



5 MAGGIO 2021

Suprematismo giudiziario II.
Sul pangiuridicismo costituzionale e sul
lato politico della Costituzione

di Andrea Morrone

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum -Università di Bologna

Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*

di Andrea Morrone

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Abstract [It]: Il saggio sviluppa la critica al suprematismo giudiziario con l'intento di fare emergere, nella discussione costituzionalistica, temi che restano ai margini della riflessione scientifica. Tra questi la diffusa tendenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale al cd. pangiuridicismo costituzionale, ossia alla riduzione del diritto costituzionale solo a questioni tecnico-giuridiche che mettono in secondo piano i rapporti tra poteri e i conflitti socio-politici e, cioè, in breve, di quello che viene indicato dall'A. come il lato politico della Costituzione. Attraverso una ricostruzione teorica e empirica dei fondamenti della Costituzione e dell'equilibrio dei poteri che essa prefigura, l'obiettivo è portare allo scoperto ciò che il pangiuridicismo costituzionale vorrebbe occultare e che la critica costituzionalistica dovrebbe sviluppare. Tra questi temi: 1) la dignità degli organi elettivi e la latitudine del processo democratico; 2) la limitatezza dei poteri di custodia della Corte costituzionale; 3) l'ampiezza della sfera di dominio dei poteri pubblici (tra cui quello esercitato dalla stessa Corte costituzionale) e dei poteri privati; 4) le prospettive della teoria costituzionale estesa a valorizzare il lato politico della Costituzione; 5) la critica alla realtà politico-istituzionale, che sfugge alla giustizia costituzionale, ma che è parte integrante del diritto costituzionale.

Abstract [En]: The essay develops the criticism of judicial supremacism with the intention of bringing out, in the constitutional discussion, issues that remain on the margins of scientific reflection. Among these, the widespread tendency in the case law of the Constitutional Court to the so called constitutional pan-juridicism, i.e. the reduction of constitutional law only to technical-juridical issues that put in the background the relations between powers and socio-political conflicts, in short, what is indicated by the author as the political side of the Constitution. Through a theoretical and empirical reconstruction of the foundations of the Constitution and of the balance of powers that it prefigures, the aim is to bring to the light what constitutional panjuridicism would like to hide and that constitutional criticism should develop. These themes include: 1) the dignity of elective bodies and the latitude of the democratic process; 2) the limited custodial powers of the Constitutional Court; 3) the extent of the sphere of dominion of public powers (including that exercised by the Constitutional Court itself) and private powers; 4) the perspectives of constitutional theory extended to enhance the political side of the Constitution; 5) the critique of the political-institutional reality, which escapes constitutional justice, but which is an integral part of constitutional law.

Parole chiave: suprematismo giudiziario; Corte costituzionale; poteri politici; conflitti socio-politici; Costituzione; pangiuridicismo costituzionale

Keywords: judicial supremacism; Constitutional Court; political powers; socio-political conflicts; Constitution; constitutional pan-juridicism

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo rappresenta una versione ampliata e aggiornata della relazione tenuta al Convegno webinar "Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni" del 13 novembre 2020, organizzato dall'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Ringrazio Diletta Tega, Corrado Caruso, Francesco Medico e Pier Francesco Bresciani per la lettura del testo e gli utili suggerimenti ricevuti dei quali ho tenuto conto nei limiti del possibile.

Sommario: 1. Suprematismo dei giudici e apologie dei chierici. 2. Problemi costituzionali e questioni giuridiche: la minaccia del pangiuridicismo costituzionale. 3. Il lato politico della Costituzione: un valore da preservare anche dalla giustizia costituzionale. 4. Come la giurisprudenza allarga il giuridico e restringe il politico: casistica e critica. 5. Conclusione: la critica al suprematismo giudiziario come metodo di conoscenza integrale della Costituzione.

1. Suprematismo dei giudici e apologie dei chierici

Non ci sono solo argomenti strettamente “giuridici” a sostenere una dottrina del suprematismo giudiziario applicata alla giurisprudenza costituzionale.¹ A quelli impiegati in passato, posso ora aggiungere ulteriori motivi propriamente “costituzionali”, in un’accezione che spiegherò nel corso di questo scritto, e che svilupperò proprio a partire dalla critica che una parte della dottrina ha mosso alla mia analisi degli sconfinamenti della Corte costituzionale.²

Mi libero di un problema per me marginale: si sostiene, a ragione, che se di suprematismo si deve parlare esso riflette un *habitus* cui tende non solo la Corte costituzionale ma qualsiasi giudice; anzi, forse, è più evidente nel comportamento di certi giudici comuni *militanti*. Invero, il rischio di un esercizio abnorme delle funzioni assegnate dalla Costituzione può essere corso dal titolare di qualunque potere. Non è questo il punto: gli sconfinamenti della Corte costituzionale sono quelli decisivi dal punto di vista della Costituzione e delle interpretazioni costituzionali; e, quindi, essi hanno un peso specifico e sono i più importanti, anche perché la giurisprudenza costituzionale orienta le scelte dei giudici comuni e, almeno in linea teorica, i comportamenti degli altri poteri.³

¹ Questo saggio continua e sviluppa i temi affrontati in A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, *Quad.cost.*, 2019, 251 ss. Ovviamente, a scanso di equivoci, in quello scritto la categoria del suprematismo è semplicemente la veste di una mia interpretazione della e sulla giurisprudenza costituzionale, non certo i contenuti di una dottrina deliberatamente o programmaticamente elaborata dalla Corte costituzionale.

² Hanno discusso il mio scritto, criticandolo, R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *Quad.cost.*, 2019, 757 ss. e E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, 777 ss. I temi sollevati hanno suscitato un interesse diffuso. Cfr., per una messa a sistema, il notevole studio di D. Tega, *La corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020. Per posizioni che hanno sviluppato ulteriormente la prospettiva del suprematismo, cfr. F. Laus, *Il rapporto tra corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel Jobs Act*, *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2/2020, 65 ss.; E. Furno, *Il “caso cappato” ovvero dell’attivismo giudiziario*, Osservatorio AIC, www.orsservatorioaic.it, 1/2020, 303 ss.; R. Di Maria, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la corte costituzionale e gli “animali fantastici”*. *The final cut*, *Consultaonline*, www.giurcost.org, 7 gennaio 2020, 1 ss. Il tema del suprematismo può essere considerato un aspetto di quel fenomeno dinamico per il quale il lato politico prevale sul lato giurisdizionale, ma ha poco a che vedere con il concetto di ri-accentramento in senso stretto o tecnico. Su entrambi i profili, rispettivamente, R. Romboli (a cura di), *Le Oscillazioni della corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Id., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, Giappichelli, 2017 (nonché in www.rivistaaic.it, 3/2017) e Id., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, 34.

³ C’è da chiedersi se la dottrina della migliore tutela dei diritti, che una parte militante della magistratura ordinaria ha recepito dalla dottrina e che va applicando in concreto, non sia in qualche modo agevolata e rafforzata proprio dalla giurisprudenza costituzionale specie quando fa un uso disinvolto della Cedu. Non mancano i casi in cui quella stessa magistratura ordinaria è pronta a criticare le decisioni della Consulta che non corrispondono a quel programma di tutela

Gli argomenti dei critici alla mia tesi sul suprematismo possono essere sintetizzati nel modo seguente. Il primo è un motivo *realista*. Le tendenze all'accentramento dei poteri della Corte costituzionale italiana non sarebbero altro che il riflesso di una parabola storica che ha contraddistinto la nascita, il consolidamento e gli sviluppi della giustizia costituzionale. In fondo chi, come me, critica queste tendenze non si sarebbe accorto dei “dinamismi naturali” della giustizia costituzionale: la supremazia della Costituzione non può che implicare un sindacato di costituzionalità la cui “nota dominante” è l’“attivismo giudiziario”⁴. Non avrei colto, secondo un'altra prospettiva, il fatto che “la Corte (...) fa quello che il legislatore le lascia fare, o la costringe a fare”⁵. Ciò che si contesta alla Corte costituzionale, in fondo, non sarebbe che un *altro* modo di criticare la Costituzione e il suo programma *aperto*, incentrato su un pluralismo di interessi o di valori volutamente indeciso, e suscettibile, per questo, delle più svariate letture e applicazioni nei limiti consentiti dal pluralismo stesso, proprio per la necessità di mantenere impregiudicato il processo di attuazione⁶. La “costituzione è di tutti”, come dice Sergio Bartole⁷, e il tutto in cui chiunque può ritrovarsi, e che essa protegge, sottraendolo al disponibile del processo democratico, non può che sorreggere, e giustificare, in termini di legittimazione, gli ampi margini di discrezionalità del Custode. Ciò che a me pare uno sconfinamento di potere, ai miei critici sembra dunque un fisiologico modo di essere del costituzionalismo pluralista e democratico.

Una simile lettura non mi ha mai convinto, né riesce a farlo ora: essa ha il merito di far smarrire la prescrittività della Costituzione come progetto di società – incentrato, nel caso della nostra Carta fondamentale, sulla libertà eguale⁸ – e di legittimare l'attivismo – meglio: qualsiasi sconfinamento – della Corte costituzionale. Ha contribuito, altresì, a questi risultati la debolezza delle analisi sulla giustizia costituzionale svolte dai chierici. L'abitudine a concentrarsi su singole decisioni, a leggere tra le righe e le parole delle motivazioni, a svolgere ricerche *puntinistiche*, al fine di scoprire anche i più impercettibili dettagli, fa perdere di vista ciò che una *visione sul mondo* permetterebbe di scorgere. Non è questo un difetto assoluto: chi alza la testa da lemmi e proposizioni, professando una fede all'indagine generale, incappa, talora, in un ostacolo ulteriore. I ragionamenti sono normalmente svolti all'*interno* della giustizia

prioritaria dei diritti grazie alle potenzialità offerte dal *multilevel constitutionalism*. Ma, di questo, dirò meglio più avanti. La tesi “benaltrista”, secondo cui “il suprematismo sta altrove” è in R. Bin, *op. cit.*, 763.

⁴ Così E. Cheli, *op. cit.*, 779 e 782.

⁵ R. Bin, *op. cit.*, 759.

⁶ Cfr. R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, *Quad.cost.*, 2006, 11 ss., in cui si sostiene la tesi dell'incoerenza necessaria del costituzionalismo pluralista, dell'*open texture*, della “non chiusura” del conflitto, dell'assenza di gerarchia dei valori costituzionali (23-30).

⁷ S. Bartole, *La costituzione è di tutti*, Bologna, il Mulino, 2012.

⁸ Ho cercato di dimostrare che la Costituzione italiana non sia la semplice sommatoria di valori costituzionali ma l'esplicita definizione di un progetto di società fondata su un programma volto alla libertà eguale in A. Morrone, *Stato sociale e disegualianza*, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, 707 ss.

costituzionale, trascurano i nessi che intercorrono tra i poteri e, soprattutto, non sempre vengono dedicati ai rapporti tra la giurisprudenza e il sistema costituzionale nel suo complesso, alle conseguenze che i precedenti hanno sulla forma di governo e sulla forma di stato.⁹ L'interpretazione del suprematismo, invece, è una proposta per allargare la prospettiva di analisi alla giustizia costituzionale come *forma di dominio*, da studiare in rapporto agli altri poteri, pubblici e privati.

