduzione di alcuni strumenti di democrazia di base nei villaggi e nelle città (comitati elettivi di villaggio o di quartiere).

Tuttavia la strada appare ancora lunga poiché i suddetti strumenti di democrazia di base sono sempre saldamente nelle mani del partito comunista, mentre lo sforzo di restituire al diritto un ruolo centrale è limitato dal fatto che il diritto resta in Cina uno strumento della politica. Il volume si propone, pertanto, di fare chiarezza sul groviglio di contraddizioni sulle quali si impernia l'oscuro – per noi occidentali – sistema di governo cinese.

G.F.

Silvia RODESCHINI
Costituzione e popolo. Lo Stato nella filosofia della storia di Hegel (1818-1831)

Macerata, Quodlibet, 2005, pp. 300
ISBN 88-7462-051-9, Euro 19,50

Incentrato sull'analisi rigorosa dei manoscritti "apocrifi" delle lezioni che Hegel consacra

negli anni berlinesi all'illustrazione della propria filosofia della storia, questo saggio di Silvia Rodeschini evidenzia, senza isolarla dal più vasto contesto delle concezioni hegeliane della politica e della storia universale, l'immagine dello Stato moderno quale Stato nazionale, la cui «razionalità intrinseca [...] si è definita nel processo storico che [gli] ha dato forma» (p. 21).

Nella costante tensione a configurare il costitutivo legame fra lo Stato e il soggetto che lo determina, la riflessione hegeliana emerge come tentativo di sganciare la *ratio* del legame politico dalla dicotomia stato di natura-stato civile, per ancorarla ad una concezione oggettiva e riflessiva di popolo, inteso come portatore di razionalità politica, poiché solo in esso il soggetto libera se stesso dal proprio interesse particolare per accedere all'universalità collettiva, che fonda la rivendicazione dei diritti come luogo di disvelamento dell'intima razionalità delle istituzioni, piuttosto che come fattore corrosivo della loro stabilità.

In rigorosa continuità con i presupposti filosofici emersi nei *Lineamenti di filosofia del diritto*, la concezione hegeliana di popolo evidenzia il permanere del ruolo della religione cristiana come solo elemento storico capace di neutralizzare l'interesse particolare nello sviluppo delle qualità raziona-

Trenta proposte di lettura

li di ciascuno, in quanto «si configura come fonte efficace del contenuto di coscienza che sostanzia la forma giuridica moderna» (p. 271).

M.B.

S

Roberto SCARCIGLIA,
Dania DEL BEN
Spagna

Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 158
ISBN 88-15-10516-9, Euro 10,50

Roberto Scarciglia, docente di Diritto costituzionale italiano e comparato nell'Università di Trieste, insieme ad una giovane studiosa, Dania Del Ben, ha pubblicato per la collana "Si governano così" de il Mulino una monografia dedicata alla Spagna.

Il testo segue la consueta impostazione della collana: dopo alcuni cenni sul contesto geo-economico spagnolo, un capitolo di carattere storico-costituzionale analizza l'evoluzione politica, ma soprattutto istituzionale di un paese che, dopo una sanguinosa guerra civile e la lunga esperienza del regime franchista, sembra finalmente potersi riagganciare al modello liberale della costituzione di Cadice del 1812, delineando i contorni di un modello costituzionale che dal 1978 ad oggi, per oltre 25 anni, ha dato ottima prova di sé superando indenne anche la minaccia di un colpo di stato

del colonnello Tejero Molina, nel febbraio del 1981.

Un capo dello Stato moderato e consapevole dei limiti del proprio ruolo di garante della costituzione, re Juan Carlos di Borbone, si è ben presto rivelato l'inatteso perno intorno al quale si sono incardinate le nuove istituzioni, permettendo al giovane sistema politico-istituzionale spagnolo di assestarsi. Il nuovo assetto costituzionale ha così reso possibile un accelerato sviluppo socio-economico e ben presto la Spagna, paese a lungo isolato, è entrata in Europa dalla porta principale facendosi, altresì, portatrice di un dinamismo smarrito nel vecchio continente.

Un accurato studio è dedicato all'analisi della forma di Stato e della forma di governo, al complesso sistema politico ed elettorale spagnolo, con particolare attenzione al ruolo del partito socialista. Uno spazio di rilievo è dedicato, inoltre, allo studio delle fonti del diritto, al sistema giudiziario e all'apparato dei diritti (libertà, *habeas corpus*, diritti sociali, doveri costituzionali, forme di garanzia e strumenti di protezione dei diritti e delle libertà), aspetti particolarmente rilevanti per un paese che, uscendo da una dittatura, ha avviato la costruzione del suo *welfare state* con notevole ritardo rispetto ai vicini continentali.

In conclusione, due aspetti concorrono a fare della Spa-

gna il più dinamico laboratorio politico-istituzionale europeo: primo, le recenti proposte di riforma del bicameralismo tese a potenziare il Senato, punto debole dell'ordinamento spagnolo; secondo, la flessibilità di un impianto costituzionale che ha lasciato massima libertà nella scelta del modello di organizzazione territoriale e che tutela come elementi costitutivi dell'identità spagnola le differenze linguistiche, culturali, politiche ed istituzionali esistenti tra le varie Comunità autonome. La consueta, ma sempre utilissima tavola cronologica politico-istituzionale conclude il testo.