Un'altra critica al suprematismo riguarda la lettura che ho dato della dialettica tra Costituzione e diritto europeo, ovvero, le riserve che ho manifestato sulla recente tendenza della Corte costituzionale ad accentrare il giudizio sui diritti interessati dalla Carta di Nizza, con ripercussioni tanto sul versante dell'interpretazione costituzionale quanto sui rapporti tra poteri interni e europei. In questo caso, la critica mi imputa il difetto di non aver considerato la *supremazia* della Costituzione nei confronti del diritto europeo come “ordinamento derivato” dipendente dall'interpretazione domestica del principio di attribuzione¹⁰, in linea con l'opinione corrente che fa degli Stati membri i “signori dei Trattati”. Questa tesi, un po' *rétro*, poggia su un presupposto in gran parte indimostrato, che contraddice l'idea stessa dell'*open texture* assunta in premessa da chi la sostiene. Proprio l'art. 11 Cost., laddove enuncia le “limitazioni di sovranità” indica una clausola indeterminata nel contenuto.¹¹ Lo dimostrano, del resto, chiaramente, l'interpretazione prevalente e le applicazioni in concreto che la stessa ha conosciuto nella storia del nostro Paese, avendo consentito, in genere senza revisione costituzionale, di legittimare qualsiasi nuovo passaggio nel processo di integrazione europea. A rendere ancora più complesso e articolato il rapporto tra diritto costituzionale e diritto europeo, rispetto alla tesi dei miei critici tutta introversa che pietrifica l'art. 11 Cost., sono intervenute ben due revisioni costituzionali: quella del titolo V, con la costituzionalizzazione nei confronti della legislazione dei “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario” (art. 117.1, Cost.), e quella che ha introdotto il principio di “pareggio di bilancio”, che obbliga tutte le amministrazioni (art. 97.1, Cost.), ma impone allo “Stato” il dovere di assicurare “l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico” in linea con i parametri posti dalle istituzioni europee. Non è qui in discussione se questi principi – ora parte integrante della nostra Costituzione – abbiano ampliato, confermato o ristretto la lettura dell'art. 11 Cost., anche se ciò costituirebbe un tema interessante ai nostri fini. C'è da chiedersi, meglio, se oltre ai giudici comuni la giustizia costituzionale possa considerarsi

⁹ Per una ricerca che ambisce a questo risultato, alla ricerca di tipi ideali piuttosto che registrare tendenze della giurisprudenza, C. Caruso, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bup, Bologna, 2020, p. 323-324.

¹⁰ Cfr. sempre R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale*, cit., 767 ss.

¹¹ L'unico limite alle limitazioni della sovranità è il progetto di società disegnato dalla Costituzione (più che la dottrina, generica, dei contro-limiti ovvero il pluralismo indeciso dei valori e dei principi).

immune da questi principi o se essi svolgano una qualche funzione normativa sullo statuto operativo della Corte costituzionale.¹² Le oscillazioni delle decisioni rese dopo la revisione costituzionale del 2012 dimostrano che il problema sta facendo capolino nelle stanze di Palazzo della Consulta.¹³ Ho sostenuto che l'integrazione europea non può essere interpretata solo da un punto di vista (interno o europeo), ma come un insieme, come un ordinamento unitario; ho espresso una preferenza per una collaborazione istituzionale tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia guidata dall'obiettivo comune di una "fusione degli orizzonti" di senso, come risposta a reciproche chiusure egoistiche.¹⁴ Le successive correzioni dell'*obiter* della sent. n. 269/2019, e non solo per me¹⁵, muovono proprio verso quella direzione di marcia. Dunque: altro che acritica supremazia della Costituzione, altro che mera natura derivata dell'Unione europea.

V'è un tema, tuttavia, che ho voluto rilanciare, ma che sembra sia stato sottovalutato da chi critica la tesi del suprematismo. *Sed, quis custodiet ipsos custodes?* Richiamare tale interrogativo è diventato un mero sfoggio di erudizione? Si tratta di un principio retorico privo di effettività? Nel leggere le sempre più diffuse apologie della Corte costituzionale, della sua moderazione, della sua meritoria azione di difesa dei cittadini contro lo strapotere della maggioranza in omaggio del dogma della massima tutela dei diritti, che impone di intervenire in qualsiasi spazio, anche in quelli che la Costituzione ha volutamente lasciato liberi agli organi elettivi, intravedo un *pregiudizio*. Quello di considerare *superiorem non recognoscens*, e al di sopra di ogni sospetto, la Corte costituzionale proprio *in quanto organo di garanzia della Costituzione*. Come se il fine giustificasse *qualsiasi* mezzo; come se la garanzia del processo politico-democratico esaurisse il significato dei *checks and balances*; come se si trattasse di una prerogativa *sovrana*, conferita dalla Costituzione, che pone il Custode al di sopra del diritto, *legibus solutus*. Questo pregiudizio lascia senza dimostrazione il concetto stesso su cui si radica: di quale garanzia si tratta? *Quid est* custodire la Costituzione? Quale Costituzione protegge la Corte costituzionale? Se la Costituzione è in fondo ciò che dice la Corte, la

¹² Ciò dovrebbe valere anche al fine di collocare nella corretta posizione il diritto dell'UE e le norme convenzionali. Pare singolare che, pur nella diversità del titolo di legittimazione, i Trattati europei ricevano, in molte letture, un trattamento giuridico equivalente a quello della Cedu. Mi pare che questa sia pure l'impostazione di R. Bin, *op.ult.cit.*, quando critica il *multilevel* senza distinguere le due carte europee, quasi che limitazioni di sovranità e esercizio della politica internazionale, anche soltanto dal punto di vista interno, fossero equivalenti.

¹³ Cfr. sentt. nn. 88/2014 (riforma costituzionale del pareggio di bilancio), 10/2015 (*Robin Hood Tax*), 70/2015 (adeguamento delle pensioni al costo della vita), 18/2019 (generazioni future e diritto al bilancio).

¹⁴ Rinvio per i dovuti svolgimenti A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in www.federalismi.it, 20/2018, 1 ss.; Id., *Oltre Granital: divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 215 ss.

¹⁵ Cfr. sentt. nn. 20, 63, 112 e 117 del 2019. Cfr. A. Ruggeri, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *ConsultaOnline*, www.giurcost.org, 13 maggio 2019, ora in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXIII, Studi dell'anno 2019, Torino, Giappichelli, 2020, 251 ss.

legittimazione non si risolve in auto-legittimazione? Quel pregiudizio, invero, sottende una opinione latente, che riconosce una specie di *perfezione della ragione* nell'attività della Corte costituzionale. Se così fosse saremmo di fronte a un vero e proprio *dogma*. Non solo la Corte costituzionale gode di un privilegio nell'interpretazione e nell'applicazione della Costituzione ma, ciò che conta, è che quel privilegio fa del suo autore un potere che *vale di più*. La posizione di custodia della Carta, detto altrimenti, attribuirebbe al giudice delle leggi un *plusvalore* politico-istituzionale che renderebbe l'organo e le sue decisioni supremi come la Costituzione. Anch'io, forse, ho qualche debito di responsabilità scientifica, avendo condiviso con altri¹⁶ la tesi che riconosce alla Corte costituzionale una legittimazione che le deriva dalla custodia dei valori fondanti nel processo di attuazione/applicazione della Costituzione. Chi sostiene questa tesi allarga il concetto di democrazia dalla forma alla sostanza: sostenerla, però, è tutt'altra cosa che ritenere l'esistenza di una gerarchia tra i poteri, che implica il primato della Corte sugli organi elettivi.

Nessuno dei critici del suprematismo, poi, ha toccato i problemi che io ho riscontrato riflettendo sulla più recente tendenza del giudice delle leggi a ricercare un collegamento continuo e diretto con l'*opinione pubblica*.¹⁷ Questa strategia, volta ad occupare uno spazio nell'*agorà*, è un fatto assolutamente inedito per la Consulta. Siamo a un punto di svolta, che non ha precedenti in nessuna esperienza di giustizia costituzionale, nonostante la comune e generale espansione dei poteri, nonostante l'attivismo di tutti i giudici costituzionali. La nostra Corte costituzionale, nel tempo, ha costruito una specifica funzione comunicativa che ha i contenuti più svariati¹⁸: di conoscenza e di promozione del ruolo e delle funzioni del giudice costituzionale, di dialogo continuo con i mezzi di informazione e con l'opinione pubblica, probabilmente in linea con gli sviluppi contemporanei della società digitale. Anche la novella che ha esteso il novero dei soggetti che possono intervenire nei giudizi (nelle forme più diverse, soggette però a un potere selettivo interno molto discrezionale), va nella stessa direzione di un'amplificazione dei canali comunicativi, non priva di problematiche.¹⁹ Soprattutto i viaggi nelle carceri e nelle scuole, i comunicati

¹⁶ A partire da C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia veneziana, 1984, ora ripubblicato a cura di F. Modugno e M. Ruotolo, Napoli, Editoriale scientifica, 2014. Per la mia lettura, A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 469 ss., ivi per i dovuti rinvii bibliografici.

¹⁷ Fa eccezione il saggio, che riprende e sviluppa criticamente i temi che ho trattato, di S. Pajno, *La corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 4/2020, 137 ss.; nonché quello di A. Sperti, *La corte costituzionale e la comunicazione pubblica*, in *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*. A Roberto Romboli dai suoi allievi, Torino, Giappichelli, 2020, 37 ss. che ricostruisce puntualmente la posizione critica di Roberto Romboli in questa materia.

¹⁸ Una funzione comunicativa che è un fatto rilevante e diffuso negli organi di garanzia: per lo sviluppo di questa strategia istituzionale anche con riferimento al Capo dello Stato, cfr. A. Morrone, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, *Quad. cost.*, 2013, 287 ss.

¹⁹ Vi insiste criticamente, sottolineando le ricadute sull'anima politica della corte costituzionale A. Ruggeri, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, *Giustizia insieme*, www.giustiziainsieme.it, 24 gennaio 2020, ora in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXIV, studi dell'anno 2020, 99 ss. Per commenti alle nuove norme integrative, cfr. T. Groppi, *Verso un giudizio costituzionale "aperto"? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale del XXI secolo*, *Quad. cost.*, 1999, 371 ss.

stampa, i video e il *podcasting*, l'utilizzo dei più diffusi *social network* sono forme di comunicazione *non neutre*, che, nell'immettere la Corte nella società digitale, non andrebbero sottovalutate, anche per le conseguenze istituzionali e politiche, celate dietro la facciata, abilmente dipinta dall'ufficio stampa della Consulta, di un'istituzione che vuole apparire più vicina ai cittadini. Una simile sovraesposizione mediatica, che si presta a esiti politici evidenti, ma di cui sono dubbi i vantaggi dal punto di vista del migliore esercizio delle funzioni giurisdizionali, anzi con sicure contraddizioni, come quelle dei comunicati stampa che anticipano al pubblico i contenuti di decisioni non ancora formulate, è un *unicum*. Non conosce esempi assimilabili nell'esperienza del *Bundesverfassungsgericht*²⁰; è distante anni luce dalla compostezza dei giudici della Corte Suprema.²¹

2. Problemi costituzionali e questioni giuridiche: la minaccia del pangiuridicismo costituzionale

Occorre andare più a fondo, se si vuole capire la grande trasformazione di cui siamo spettatori. Lo sviluppo della giustizia costituzionale ha rappresentato il principale fattore di affermazione e di successo del costituzionalismo liberaldemocratico. Ma il *judicial review*, in tutte le sue epifanie, ha contribuito a modificare la percezione dell'oggetto della nostra scienza. Oggi in tutti i Paesi retti da una costituzione garantita dalla giustizia costituzionale, anche se non sempre in maniera così consapevole come per Oliver Wendell Holmes Jr.²², è diffusa l'idea che la Costituzione e il diritto costituzionale si risolvano, essenzialmente, in ciò che il giudice costituzionale dice. Meglio ancora: proprio la percezione della dipendenza dei contenuti della nostra scienza dai precedenti della giurisprudenza ha reso sempre più diffuso e scontato riconoscere che il diritto costituzionale sia nient'altro che un ordine giuridico, la cui conoscenza sia possibile solo attraverso strumenti giuridico-formali. In questo quadro, è coerente l'atteggiamento diffuso a considerare la stessa Costituzione in modo particolare o, meglio, in una sola dimensione: la Costituzione, nonostante sia la *forma giuridica del politico*, è normalmente ridotta a mera norma e, come tale, monopolio esclusivo dei giuristi, dei giudici, della Corte costituzionale. La stessa lotta tra giuspositivisti e giusnaturalisti, la contrapposizione tra un costituzionalismo principialista e uno

²⁰ A quanto risulta, il BVerfG non svolge una conferenza annuale sullo stato della giurisprudenza, ma mette a disposizione della stampa comunicati contestuali o successivi a decisioni già prese e mere statistiche annuali; solo dal 2020 il report annuale si è arricchito con dati ulteriori diretti ad illustrare il lavoro e i compiti del BVerfG, la sua struttura e i vari tipi di procedimenti (sempre in forma asettica e formale). Cfr. <https://jahresbericht.bundesverfassungsgericht.de>

²¹ Fece molto clamore, suscitando una forte critica, il comportamento del giudice Antonin Scalia che, in occasione di un discorso del Presidente Barack Obama, osò soltanto alzare il sopracciglio, in segno di disappunto nei confronti dello *speaker*.

²² O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, Harvard Law Review, 10, 1897, 461, ora in Id., Applewood Books, Bedford, Massachusetts (s.d.): "ciò che intendo per diritto è la previsione di ciò che faranno i tribunali, e nulla di più pretenzioso".

garantista o tra un costituzionalismo irenico e un costituzionalismo polemico²³ si svolge su un medesimo terreno: quello della *normatività*, sia pure, a seconda del punto di vista prescelto, diversamente fondata o ricostruita.

Si tratta di un atteggiamento solo inavvertitamente considerato recente. Le radici di questo pensiero sono profonde e variegate, ma comune ne è la semantica.

Nell'osservare il modo di essere del costituzionalismo americano e, in particolare, riflettendo sul *sensu giuridico negli Stati Uniti*, Alexis de Tocqueville annotava che la natura aristocratica e antidemocratica dei "legisti" fosse più pronunciata in Inghilterra e negli Stati Uniti che non in Francia. Questa constatazione di fatto dipendeva non soltanto dallo studio da essi fatto delle leggi, ma anche dalla natura della legislazione e dalla posizione loro occupata nella società. "In un legista inglese o americano il gusto e il rispetto per ciò che è antico si unisce quasi sempre all'amore di ciò che è regolare e legale". Sicché, mentre "il legista inglese o americano ricerca ciò che è stato fatto, il francese ciò che si doveva fare; l'uno vuole delle sentenze, l'altro delle ragioni"; mentre il legista francese "non è un dotto", "quello inglese o americano assomiglia in qualche modo al sacerdote egiziano: come questi, egli è l'unico interprete di una scienza occulta". Negli Stati Uniti "il corpo dei legisti vi forma il più potente e forse l'unico contrappeso della democrazia"; e, soprattutto, l'organo di cui i legisti si servono "per agire sulla democrazia sono i *tribunali*".

Vi sono due aspetti che Tocqueville sottolinea a proposito del corpo dei giudici. Da un lato, il fatto che "il giudice è un legista che, a parte la simpatia per l'ordine e le regole che gli viene dallo studio delle leggi, fonda la tendenza alla stabilità sull'inamovibilità delle proprie funzioni. La sua cultura giuridica gli ha assicurato un'alta posizione e il potere politico finisce col porlo in una classe a parte, dandogli così le tendenze dei ceti privilegiati. *Forte del diritto di proclamare le leggi incostituzionali, egli penetra sempre più negli affari politici*". Da altro lato, l'Autore *De la Démocratie en Amérique* sottolinea che "lo spirito di legge" non è rinserrato nei tribunali, ma "va molto più in là", è un fenomeno sociale diffuso e corrosivo. Dopo aver sottolineato che, trattandosi della "sola classe colta di cui il popolo non diffidi", sicché vengono chiamati a ricoprire posti di primo piano nelle assemblee elettive, nell'amministrazione, esercitando "una grande influenza sulla formazione e sulla esecuzione delle leggi", Tocqueville afferma che negli Usa "*non c'è quasi questione politica che non finisca presto o tardi in una questione giudiziaria*". Ne consegue "la necessità in cui si trovano i partiti, nelle loro polemiche giornaliere, di uniformare alla giustizia le loro idee ed il loro

²³ Cfr. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, Giur.cost., 2006, 1643 ss., L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, Giur.cost., 2010, 2771 ss.; A. Baldassarre, *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale*, Modena, Mucchi editore, 2020; nonché la polemica tra R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, Giur.cost., 2007, 1373 ss. e A. Baldassarre, *Una risposta a Guastini*, *ivi*, 3251 ss.. Per una rassegna delle principali teorie della giustizia costituzionale, cfr., ora, O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014.

linguaggio. (...) La lingua giudiziaria diviene così, in qualche modo, la *lingua volgare*; lo spirito giuridico, nato nelle scuole e nei tribunali, si estende a poco a poco al di là di questi limiti: penetra, per così dire, in tutta la società e scende nelle classi inferiori; tutto il popolo finisce col contrarre una parte delle abitudini e dei gusti del magistrato”. Insomma: i giudici “sono una potenza poco temuta, poco notata, senza mire proprie e pronta a piegarsi alle esigenze del momento e a seguire, senza resistere, i movimenti sociali, *ma che avviluppa tutta intera la società, penetrando in ogni classe, vi lavora in segreto, vi agisce senza posa a sua insaputa e finisce col modellarla spesso ai suoi desideri*”.²⁴

Quasi un secolo dopo, nel tratteggiare i contorni della *justice constitutionnelle*, Hans Kelsen esprimeva un concetto non dissimile circa la natura *trasformativa* della realtà sociale e politica, possibile grazie all’innesto di una corte costituzionale nella democrazia politica. Nel rispondere alla critica schmittiana sul custode come organo che, dovendo dirimere questioni politiche perché attinenti al contenuto decisionista della costituzione, non poteva che essere “politico”, il giurista praghese smontava la distinzione tra atti o poteri politici e giurisdizione, perché “errata”, in quanto “presuppone che l’esercizio del potere si esaurisca nel procedimento legislativo”. Chi ragiona altrimenti, infatti, non vede o non vuol vedere che “esso trova la sua sostanziale continuazione e talora perfino il suo effettivo inizio nella giurisdizione”. E ancora: “l’opinione che solo la legislazione sia politica ma non la “vera” giurisdizione è tanto errata quanto l’opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva”. Per Kelsen “il carattere politico dell’una e dell’altra presenta una differenza meramente quantitativa e non già qualitativa”.

Ricorrendo all’esempio delle controversie internazionali e alla loro risoluzione mediante il diritto internazionale, il Maestro della Scuola di Vienna affermava, in termini di regola generale, che “ogni conflitto giuridico è senz’altro un conflitto di interessi o di poteri, e pertanto ogni controversia giuridica è una controversia politica, e ogni conflitto che venga qualificato come conflitto di interessi, di potere o politico *può essere deciso come controversia giuridica*” (corsivo testuale). Kelsen supera, dunque, il rigido dualismo schmittiano, ritenendo che “la funzione di un tribunale costituzionale ha un carattere politico assai più marcato di quella degli altri tribunali”, ma affermando senza residui che i fautori della giustizia costituzionale non hanno negato che si tratti di “un tribunale” e che “la sua funzione non sia giurisdizionale”.²⁵

Queste teorie hanno trovato un *humus* fecondo nella cultura europeo-continentale e italiana. Proprio a partire dall’idea, comune a Tocqueville e Kelsen, della trasformabilità di ogni problema politico in una

²⁴ A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (1835-1840), trad. it., *La democrazia in America*, Milano, Bur, 1992, 268 ss. I corsivi non sono testuali.

²⁵ H. Kelsen, *Wer Soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-31), trad. it., *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 241 ss.

questione giuridica, si può dire che il modo di intendere la giustizia costituzionale e il diritto costituzionale sia dominato da una sorta di *pangiuridicismo costituzionale*. Nella nostra cultura giuridica non si tratta di una novità, trovando addentellati nel pangiuridicismo di Santi Romano elaborato nel suo studio sull'*Ordinamento giuridico*.²⁶ La socialità e la politicità delle relazioni umane, da scaturigini prime del diritto, finiscono per essere rovesciate e risolte in forme giuridicizzate o formalizzate. Una trasformazione questa che, da noi, non è più teorica ma diventa concreta proprio per la Corte costituzionale e la sua giurisprudenza, che riduce la complessità delle questioni costituzionali che passano al suo vaglio a problemi giuridici, legali o normativi che dir si voglia.

Il primo decisivo passaggio è la dottrina dell'interpretazione costituzionale *magis ut valeat* che implica la riduzione della Costituzione a diritto legislativo in senso stretto. Grazie a questa teorica, fatta propria dalla Consulta fin dall'inizio del suo operare e mai abbandonata (anche se combinata con altri metodi interpretativi), la Costituzione ha conosciuto una dilatazione normativa materiale ben oltre i propri effettivi confini. Quella dottrina ha contribuito ad alimentare la percezione che il contenuto stesso della Costituzione si risolvesse esclusivamente in questioni giuridico-legalistiche e in problemi di mera interpretazione del diritto. Alla Carta, infatti, vanno attribuiti tutti i significati desumibili attraverso la logica giuridica, salvo quelli politici o effettivi; la vincolatività della Costituzione ha una posizione di preminenza rispetto alla realtà materiale, senza che quest'ultima possa influire sulla normatività; la natura legislativa della Costituzione rende applicabili tutti i metodi interpretativi tradizionali.²⁷ La versione di Vezio Crisafulli sui principi²⁸ ha svolto una funzione di legittimazione e di stabilizzazione della Costituzione e, in parallelo, della stessa giustizia costituzionale. La storica sent. n. 1/1956, da questo punto di vista, ha rappresentato effettivamente l'omologo italiano della "mitica" pronuncia *Marbury v. Madison* nel riconoscere la supremazia della Costituzione nei confronti della legislazione (anche previgente) e, soprattutto, nel respingere la reale minaccia alla prescrittività costituzionale portata dalla dottrina sulla programmaticità delle disposizioni sui diritti. Da allora, non è più in gioco la normatività della Costituzione. Quel che qui, però, si vuole sottolineare è la spinta al pangiuridicismo costituzionale che gli usi della proposta crisafulliana hanno favorito. La dottrina dell'interpretazione *magis ut valeat* nel

²⁶ S. Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, pubblicato in due fascicoli degli Annali delle Università toscane nel 1917/1918, poi in volume a Pisa nel 1918, e in seconda edizione a Firenze nel 1946 da Sansoni. Sul pangiuridicismo romaniano, cfr. G. Gavazzi, *Santi Romano e la teoria generale del diritto*, in P. Biscaretti di Ruffia, (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 67 ss.; G. Tarello, *La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, *ivi*, 245 ss.

²⁷ Per l'analisi della dottrina *magis ut valeat* e le sue versioni nella letteratura italiana, cfr. la sintesi fondamentale di M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, 30 ss.; 44 ss.

²⁸ Di V. Crisafulli, in argomento, si ricordano i saggi raccolti in Id., *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, ora ripubblicati a cura di F. Modugno e M. Ruotolo, *Prima e dopo la costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 121 ss.

sostenere una cultura diretta a fare della Costituzione un sistema normativo autosufficiente e privo di base naturale nella società²⁹, ha finito per negare la *politicalità* della Costituzione.