G.F.

Luca STROPPIANA
Stati Uniti

Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 184
ISBN 88-15-10516-6, Euro 10,50

La collana "Si governano così" de il Mulino si arricchisce di un nuovo contributo che permette a Luca Stroppiana, giovane studioso di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Firenze, di pubblicare una monografia ottimamente strutturata sugli Stati Uniti.

Sulla scorta dell'ormai collaudata struttura della collana, dopo alcuni cenni preliminari sui tratti principali del dinamico e multirazziale contesto geo-economico statunitense,

un'approfondita analisi storico-costituzionale conduce agevolmente allo studio della forma di governo presidenziale così come strutturata dalla carta costituzionale del 1787 che, nonostante le innovazioni introdotte nel corso della sua vita bicentennaria, conserva ancora pressoché intatta quell'intelaiatura originaria che ha accompagnato il paese attraverso la Seconda Guerra mondiale e la guerra fredda, contribuendo a rendere gli USA un baluardo delle liberal-democrazie.

Un'accurata analisi è dedicata al complesso sistema politico ed elettorale statunitense, così come alle ragioni ed alle forme del federalismo americano. Uno spazio rilevante è dedicato ai diritti e al sistema giudiziario, con una particolare attenzione all'evoluzione del modello del *judicial review* che, a partire dalla nota sentenza *Marbury vs. Madison*, si è andato configurando come un autentico prototipo di giustizia costituzionale.

Un capitolo conclusivo è dedicato allo spinoso problema delle relazioni internazionali *post* 11 settembre e al conseguente delicato - quanto instabile - compromesso tra diritti e sicurezza, stato di diritto e guerra globale al terrorismo. Il testo si conclude con un'utile tavola cronologica politico-istituzionale.

G.F.

S

Mario TEBALDI

Il Presidente della Repubblica

Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 368
ISBN 88-15-10172-1, Euro 25

Il Capo dello Stato è, come noto, un soggetto istituzionale potenzialmente in grado d'intervenire anche in profondità sulla funzione di governo. L'Autore ne propone uno studio di taglio politologico al fine di ridurre una lacuna finora "tollerata" dalla scienza politica.

Il saggio ripercorre l'origine istituzionale del Capo dello Stato e con essa le ragioni complesse dell'attuale «basso grado di istituzionalizzazione» della massima carica dello Stato e il conseguente andamento «a fisarmonica» dei poteri presidenziali.

Nella prima parte Tebaldi svolge un'analisi dei poteri potenziali del presidente della Repubblica, della forza istituzionale attribuita dalla base normativa e dagli apparati amministrativi di cui dispone; in un secondo tempo affronta la questione dell'esercizio effettivo dei poteri presidenziali.

L'Autore si pone la domanda se sia emerso nella storia repubblicana un profilo ideale del presidente della Repubblica; in effetti si possono rilevare «traiettorie di carriera» preferenziali da valutare però in rap-

porto al contesto politico nel quale si procede all'elezione. Lo stesso genere di condizionamento, sostanzialmente l'effettiva dinamica del sistema dei partiti, incide sull'esercizio di poteri cruciali quali per esempio la formazione del governo o lo scioglimento anticipato delle Camere. Il comportamento del Capo dello Stato è dettato da profili caratteriali, ma soprattutto dalla natura dell'ufficio e dal contesto, e per questo, avverte l'Autore, al di là del dilemma parlamentarismo/presidenzialismo, sembra urgente precisare meglio il figurino costituzionale del Capo dello Stato proprio alla luce dell'estensibilità dei suoi "mal definiti" poteri.

M.S.

T

Warren TREADGOLD

Storia di Bisanzio

Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 337
ISBN 88-15-09823-2, Euro 19,00

L'insufficiente attenzione che la storiografia usualmente attribuisce all'esperienza millenaria dell'Impero Romano d'Oriente è oltremodo ingiustificata dato il livello di articolazione istituzionale che questo aveva saputo produrre. L'imbarazzo dello storico è, tuttavia, comprensibile: l'esatta comprensione dei meccanismi di tale Impero altamente burocratizzato e militarizzato

Trenta proposte di lettura

(già nel V secolo, i burocrati che governavano la vita della sola capitale erano 2500) presuppone un'attenta ricostruzione della sua cultura che, prendendo avvio da quelle precedenti – romana, ellenica, siriana ed egizia – avrebbe continuato ad evolversi per altri dieci secoli.

L'esperto della tarda antichità e dell'età bizantina Treadgold tenta di illustrare in "sole" 300 pagine gli intrecci fra le controversie di natura politico-religiosa (che si esprimevano in un linguaggio altamente simbolico come il conflitto fra iconoclasti ed iconofili) e le evoluzioni dell'apparato amministrativo e militare. La sintesi, per quanto necessaria al fine di demistificare l'immagine della "decadenza bizantina" risulta, tuttavia, oltremodo penalizzante per la comprensione complessiva delle trasformazioni e delle discontinuità. Il lettore è abbandonato nel folto intreccio della storia millenaria senza un sentiero che gli indichi la via.

R.C.