Una tendenza al riduzionismo giuridicista, in funzione onnivora della *politicalità* costituzionale, si trova (per paradosso, ma fino a un certo punto)³⁰ anche in chi contesta l'interpretazione *magis ut valeat*, nella prospettiva di una proposta teorica sulla costituzione come “cornice”, “limite negativo”, che celebra il pluralismo dei valori fondamentali come materia sottratta dal piano del disponibile al principio di maggioranza, apparentemente lasciando alla politica e alla giurisdizione ampi margini di intervento.³¹ Invero, seguendo questa lettura si raggiungono risultati non dissimili da quelli che si vorrebbero scongiurare, criticando e marginalizzando la via crisafulliana all'interpretazione costituzionale. Proprio la “costituzione-cornice” e il pluralismo dei valori fondamentali sorreggono e alimentano l'attivismo del giudice costituzionale, con l'effetto di una possibile riduzione delle decisioni degli organi elettivi, se è vero che il custode della Costituzione e del pluralismo da essa codificato è la Corte costituzionale e non gli organi elettivi e di governo³²; se è vero, altresì, che i margini del conflitto³³ potrebbero essere riscritti continuamente dal giudice, grazie alla sua riconosciuta funzione “antimaggioritaria”. Proprio quest'ultima teoria, che vede nel *judicial review* il mezzo per assicurare la partecipazione a chiunque nel processo democratico e, soprattutto, a coloro che ne sono esclusi da parte della maggioranza, nei suoi sviluppi *italici* finisce con l'attribuire alla Corte costituzionale il potere *politico* di allargare a dismisura le maglie del giuridicamente rilevante, del normativo-costituzionale. Insomma, la cornice e l'apertura costituzionale non varrebbero tanto per gli organi elettivi o la società, ma soprattutto per la Corte costituzionale che, nel dare voce ai principi costituzionali, può stabilire quel che la politica e la società devono essere. Le remore e le preoccupazioni sottese al concetto elaborato da Alexander Bickel di una “difficoltà antimaggioritaria” della Corte suprema³⁴, nel nostro Paese sembrano sciogliersi come neve al sole, grazie

²⁹ Sono parole di M. Dogliani, *op.cit.*, 49.

³⁰ Va ricordato, infatti, che l'interpretazione costituzionale che privilegia nella costituzione la lettura secondo il criterio della cedevolezza (di Carlo Esposito che valorizza l'effettività non derivante dai congegni positivi ma dall'accettazione politica), o della fattispecie aperta (di Leopoldo Elia sulla forma di governo e di Augusto Barbera sull'art. 2 Cost. in materia di diritti fondamentali) è una proposta che mira a valorizzare la *politicalità* della Costituzione, dando rilievo alle regole che provengono dalla società e dalla prassi politico-istituzionale. Cfr. ancora M. Dogliani, *op.cit.*, 75 ss.

³¹ I principali punti di riferimento, in proposito, sono G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992 e R. Bin, *Che cos'è la costituzione*, cit.

³² Vedi *infra* par. n. 3 per lo sviluppo di questo punto.

³³ Sulla chiave dei conflitti come logica sottesa al costituzionalismo non risolvibile nella giustizia costituzionale, G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

³⁴ La matrice è la decisione *U.S. v. Carolene Products Co.* (304 U.S. 144, del 1938), in cui la Corte suprema ha stabilito i confini del proprio ruolo (dopo l'iniziale conflitto con il Presidente F.D. Roosevelt sul *New Deal*) chiarendo di dover dare stretta interpretazione alla Costituzione allorché la legislazione 1) violasse manifestamente un diritto positivo, 2) escludesse i cittadini dal processo politico, 3) portasse un pregiudizio verso determinate minoranze. Proprio a partire dal conflitto del *New Deal* Alexander Bickel (assistente del giudice Felix Frankfurter, uno degli autori della svolta giurisprudenziale degli anni di F.D. Roosevelt) sollevava la questione della anomalia del sindacato di costituzionalità nel

soprattutto alla teoria della massima espansione dei diritti (un vero e proprio *tòpos* italico) e agli incontrollati sviluppi cui essa inevitabilmente conduce, oltre qualsiasi ragionevole funzione antimaggioritaria del giudice costituzionale. Tornerò sul punto.

Un altro modo di fare pangiuridicismo costituzionale sta nella diffusa considerazione – collegata, in qualche modo, alla dottrina *magis ut valeat* – che la Costituzione sia una sorta di libro che contiene (e dal quale è possibile estrapolare) tutte le risposte *giuridiche* ai problemi della società, dell'economia e della politica. Anche qui la giurisprudenza ha più volte dato prova di pangiuridicismo costituzionale: ad esempio, quando ha esplicitato il proprio *favor* per una teoria dei limiti impliciti o naturali ai diritti³⁵; quando ha utilizzato l'interpretazione sistematica in funzione euristica di limiti taciti alla Costituzione non per ampliare i poteri politico-democratici, ma per restringerne le potenzialità antimaggioritarie³⁶; quando ha esteso i confini della giustiziabilità di funzioni politico-costituzionali non sempre misurabili con strumenti di mera logica giuridica³⁷; quando ha trasformato la ragionevolezza (e il bilanciamento come aspetto prevalente della stessa) da strumento a fine, permettendo di veicolare in nome della Costituzione *rationes* obiettive, presentate come un suo precipitato.³⁸

La recente giurisprudenza sulle *zone franche* ha contribuito notevolmente a chiarire i margini di questa problematica. L'assunto che sorregge la dottrina sulle zone franche è che di fronte alla Costituzione e alla giustizia costituzionale non vi possano essere spazi giuridicamente liberi da qualsiasi forma di cognizione e tutela giurisdizionale. Che qualsiasi politica pubblica tradotta in atti normativi primari, se sospetta di

sistema americano proprio per l'esercizio dei suoi poteri in funzione antimaggioritaria (ossia antidemocratica). Cfr. A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New York, Bobbs-Merrill, 1962. Per una ricostruzione di questa dottrina e, più in generale, della discussione americana, cfr. S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1996, trad. it., *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, il Mulino, 2003, specie 187 ss.

³⁵ “Ogni diritto reca in sé il proprio limite”, “i limiti all'esercizio di diritti derivano da altro diritto o interesse”: tutto ciò ha portato a snocciolare, mediante l'interpretazione logico-formale, una serie di limiti ricompresi nel testo come precipitato implicito o naturale. Cfr. Corte cost. sentt. nn. 1 e 2 del 1956, poi 2 e 120 del 1957, 129/1970, 133/1973, 57/1976. La dottrina ha criticato questa concezione funzionalista dei diritti e le storture cui essa conduce: dopo C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, *Riv.it.sc.giur.*, 1957, 49 ss., ora nel volume curato da D. Nocilla, *Diritto costituzionale vivente*, Milano, Giuffrè, 1992, 109 ss., cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, vol. II, Padova, Cedam, 1992, 398 ss.; ma vedi la rivalutazione di questa dottrina in R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, 33-34.

³⁶ Come nella giurisprudenza sul divieto di referendum su leggi necessarie o a contenuto costituzionalmente vincolato; come nell'esclusione dei gruppi parlamentari dal potere di difendere per conflitto di attribuzione il diritto della minoranza parlamentari contro atti che Piero Calamandrei non avrebbe esitato a chiamare espressivi di una “dittatura della maggioranza”. Su ciò comunque *infra par. n. 4*.

³⁷ Come l'attività politica dei parlamentari nella giurisprudenza sul cd. nesso funzionale. Cfr., *infra nel par. n. 4*.

³⁸ Cfr. anche per l'approfondimento di questo aspetto il *par. n. 4*. Avevo sostenuto che la ragionevolezza sia un principio di mediazione di tutti i valori del giuridico, principi costituzionali, legislazione, e contesto in A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., cap. IV.

essere viziata, debba essere sottomessa al controllo di costituzionalità non è in discussione³⁹. Il problema nasce allorché la Corte costituzionale dà la parola alla Costituzione anche quando essa è muta.

Un capitolo poco o nulla frequentato dalla dottrina è il valore del *silenzio* nella Costituzione. Leggendo la giurisprudenza si trae la sensazione che il *silenzio* della Costituzione non abbia alcun significato particolare o, ma è lo stesso, che il mutismo del testo possa e debba essere riempito sempre e comunque. Invero, il silenzio di una Costituzione, *a fortiori* rispetto a una disposizione positiva, è decifrabile ma *non a senso unico*: può voler esprimere una posizione di *indifferenza* rispetto ad un certo problema; una scelta di *esclusione* di alcuni rapporti o situazioni o poteri; o, viceversa, la volontà di *ammettere* situazioni, rapporti, poteri. Il silenzio costituzionale può essere *casuale* e può essere *voluto*; il silenzio può anche *non avere alcun senso*, per quanti sforzi si facciano in concreto per scorgervi qualcosa di sensato. Il silenzio di cui parliamo è, pur sempre, il silenzio della Costituzione: della forma giuridica del politico, del disegno fondamentale per il governo di una società politica, in rapporto ai fini fondamentali, nelle forme e nei limiti da essa consentiti. Insomma, il silenzio costituzionale non soltanto va interpretato in modo coerente con l'idea di Costituzione come legge fondamentale di una società politica (e non in base alla distorta pretesa che essa sia una "legge totale"); ma conferma e implica proprio la massima apertura del testo *innanzitutto* verso la società, la politica e le sue decisioni. Ciò, come detto, non equivale ad escludere la giustiziabilità degli atti che i poteri politici e gli organi elettivi compiono nel mutismo della Costituzione. Ma – a differenza delle disposizioni costituzionali di principio – il silenzio della Costituzione delinea uno spazio materiale *di norma* sottratto all'impero del diritto della Costituzione; che dovrebbe sfuggire all'irradiazione di una volontà normativo-costituzionale ad ogni costo; che non impone, nel mutismo del testo ovvero per una volontà testuale espressa in negativo, una norma costituzionale necessaria o, addirittura, a contenuto costituzionalmente vincolato. Quanto, viceversa, l'estensione del costituzionalmente rilevante e necessario è frutto della Costituzione scritta o del pangiuridicismo tentacolare della Corte costituzionale? Ancora: un altro modo di vedere questo stesso fenomeno è quello di riguardarlo dalla parte del fatto, della nuda realtà sociale, economica, politica. I fatti, si dice, non entrano nei giudizi di legittimità costituzionale; piuttosto rilevano, si sostiene, sotto forma di contesti o di situazioni, guarda caso *giuridiche* o *normative*.⁴⁰ Non so se la distinzione tra *nudo* fatto e fatto *giuridico* tenga sempre alla prova di un

³⁹ Per una vicenda che sta sul crinale, cfr. Corte cost. sent. n. 81/2012 (sui limiti al potere del presidente di giunta regionale di nominare assessori persone di un sesso senza tener conto anche dell'altro). Come sostiene correttamente M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e civende della costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, www.osservatoriosullefonti.it, 1/2013, 22, in questo caso non s'è trattato della fine della categoria dell'*atto politico*, ma del riconoscimento che "la politicità insindacabile si arresti di fronte alla sindacabile giuridicità del limite". Non credo che la Corte avrebbe potuto decidere allo stesso modo qualora la regione non avesse codificato il principio della parità dei sessi nello statuto regionale. Se fosse altrimenti, saremmo di fronte a un ennesimo *enlargement* del giuridico ai danni del politico.

⁴⁰ Su ciò, A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 101 ss.

approfondimento teorico e pratico. Quel che è emerge, alla luce della giurisprudenza, è che fatti, realtà, storia, esperienza, prassi, rapporti sociali e politici sono *sempre misurabili giuridicamente* e, perciò, sempre giustiziabili mediante un'applicazione diretta della Costituzione anche quando una connessione tra quelli e questa non c'è⁴¹. La naturale elasticità della Carta scritta, l'*open texture*, il linguaggio per principi o anche, tutto al contrario, la stessa struttura delle regole costituzionali, deve permettere sempre una decisione giudiziaria? Ad un risultato non distante si arriva anche seguendo le teorie, che distinguendo tra fatti morti e casi vivi, richiedono al giudice, più che di applicare diritto, di rispondere *a un fatto che interroga*⁴². Nei casi limite, in cui quelle teorie sono portate alle estreme conseguenze, è proprio il fatto la fonte della *regula iuris* che il giudice costituzionale si limita a enunciare dettandola positivamente, *come un sovrano che decide nello stato di eccezione*. Per giustificare l'obbligo di una risposta giuridica da parte del giudice si ricorre all'ausilio offerto dal divieto di *non liquet*: in questo modo si legittima una giustizia costituzionale (ma non solo) *a trecentosessanta gradi*. Spesso quella giustificazione legittimante è una foglia di fico. Da un punto di vista teorico e storico, si dimentica che quel canone – nato per far valere la responsabilità del giudice-*re* (nel senso genealogico del re che dice giustizia) di fronte ai *cives* – sopravvissuto al 1789, era stato posto, dalla Rivoluzione francese, a presidio dei valori del *politico* (cioè dei principi rivoluzionari): non per legittimare l'attivismo giudiziario, quindi, ma per subordinarlo a quei valori e per delimitarne l'azione legale⁴³. Pure, in concreto, si smarrisce che tra le possibili vie che costituiscono l'esecuzione del divieto di *non liquet* v'è, proprio di fronte alla pur sempre possibile assenza di appigli decisivi nella Costituzione o nelle leggi, quella che consente al giudice (*rectius*: dovrebbe imporgli) di respingere la domanda nuova sottesa al caso sottoposto al suo giudizio. Niente, neppure la Costituzione (salvo che non sia intesa come il libro di tutte le risposte), autorizza qui una decisione *positiva* perché il caso è nuovo e non è (o *apparentemente* non è) previsto. Salvo che, ancora una volta, non si abbia una concezione pangiuridica del diritto costituzionale.

⁴¹ Ho provato a verificare il significato della giuridicizzazione dell'esperienza reale da parte del giudice costituzionale in A. Morrone, *La corte costituzionale come giudice dell'esperienza*, Quad. cost., 2021, 115 ss.

⁴² Cfr. la nota teoria di G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, poi sviluppata in Id. *Il diritto mite*, cit., cui *adde*, dello stesso autore, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, 179 ss., 188 ss. Il caso che preme sul diritto trasforma il fatto in fonte del diritto e, nella giustizia costituzionale, in una fonte del diritto costituzionale, ovvero nel precipitato della Costituzione.

⁴³ L'art. 4 del Code civil (dal 1803 fino ai nostri giorni) stabilisce che "*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*". Prima della rivoluzione il *déni de justice* (insieme alla *prise de partie*) era uno strumento per far valere la responsabilità del giudice a tutela della parte, coerente con il modello di un giudice professionale. Con la legislazione napoleonica, viceversa, esso assicura la decisione del giudice nei casi dubbi, risolvibili, però, secondo i principi rivoluzionari che richiama per presupposizione. Cfr. A. Giuliani e N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1987: questi autori sottolineano che così configurato, però, il *déni de justice* finiva per aprire al giudice "quelle porte dell'*interpretatio*, che la normativa della rivoluzione aveva tentato di chiudere" (ivi 76).

Solo seguendo le suggestioni di detta visione totalizzante si può comprendere l'ispessimento cui è soggetta la cd. "materia costituzionale".⁴⁴ Questa categoria controversa, il cui unico appiglio testuale in Costituzione farebbe pensare ad uno spazio ristretto, proprio per giustapposizione ad altre materie (art. 72, u.c., Cost.), non pare avere un significato diverso da quello più ampio possibile, conseguente all'assunzione di una prospettiva dilatante e deformante o pangiuridica del diritto costituzionale. Una conferma si trova nella giurisprudenza costituzionale che allarga, in maniera apparentemente irresistibile, la categoria del "parametro costituzionale". Antonino Spadaro ha dato la prova più convincente di come, nel tempo, quella formula abbia trasceso in concreto ogni ragionevole aspettativa, dato che vi rientra ormai una congerie di cose indeterminata.⁴⁵ Nel cd. parametro di legittimità il giudice costituzionale ha ricompreso di volta in volta: a) le consuetudini (salvo quelle *contra constitutionem*); b) le leggi costituzionali; c) le leggi primarie codificanti valori costituzionali (che resistono anche a leggi costituzionali, secondo la nota tesi di Antonio Ruggeri sulla "qualità assiologica" che supera la forza formale); d) le fonti primarie che chiariscono o spiegano disposizioni della Costituzione (come ad es. il dpr 616/1977, la cd. legge Bassanini ecc.); e) fonti primarie interposte; f) le fonti esterne (il diritto internazionale, il diritto europeo, ecc.); g) il diritto giurisprudenziale costituzionale (i precedenti). Per quanto inguaribili realisti, di fronte a questi dati, non si può, per onestà intellettuale, non ritenere, d'accordo con lo stesso Spadaro, che qui "non conta tanto la carta quanto la corte".⁴⁶

Quel che nessuno poteva immaginare, però, è l'effetto domino determinato dall'innesto di quelle che Spadaro chiama le "fonti esterne": l'integrazione degli orizzonti di senso che, in una avanzata ma tutto sommato equilibrata decisione⁴⁷, concedeva alla Cedu al massimo la natura di uno strumento interpretativo della Costituzione, è stata di gran lunga superata dalla svolta delle "sentenze gemelle" e dal trattamento che ad esse è stato riservato dalla dottrina favorevole al *multilevel constitutionalism*.⁴⁸ Pronunce queste che sono state – insieme ai risvolti giurisprudenziali successivi che ne hanno dilatato i contenuti,

⁴⁴ Per le prospettive interpretative del concetto di materia costituzionale, cfr. F. Modugno, *Costituzione, Enc.giur.*, Roma Treccani, 1989, *ad vocem*, 5, per la tesi della inutilità e vanità della sua ricerca; S. Bartole, *Costituzione, Dig.It.Discipl.Publ.*, Torino, Utet, 1989, 288 ss., 297, sull'eclissi della nozione trattandosi di una questione di diritto positivo; A. Ruggeri, *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sull'altra (profili storico-teorici)*, *Rivista AIC*, [www.rivistaaic](http://www.rivistaaic.it), 4/2017, 1 ss., ora id I., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXI, Studi dell'anno 2017, Torino, Giappichelli, 2018, 537 ss., per la tesi della sua espansione proprio grazie alle carte e alle corte dei diritti.

⁴⁵ A. Spadaro, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua "evoluzione" del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, *Quad.cost.*, 1998, 343 ss.

⁴⁶ Cfr. A. Spadaro, *op. cit.*, 406-407.

⁴⁷ Corte cost. sent. n. 388/1999 che porta a sviluppo la prospettiva sostanzialistica inaugurata dall'*obiter* della sent. n. 10/1993.

⁴⁸ Corte cost. sentt. nn. 348 e 349/2007, su cui M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, diritti, giudici*, *Giur.cost.*, 2007, 3564 ss.

salvo una fugace e finora isolata precisazione⁴⁹ – molto commentate, ma non sempre adeguatamente ponderate, nei punti più critici: come il problema dell’aggancio meramente formale all’art. 117.1 Cost. novellato; o la questione, rimasta senza un’adeguata giustificazione, circa il perché un simile trattamento di favore (come parametro interposto) vada limitato solo a quella Carta dei diritti e non a ogni trattato internazionale vincolante per l’Italia. In concreto, siamo ad un vero e proprio *shopping* di “fonti internazionali” che vede impegnati una parte minoritaria ma agguerrita della magistratura anche di legittimità⁵⁰ e il giudice costituzionale: Carte dei diritti, documenti di *soft law*, semplici *pareri* (non necessariamente resi nei confronti delle istituzioni nostro Paese) assumono di per sé un valore integrativo o sostitutivo del parametro di costituzionalità, a tal punto che non sempre è distinguibile se la Corte costituzionale stia giudicando in applicazione della Costituzione o, viceversa, attraverso *sedicenti* “fonti esterne”.⁵¹

Tra tutte, la principale ragione che sostiene e alimenta la tendenza al pangiuridicismo costituzionale è la tradizionale, ma pur sempre straordinariamente efficace, teoria dei diritti fondamentali, il cui plusvalore nell’interpretazione costituzionale è accresciuto grazie al criterio, di fatto pervasivo, di *massima espansione dei diritti*. Non è questa la sede per discutere approfonditamente questo punto⁵², se non per sottolineare

⁴⁹ Il riferimento agli indirizzi giurisprudenziali consolidati della Cedu come fonte di norme utilizzabili nell’interpretazione e come parametro di legittimità della legislazione nazionale, fermo il “predominio assiologico della Costituzione”, è stato affermato in Corte cost. sent. n. 49/2015, e ribadito solo nella sent. n. 120/2018. Mentre il primo criterio è decisamente isolato, la seconda affermazione è rimasta solo enunciata in astratto, perché in concreto né i giudici comuni, né la Corte costituzionale verificano prima di ricorrere alla norma convenzionale la sua compatibilità a Costituzione.

⁵⁰ Cfr. ad es. R. Conti, *Effettività del diritto comunitario e ruolo del giudice*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 479 ss.

⁵¹ Un esempio recente è il tentativo della Cassazione di utilizzare un parere della Cedu, reso nei confronti della Francia, come parametro per far pronunciare l’illegittimità costituzionale della disciplina nazionale che vieta l’attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto di entrambi i componenti della coppia di lesbiche, ove non ricorrano le condizioni per procedere all’adozione in casi particolari e sia accertata giudizialmente la sussistenza dell’interesse del minore; tentativo che la maggioranza del collegio della Corte costituzionale ha arginato, riconoscendo la discrezionalità del legislatore (ma lasciando impregiudicata l’utilizzabilità o meno di atti come quel parere). Cfr. Corte cost. sent. n. 32/2021.

⁵² Va notato, nella riflessione italiana, un cambio di prospettiva e di risultati nella teoria dei diritti: la dottrina della massima espansione costituiva, alle origini, un criterio interpretativo della Costituzione, che operava coerentemente con i suoi valori di riferimento: così nella teoria dell’apertura costituzionale di A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, Il Foro italiano-Zanichelli, 1975 50 ss. e in quella della massima espansione delle libertà sul piano esegetico di P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, 55. Quella dottrina comincia a fuoriuscirne e a prescindere allorché si riconosce una “sovranità dei diritti” (G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv.dir.cost.*, 1/2006, 3 ss.), che non può non determinare una gerarchia tra le parti della Costituzione e una sua trasformazione: per un verso, i principi sui diritti finiscono per avere un *favor* rispetto a quelli sui poteri; per altro verso la “tutela più intensa” dei diritti diventa una sorta di “Grundnorm” che fonda un ordinamento in cui la costituzione e tutte le carte dei diritti internazionali hanno lo stesso pregio materiale giustificando l’ampliamento dei diritti ad opera delle diverse Corti dei diritti, senza che sia più necessario alcun aggancio storico-positivo tra *Ordnung* e *Ortung*, con ciò dissociando la Costituzione italiana dalla comunità politica di riferimento. Su questa dottrina, il contributo decisivo nella letteratura italiana è venuto da Antonio Ruggieri in una pluralità di occasioni, tra cui si segnala, *Le “mutazioni genetiche” dello stato costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2014, 837 ss. ora in Id., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 2015, 623 ss. (627 per le citazioni del passo precedente). Contro questi risultati teorici: per la critica che sottolinea l’approccio irenico anziché conflittuale proprio dei diritti, M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit.; per la teoria dei diritti “a somma zero”, sicché un nuovo diritto limita

un fatto e sollevare un problema. Il fatto è che la dottrina della tutela dei diritti è uno *strumento di politica del diritto*, che tende a dominare anche nel sindacato di legittimità e nell'attività di competenza della Corte costituzionale e, quindi, nel diritto costituzionale (specie se quest'ultimo coincide con quel che il suo giudice stabilisce). A questo fine concorre proprio l'uso largo della Cedu e della giurisprudenza della Corte Edu. La prassi di portare ogni conflitto reale sotto la sfera di attrazione della teoria dei diritti è generale. La giurisprudenza piega alle esigenze di tutela più intensa dei diritti anche i, pur sempre rilevanti, conflitti tra poteri: tanto quando si occupa di controversie tra stato e regioni⁵³; quanto allorché decide conflitti tra poteri dello Stato.⁵⁴ Nell'ottica della tutela dei diritti interessati dai conflitti di potere (tra istituzioni o poteri pubblici), la politicità della controversia sulle attribuzioni viene convertita in una questione giudiziaria in cui *pubblico e privato si confondono*, distorcendo il fine della competenza della Consulta (che dovrebbe mirare all'equilibrio dei poteri laddove le vie della politica non arrivano), la cui risoluzione, in linea di principio, è condizionata dai diritti, con conseguente estensione dell'area di questi ultimi e riduzione di quella dei primi.

La teoria dei diritti collegata a quella della massima espansione delle tutele, quale canone orientativo assorbente, presenta un grave problema costituzionale, che ne mette in dubbio la fondatezza: quali sono i diritti che la Corte protegge? Ancora una volta: siamo di fronte a ciò che la Costituzione *riconosce* o a quel che la Corte costituzionale *garantisce*? I cd. nuovi diritti, che emergono nella prolifica giurisprudenza costituzionale, non solo fuoriescono da quel giardino che Alessandro Pace aveva cercato di coltivare con la proposta di un positivismo temperato di fronte agli innesti della realtà nuova⁵⁵; ma essi hanno

un diritto preesistente (e, quindi, non ci sarebbe estensione), R. Bin, *Critica dei diritti fondamentali*, Milano, Franco Angeli, 2018; sui rischi di una tutela dei diritti da parte dei giudici che fuoriesca dalla costituzione, P. Caretti, *I diritti tra giudice e legislatore*, in S. Merlini (a cura di), *Magistratura e politica, Magistratura e politica*, Firenze, Passigli Editori, 2016, 73 ss., 85 ss.

⁵³ Con la nota dottrina della *ridondanza* che, anche se sulla carta estende la protezione del Custode nei confronti delle autonomie, in concreto, piega i conflitti di potere alle esigenze di protezione dei diritti implicati nei singoli casi: cfr. il *leading case* Corte cost. sent. n. 5/2018, seguito dalle sentt. nn. 198/2018 e 194/2019 (sul decreto-legge in materia di immigrazione e abolizione della protezione umanitaria) che tenta di restringere un possibile uso largo del criterio da parte delle regioni (il che conferma che è sempre la Corte a stabilire se, come e quando la tutela va accordata); ma può citarsi anche la giurisprudenza sulla continuità istituzionale nella garanzia di determinati diritti quale deroga all'ordine costituzionale delle competenze pur quando giudizialmente accertato: Corte cost. sent. n. 370/2003 (asili nido), 13/2004 (scuola), 50/2005 (mercato del lavoro), 255/2004 (spettacolo). Su ciò cfr. ora D. Tega, *La corte nel contesto*, cit., specie 295 ss., nonché C. Caruso, *La garanzia dell'unità della Repubblica*, cit., 346 ss., entrambi con approccio critico, anche se di tenore dissimile.

⁵⁴ Basti pensare ai casi in cui il conflitto avviene tra un organo politico e la giurisdizione comune, nel quale la Corte ha derogato alla regola che esclude soggetti privati, cointeressati o controinteressati, allargando il giudizio anche alla difesa delle parti dei giudizi comuni, per evitare che la decisione sui poteri possa riverberarsi sul diritto di difesa e sul diritto al giudice: cfr. sent. 76/2001 (immunità dei consiglieri regionali), sent. n. 154/2004 (immunità dell'ex Presidente della Repubblica), sent. n. 144/2015 (insindacabilità parlamentare), sent. n. 262/2017 (autodichia delle camere nei confronti dei dipendenti). Concordo con chi riconosce che nei conflitti tra poteri quel che conta sono i rapporti tra poteri e non i terzi (non si tratta di situazioni omogenee soggette al principio di eguaglianza): cfr. M. Luciani, *Il "Modello" della sentenza n. 1150 del 1988*, in *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2001, 331 ss.

⁵⁵ Cfr. A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, *Quad.cost.*, 2001, 35 ss.

letteralmente *slabbrato* la teoria dell'art. 2 Cost. come clausola aperta, messa a punto, negli anni Settanta, da Augusto Barbera.⁵⁶ Di fronte all'invenzione dei nuovi diritti⁵⁷, fatta dal giudice costituzionale, lo stesso Barbera è stato costretto a richiamare la nostra attenzione sui "confini".⁵⁸ L'apertura della Costituzione alla garanzia di nuove domande di libertà, infatti, presuppone una preliminare operazione di *riconoscimento*, attraverso una pluralità di dati empirici concordanti, quali la coscienza sociale, la legislazione, la giurisprudenza di merito e, quindi, quella della Corte costituzionale. E, invece, come il giudice costituzionale "riconosce" i nuovi diritti? La giurisprudenza non offre risposte chiare o, comunque, non si registrano soluzioni sempre adeguate: essa è sbilanciata sulla necessità di *garanzia* da offrire alle pretese che accedono al giudizio, ma trascura il profilo *pre-giudiziale* del criterio di riconoscimento. In genere basta il riferimento alle Carte internazionali di diritti, o all'interpretazione dei loro interpreti, o a precedenti stranieri selezionati *ad hoc*: ma ciò è sempre sufficiente, o l'uso del referente andrebbe argomentato formalmente e materialmente su un piano di effettiva compatibilità con la Costituzione scritta? Il punto di massima apertura è quando la Corte costituzionale ricorre ad un amorfo e indefinito concetto di *dignità umana* radicata dal piano storico e culturale dell'ordinamento dato; concetto che per la sua rarefatta identità, a ben guardare, è fecondo in ogni direzione, ma non è detto che lo sia anche e necessariamente in quella della Costituzione scritta. La verità è che l'uso non sorvegliato se non disinvolto del criterio di massima tutela e di dignità umana crea l'illusione che il risultato dell'espansione *non sia a somma zero* e che i diritti vincano sempre.⁵⁹ Non ci si può stupire di quest'orientamento: come la giurisprudenza civile tutela *sub specie* di diritto soggettivo qualsiasi domanda individuale *economicamente* apprezzabile in termini di interesse risarcibile⁶⁰, così la Corte costituzionale qualifica come diritto fondamentale qualsiasi pretesa individuale che il *costituzionalismo dei bisogni* consegna alla sua custodia.⁶¹

Fatto si è, ciò nonostante, che nella giurisprudenza, come nella dottrina costituzionalistica, *non esiste una chiara e univoca dottrina dell'interpretazione costituzionale*: ciò che c'è è, nella migliore delle ipotesi, la sommatoria di una pluralità eclettica di metodi interpretativi. Quali siano i confini e le ragioni che permettano di scegliere tra testualismo, *original intent*, positivismo, interpretazione estensiva, teoria dei valori, teoria dei

⁵⁶ Cfr. A. Barbera, *Art. 2*, cit., 50 ss.

⁵⁷ Che ora trova una elaborata cornice teorica nella costruzione sull'invenzione del diritto rielaborata da P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

⁵⁸ Cfr. A. Barbera, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, 19 ss.

⁵⁹ Per la critica a questa idea, latente nella giurisprudenza, oltre a R. Bin, *Critica dei diritti fondamentali*, cit., V. Angiolini, *Libertà costituzionali e libertà della giurisprudenza*, in Id. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, 13 ss., 23 per la tesi secondo la quale l'uso troppo libero delle reinterprezioni giurisprudenziali possa portare non solo a nuovi risvolti delle libertà ma anche a rimettere in discussione forme di tutela individuale e collettiva consolidati.

⁶⁰ Cfr. E. Russo, *Il concetto di diritto soggettivo*, *Riv.dir.civ.*, 2008, 1 ss.

⁶¹ Sul costituzionalismo dei bisogni, cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013. Sulla critica a questa prospettiva e, all'opposto, per la valorizzazione dei doveri, L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014.

diritti, ruolo dei precedenti, valore del contesto rimane ancora oggi oggetto di discussione (e non solo in Italia). Il *relativismo* e, quindi, la sostanziale *fungibilità* dei metodi interpretativi negli usi dei chierici diventa, però, una *risorsa inesauribile di potere* per il giudice costituzionale. Si riflette nelle diverse culture costituzionali che, nel collegio, esprimono i singoli giudici e che solo un *wishful thinking* vorrebbe respingere nell'irrilevante con l'immagine di una Corte "isola della ragione" o "isola della ragionevolezza" sempre al di sopra della lotta politica.⁶² Quel pluralismo relativista, soprattutto, rappresenta il principale mezzo per rafforzare sia la supremazia della Corte costituzionale rispetto a qualsiasi altro interprete (istituzioni e organi elettivi compresi), sia la tendenza al pangiuridicismo costituzionale. Tutti i metodi di interpretazione sono mezzi utili per giustificare il fine perseguito di volta in volta; qualsiasi uso, com'è ovvio, fin dalla scelta di questo metodo piuttosto che quello, si risolve sempre in una decisione politica. In questo quadro è coerente e si spiega il perché la Corte costituzionale italiana, al pari delle consorelle straniere, non ha mai esplicitato o formalizzato i propri test di giudizio. Ragionevolezza, proporzionalità, bilanciamento, per limitare il discorso ai più ricorrenti, più che test di giudizio sono espedienti discorsivi o retorici de-formalizzati, disponibili alle più svariate utilizzazioni; più la foglia di fico che la sostanza di un metodo pratico prevedibile, conoscibile, controllabile. I ripetuti tentativi della dottrina di stilizzare le tecniche di giudizio, al fine di ancorare la decisione a parametri argomentativi predeterminati e in linea di principio predittivi sono stati, finora, vani.⁶³

3. Il lato politico della Costituzione: un valore da preservare anche dalla giustizia costituzionale

Una concezione del diritto costituzionale ispirata ad un'ideologia pangiuridicista, e una giurisprudenza costituzionale, spesso in ciò sostenuta dalla dottrina, che riduce la nostra scienza e i suoi problemi a questioni normative o legali, ha conseguenze di sistema rilevanti, spesso trascurate. Il primo immediato risolto riguarda il legislatore (e in genere gli organi democratico-elettivi), il secondo, indiretto, il contenuto della Costituzione.

⁶² Cfr. l'idea immaginifica della "corte in-politica" di G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005. Per una critica a quell'idea, che ha dalla sua l'assenza nel nostro ordinamento del potere per ciascun giudice di esprimere opinioni separate, si ritrova nella ricerca sul dato visibile, ancorché non frequente, del cambio tra giudice relatore e giudice redattore, spia dell'esistenza anche nella Corte di conflitti di opinioni tra maggioranza e minoranza del collegio, cfr. B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021. Per la tesi dell'isola della ragione, F. Modugno, *L'invalidità delle leggi*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, XI; per l'isola della ragionevolezza, M. Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, 178. Ho criticato la concezione di fondo, aristocratica e sapienziale, di simili dottrine fin dal mio *Il custode della ragionevolezza*, cit. specie cap. IV.

⁶³ Cfr. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc.giur.*, Roma, Treccani, 1989, *ad vocem*, ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997; cui *adde*, A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit. (in entrambi v'è la diversa proposta di test di giudizio collegati a una teoria della Costituzione).

Sul primo versante, il suprematismo della giurisprudenza costituzionale opera *etsi legislator non daretur*. Che la Costituzione rappresenti un progetto di società che spetta agli organi titolari del potere legislativo (come sineddoche del governo della *res pubblica*, e in tutti i modi in cui i relativi organi siano stati formati o legittimati) sta alla radice del costituzionalismo antico e moderno. Fin dalle origini dell'esperienza politico-costituzionale il fine di ogni società politica è stato quello di definire il soggetto titolare del potere di stabilire il diritto mediante il quale assicurare l'ordine sociale. Che il *ius* fosse espressione di una funzione dichiarativa di un diritto preesistente (divino o di natura), o costitutiva di un nuovo diritto (umano e artificiale) dimostra, comunque, che in ogni epoca la realizzazione dei fini di una comunità politica avviene mediante l'organizzazione del potere normativo. Lo stato moderno trova la sua ragion d'essere nella questione della sovranità: questo concetto ha dato il nome a una cosa che fino al XVI secolo poteva ritenersi sconosciuta, o al più sottintesa o non chiaramente focalizzata. Il contenuto di quel fondamentale concetto è stato, fin dalle origini, quello di individuare un'unità di decisione la cui funzione essenziale è stabilire il diritto di una comunità politica organizzata. La sovranità nello stato moderno indica il principio di imputazione del potere di stabilire diritto.⁶⁴

Questo principio si è consolidato nelle rivoluzioni borghesi. Il costituzionalismo inglese, dopo la *Glorious Revolution*, ha radicato il potere sovrano di creare nuovo diritto nel *King in Parliament*, e il principio della *sovereignty of Parliament* ha mantenuto, per oltre tre secoli, quel fondamentale assetto dei poteri costituzionali. Il modello inglese è stato radicalizzato dalla dottrina del *pouvoir constituant* elaborata nella Rivoluzione francese: il 1789 incorona la sovranità dell'assemblea nazionale, concepita come un legislatore costituente permanente che, anche se in forme istituzionali diverse, è rimasto sempre latente nella cultura costituzionale transalpina. Il costituzionalismo americano, rispetto alle matrici europee, ha dato la migliore prova concreta di una sovranità fondata sull'equilibrio tra i poteri. La Dichiarazione di Indipendenza, gli Articoli della Confederazione e, quindi, la Costituzione federale hanno stabilito le basi di un ordinamento nel quale la legge fondamentale voluta dal popolo americano trova negli organi elettivi i titolari delle funzioni di governo e di legislazione, e nel giudiziario il principale strumento di garanzia della supremazia della Costituzione, mediante il *judicial review of legislation*. Oltreoceano, quindi, la *sovranità popolare è divisa e non esclusiva*. I valori fondamentali del popolo americano trovano nella dialettica tra governo, legislazione, giurisdizione la via della loro realizzazione; e non senza tensioni, anche acute, tra organi elettivi e giudici. La *Supreme Court* oscilla tra *judicial activism* e *self restraint*: ciò dipende dal ruolo e dalla forza degli organi di governo che, in quel sistema, sono sempre in grado di riprendersi lo spazio

⁶⁴ Ho approfondito questa sintetica premessa in A. Morrone, *Sovranità*, relazione al XXXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, *Rivista Aic*, www.rivistaaic.it, 3/2017, 1 ss., nonché in *Annuario 2016 – Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità, Rappresentanza, Territorio*, Napoli, Jovene, 2017, 3 ss.

costituzionale che spetta loro nella determinazione delle *policies* e nella produzione del diritto americano, nonostante la funzione antimaggioritaria e la tutela dei diritti giocata, tutto sommato marginalmente, dai giudici supremi.⁶⁵

Anche nel costituzionalismo italiano – molto prossimo al modello americano nel fondarsi su una costituzione considerata *higher law* e garantita dal sindacato di costituzionalità delle leggi – è ancora oggi prevalente la dottrina, suffragata anche dai lavori della Costituente, secondo cui la legge fondamentale deve essere realizzata attraverso gli organi elettivi e, soprattutto, mediante la legislazione⁶⁶. La fiducia nel sistema dei partiti di reggere le istituzioni democratiche e l’effettivo potere che la partitocrazia (nel senso più nobile del termine) ha esercitato per almeno quarant’anni della storia italiana hanno rappresentato le leve della legislazione come strumento privilegiato per svolgere il progetto di società radicato nei valori della Repubblica.⁶⁷ La crisi del sistema politico e le trasformazioni intervenute dagli anni Ottanta hanno aggravato le debolezze delle istituzioni di governo e della stessa funzione legislativa. Gli spazi lasciati aperti dalla politica e dagli organi elettivi sono stati progressivamente occupati dai giudici comuni e dalla Corte costituzionale: su quest’ultima, soprattutto, sono stati scaricati molti problemi che la classe politica e le istituzioni di governo non hanno voluto o non sono riusciti ad affrontare e a risolvere. La sfida, anomala dal punto di vista di una democrazia politica, di una supplenza (politica? giuridica?) da parte dei giudici costituzionali, pur se talora ritenuta “non richiesta e non gradita”⁶⁸, è stata da loro stessi accettata e svolta fino in fondo⁶⁹. In un contesto in cui la debolezza e la discontinuità di governo è stata fortemente condizionata da una situazione di instabilità politica, che l’Italia non aveva conosciuto prima, almeno nelle dimensioni che ha assunto soprattutto dopo il 1992, il ruolo del custode della Costituzione si è manifestato con una intensità tale che non aveva avuto precedenti. Del resto, seguendo le periodizzazioni

⁶⁵ Basti pensare, soprattutto, agli anni del New Deal e alle decisioni sui diritti della Corte Warren. Per una rassegna dettagliata, C. Bologna, *La Corte suprema*, in G. D’Ignazio (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d’America*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, 285 ss.

⁶⁶ Secondo M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., 17, la differenza tra attuazione e applicazione non consente scorciatoie nel senso che l’attuazione “passa dalle aule parlamentari (e comunque dai processi decisionali democratici) e non dalla aule di giustizia”.

⁶⁷ Sul rapporto tra partiti, istituzioni e Costituzione, anche nella storia del nostro Paese, per tutti A. Barbera, *La costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 2016 (pubblicata come voce dell’*Enc.dir., Annali*, vol. VIII, Milano, Giuffrè).

⁶⁸ In questi termini si espresse il presidente della Corte costituzionale Gustavo Zagrebelsky nella conferenza stampa del 2004, per giustificare la posizione della sua Consulta negli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore della riforma costituzionale del Titolo V, Parte II, della Costituzione (<http://www.regioni.it/news/2004/04/05/0204-consulta-zagrebelsky-su-riforme-supplenza-non-graditaansa-e-su-accuse-politicizzazione-replica-la-corte-ha-altri-canoni-78814/>). Quella formula, molto fortunata (specie al fine di difendere la Corte dalle accuse di politicizzazione), può essere generalizzata, perché gli spazi della supplenza politico-legislativa si sono dilatati a dismisura bel al di là dell’ambito dei rapporti tra stato e regione (che, comunque, per un decennio hanno occupato più della metà del contenzioso costituzionale!).

⁶⁹ Anche questo è un fatto, nonostante la diversa opinione di R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale*, cit.

della giustizia costituzionale più attendibili, alla fase iniziale di *riconoscimento*⁷⁰, è seguita una lunga fase di *smaltimento dell'arretrato*⁷¹, che è finita proprio negli anni in cui il sistema politico italiano si disintegrava.⁷²

La Corte costituzionale ha svolto un nuovo e diverso ruolo *activist* proprio negli anni in cui gli organi elettivi e la legislazione hanno conosciuto crisi continue e tuttora permanenti.⁷³ I conflitti più rilevanti, molti dei quali si parlerà in seguito, si sono verificati a partire da quel crinale della storia nazionale.

Ancora una volta il parallelo col sistema americano è utile: mentre oltreoceano la democrazia costituzionale mantiene le sue polarità istituzionali in equilibrio, sicché a un forte circuito di governo e rappresentativo fa da contraltare una Corte suprema altrettanto attrezzata, nella Repubblica italiana il rapporto appare squilibrato, per l'instabilità degli organi elettivi e la debolezza della politica, e per la funzione vicaria, sempre più larga, esercitata dalla Corte costituzionale. Accanto a situazioni conflittuali fisiologiche, in cui il giudice costituzionale è chiamato a sindacare leggi vigenti, sempre più frequente è il caso limite, in cui pronunce costituzionali intervengono dove manca una legge (anche se non pare sempre chiaro il confine tra le due ipotesi). In un caso e nell'altro, comunque, il giudice delle leggi non si sottrae dal rispondere con decisioni creative, sia quando modificano, anche sostituendola, la legislazione vigente; sia quando riempiono spazi lasciati liberi o, comunque, non direttamente occupati dalla legislazione vigente.

Si tratta di cose note, su cui si tornerà tra breve. Quel che sembra importante sottolineare da un punto di vista teorico⁷⁴, utile ai fini del nostro discorso, è che questo atteggiamento di supplenza giudiziaria, consapevole e senza riserve⁷⁵, si basa su un presupposto che rovescia la prospettiva portante del costituzionalismo democratico: ossia che la Costituzione si regge, da un lato, sulla *libertà* della politica

⁷⁰ Nella quale la Corte ha affermato il proprio ruolo, soprattutto, annullando la legislazione prerepubblicana ispirata a valori opposti a quelli della Costituzione.

⁷¹ Causata dal processo *Lockeed*.

⁷² Per cause interne e, in modo decisivo, per spinte esterne, come l'inchiesta "mani pulite" del pool di Milano e i referendum istituzionali-elettorali del 1991 e del 1993 che hanno superato la formula elettorale proporzionale per una in gran parte maggioritaria.

⁷³ Crisi rese ancora più gravi dai ripetuti e inconcludenti tentativi di riforma delle istituzioni che, nel confermare il paradosso del barone di *Münchhausen* (su cui v. A. Barbera, *Una riforma della Repubblica*, Roma, Editori Riuniti, 1991), hanno rafforzato insieme alla Costituzione scritta gli usi che di essa ne ha fatto il suo custode.

⁷⁴ Sul piano delle idee il fenomeno che descriverò – l'opposizione tra libertà e necessità – trova le sue radici nella opposizione del tempo contemporaneo tra legge e caso: per la posizione di questo problema cfr. E. Severino, *Legge e caso*, Milano, Adelphi, 1980.

⁷⁵ Quanto detto non significa che non esistano situazioni nelle quali la Corte rinuncia a svolgere quel ruolo sostitutivo o *activist*, magari assumendo moderazione e *self restraint*. Di queste ipotesi, in dottrina, è incerta la lettura, perché quel che ad alcuni potrebbe apparire espressione di misura e di rispetto per la politica e gli spazi ad essa riservati dalla Costituzione (come nel mio caso), ad altri può sembrare una rinuncia al ruolo di garante della normatività della Costituzione.

(*rectius*: la politica come attività libera nel fine) e, dall'altro, sulla *necessità* della giurisdizione (anche di quella costituzionale).⁷⁶

Provo a spiegarmi meglio. La libertà della politica è una conseguenza sia della Costituzione come legge fondamentale e progetto di società, sia della legittimazione democratica degli organi elettivi e, soprattutto, del potere legislativo. La decisione legislativa è, deve essere, frutto di un processo aperto di autodeterminazione dei rappresentanti, perché questa è la precondizione affinché le istituzioni di governo possano esprimere la migliore delle volontà al fine di realizzare gli obiettivi del popolo sovrano. Nella parabola storica dello stato costituzionale, ancora più accentuata nel contesto della nostra Repubblica, questa caratteristica, da fattore di legittimazione/legittimità e di fiducia, si è trasformato in un *limite* evidente (a quanto pare insormontabile). Di fronte a fenomeni come il pluralismo sociale, il multiculturalismo, di fronte all'integrazione giuridica multilivello, alle interconnessioni di forze derivanti dalla globalizzazione, gli spazi della libertà di decidere assicurati al potere politico-legislativo si riducono; ciò che rende la decisione legislativa (più) difficile, spesso insufficiente o, addirittura, impossibile. La libertà democratica, di fronte alle divisioni, alle frammentazioni, ai molteplici interessi in gioco, alla pluralità delle istituzioni che rivendicano il diritto di parola e di decisione, diventa una *tunica di Nesso* che si trasforma in un ostacolo a legiferare. Il fatto che le decisioni vengano prese (solo) dal governo – l'unico organo che può e deve decidere nelle situazioni normali (sempre meno frequenti) e nelle crisi (sempre più ricorrenti) – aggrava quella situazione complessiva di alterazione del disegno costituzionale.

Diverso, se non opposto, lo statuto di un giudice: per lui non c'è la libertà ma la *necessità* di assumere la decisione sul caso giudiziario. Questa necessità deriva da due paradigmi: 1) la subordinazione del giudice alla legge: decidere si deve perché è necessario applicare ciò che la legge stabilisce; 2) il divieto di *non liquet*: il giudice non può non decidere, e lo deve fare anche in assenza della legge, perché la domanda sottesa al caso giudiziario non può non essere decisa. Gli sviluppi dell'esperienza hanno fatto di questa necessità propria dello *status* professionale del giudice, la *forza materiale* della giurisdizione, diventata un potente fattore di legittimazione/legittimità e di fiducia. La subordinazione alla legge si è progressivamente allentata: in concreto la giurisdizione è passata dalla subordinazione alla legge e alla costituzione, alla subordinazione al diritto internazionale, al diritto europeo, al diritto *tout court*. Se i margini di questo diritto, cui il giudice dovrebbe essere subordinato, in concreto, tendono a coincidere *con quanto i giudici stessi stabiliscono*, ciò equivale a riconoscere che non v'è più alcun principio effettivo di subordinazione. La necessità diventa, allora, la maschera che nasconde una effettiva libertà di giudizio e di decisione. Un

⁷⁶ Spunti in P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, 61 che, nel differenziare legislatore e Corte costituzionale quanto al potere di creare diritto, attribuiva al primo di agire liberamente "sotto la spinta della sola opportunità politica" e alla seconda "un potere legislativo non libero, ma *comandato dalla Costituzione*".

processo analogo ha riguardato la concezione del divieto di *non liquet*: come si è più sopra ricordato, da regola a tutela dell'unità dell'ordinamento giuridico di riferimento, il divieto s'è trasformato (nelle sue interpretazioni estreme) in un fattore di giustificazione della più ampia discrezionalità. Allentati o venuti meno gli ancoraggi normativi, il compito primario del giudice si risolve nell'imperativo di misurarsi esclusivamente col *caso concreto* che gli viene sottoposto. La riduzione dell'area della legislazione, di fronte all'*emergenza* delle domande sociali e alla crisi delle istituzioni nei Paesi, come il nostro, che soffrono di questo problema apparentemente senza soluzioni, ha fatto del caso giudiziario il *fine autentico* della decisione: è solo la *necessità del caso* che obbliga e fonda la decisione. Nel caso del giudice costituzionale, che ha il monopolio dei parametri e dell'interpretazione, che può pronunciare sentenze normative, siamo in presenza di una “fonte autocratica”⁷⁷ senza più alcun riferimento al sistema costituzionale dato. In questo contesto, il giudice e il diritto giurisprudenziale acquistano un'*auctoritas* specifica, che produce una legittimazione *per risultati* che potrebbe dirsi *democratica ma in modo apocrifo*, generando una fiducia nei cittadini proprio in ragione delle aspettative di decisione giudiziaria che il caso provoca.⁷⁸ *Auctoritas* che si rafforza ulteriormente dall'essere professionalmente il giudice al di sopra degli interessi pluralistici che dividono, al di là della babele delle lingue che si esercitano nel *government by discussion, au-dessus de la mêlée*, di una politica partigiana interessata solo al particolare. Il lavoro del giudice, *maximun exemplum* del “legista” tocquevilliano, è (o appare) scientifico-professionale, a tal punto che il suo essere *peritus peritorum* vede crescere il suo valore intrinseco proprio in assenza di un quadro ordinamentale di riferimento. In altre parole, *la tecnica giuridica basta a sè stessa*: il sapere tecnico-scientifico, da solo, può fondare la legittimità di una decisione giudiziaria. In fondo, l'ingresso nel processo delle “evidenze” tecnico-scientifiche – mediante la consulenza tecnica, gli *amici curiae*, gli esperti, la prova tecnica ecc. – più che un limite per la discrezionalità del giudice, è un ulteriore modo per accrescere un potere *sapientziale* di decisione.

⁷⁷ La formula è stata coniata da G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, *Giur.cost.*, 1981, 1684 ss., 1715-1716, riferita a tutte le decisioni interpretative che in quanto correttive della legislazione vigente, sono da considerarsi sentenze normative (il cui fondamento teorico non sta nella distinzione tra disposizione e norma, perché esse sarebbero propriamente delle modifiche tacite della Costituzione). Nel sottolineare come la Corte costituzionale segua “la linea di inoltrarsi nel processo di attuazione della Costituzione, abbandonando la sua originaria funzione di controllo della legislazione” (concorrendo con il legislatore nell'*interpositio* irrelata a una costituzione di principi), Silvestri parla di fonte “autocratica”, posta in essere senza responsabilità politica, nel caso delle sentenze che intervengono a colmare omissioni del legislatore contenenti “una scelta politica nuova (...) presentata come inevitabile conseguenza di una direttiva costituzionale”. Se, come si sostiene nel testo, scompare anche la necessità di attuare la Costituzione, perché il parametro si dissolve in concreto, la fonte è autocratica *a fortiori* e in assoluto, perché senza riferimento positivo alcuno; salvo il caso da decidere.

⁷⁸ Sulla tendenza della Corte costituzionale italiana, dopo l'iniziale fase in cui l'ideologia costituzionale (grazie alla “fortuna” offerta dall'ultrattività della legislazione pre-repubblicana di matrice fascista) aveva prodotto una legittimazione rispetto ai valori, a corrispondere a “una richiesta di razionalità rispetto allo scopo”, cfr. per tutti C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 122 ss., 125 per la citazione.

Viceversa, il sapere tecnico-scientifico e le sue evidenze costituiscono un (nuovo) limite, come il diritto giurisprudenziale che ne fa uso, per l'esangue libertà della politica e del legislatore. Scienza e sapienza giurisprudenziale si trovano alleate in una comune lotta per contenere il potere politico in tutte le sue forme. Non stupisce, perciò, che di fronte a un legislatore *in-deciso* o *in-capace* di far fronte alle domande sociali e, all'opposto, innanzi a un giudice *decisionista e tecnicamente dotato*, si riduca ulteriormente la fiducia nei confronti del potere politico-legislativo e del diritto politico e la legittimazione ad essi spettanti nell'ordinamento costituzionale, e, viceversa, aumentino il prestigio sociale e la legittimità della giurisdizione e del diritto giurisprudenziale.

Sul secondo piano, il pangiuridicismo costituzionale *elide il lato politico della Costituzione*. Per spiegare il senso di questa affermazione mi servirò, poco più avanti, di un'indagine empirica proprio per dimostrare che la giurisprudenza, in materia di questioni costituzionali, abbia fatto perdere gran parte della politicità ad esse irrelata, ciò che esigerebbe un diverso modo di affrontarle e risolverle, *più equilibrato*, nei confronti soprattutto degli organi elettivi e degli spazi politici che la Costituzione garantisce proprio per realizzare il suo progetto di società. Invero, ogni decisione sulla Costituzione, specie quelle assunte con gli strumenti del diritto e della giurisdizione, ha conseguenze sul "politico", ovvero sulla sovranità, sull'organizzazione dei poteri, siano quelli della forma di governo, sia quelli che operano nella forma di stato. L'art. 16 della *Déclaration*, che una certa ideologia ha ipostatizzato a fondamento permanente del concetto moderno di Costituzione, non ha mai significato che la garanzia dei diritti potesse travolgere l'organizzazione dei poteri; o, detto meglio, non ha consacrato il primato dei giudici sugli organi elettivi. Anzi, proprio nel contesto francese, come nel precedente inglese del 1689, la garanzia dei diritti *borghesi* trovava proprio nella legge e, cioè, nel potere degli organi rappresentativi della volontà generale lo strumento necessario di realizzazione.

La tesi che voglio sostenere si pone in disaccordo con la diversa opinione, desumibile dalla giurisprudenza costituzionale e diffusa nel pensiero costituzionalistico italiano che ne sorregge gli svolgimenti concreti, che crede di ridurre la complessità e le contraddizioni (sociali, economiche, politiche e giuridiche) della Costituzione in un sistema normativo razionale perfetto, risolvendo quella in questo; sicché l'interpretazione della Costituzione-norma non può che tradursi in un'attività tecnica, scientifica, formale, idonea a tramutare le questioni costituzionali, nelle multiple sfaccettature che le caratterizzano, e nella sostanziale politicità che le pervade, in fenomeni dominabili sempre e comunque mediante le categorie giuridiche, quasi fosse sempre possibile estrarne un'*intrinseca razionalità*, quasi fosse sempre possibile ridurle allo svolgimento di un *ragionamento logico-giuridico*, quasi fosse sempre possibile misurarle attraverso un *calcolo*. La Corte costituzionale, in particolare, non ha né una teoria della Costituzione, né un metodo d'interpretazione. Viceversa, tutte le teorie della Costituzione e dell'interpretazione disponibili sono

utilizzabili di fronte alla necessità del caso. Non si tratta semplicemente di un'apprezzabile apertura culturale o di sincretismo metodologico. La pluralità e il relativismo sono funzionali al pangiuridicismo costituzionale, il mezzo più adeguato per realizzarne l'obiettivo. Detto altrimenti: non sposare una teoria della Costituzione o dell'interpretazione, ovvero accettandole tutte, rappresenta il modo migliore per valorizzare e sfruttare la *tecnica* nel giudizio, per ammantare le decisioni di una patina di oggettività e di neutralità, che conferisce un plusvalore che non ha pari. Si capisce allora perché nella giurisprudenza (di ogni paese) sono diventati decisivi i *criteri* di giudizio più che le dottrine che dovrebbero precederli e orientarli. La proporzionalità, la ragionevolezza, il bilanciamento dominano incontrastati: tecniche in apparenza scarnificate, neutralizzate e obiettive, che proprio per questo in concreto si prestano meglio di teorie e interpretazioni *materiali* a conseguire il fine di ridurre la realtà dei conflitti costituzionali, che sono sostanza politica viva e reale, a processi di calcolo razionale. Non è un caso che la stessa discussione sul metodo nel diritto costituzionale – salvo rapsodici e inconcludenti episodi⁷⁹ – ha perso oggi qualsiasi *appeal*. Anzi, la ricerca sul metodo ha cessato di essere centrale nel momento stesso in cui ha raggiunto il suo apice, con la svolta della Scuola di Vittorio Emanuele Orlando.⁸⁰ A ben riflettere, però, quella rivoluzione culturale solo apparentemente costituiva una lotta per un “metodo giuridico”: il ricorso alle solide e sicure categorie del diritto privato non serviva affatto a cristallizzare in forme giuridiche i rapporti di potere ma, tutto all'opposto, per costruire i capisaldi di un diritto pubblico con l'obiettivo *politico* di fondare e sostenere lo stato unitario italiano.⁸¹ Il metodo giuridico presuppone una teoria da servire; l'assenza di questa rende quello pura tecnica, un mezzo che si fa fine, il servo che diventa padrone come insegna Hegel.

Ritengo, dunque, che i problemi costituzionali – quelli di cui dovrebbe occuparsi il diritto costituzionale – presentano una eccedenza di contenuto rispetto al riduzionismo pangiuridicista che li costringe entro i confini misurabili di questioni legali, normative, formali. I problemi di cui discute la Corte costituzionale sono la punta di un iceberg, che nasconde la sostanza del diritto costituzionale e della Costituzione come forma del politico. Il fatto è che questo nascondimento (e l'abbaglio che induce) non serve affatto a mettere da parte *determinati* problemi costituzionali; perché, se anche così fosse, quella rimozione sarebbe solo un'illusione. La sostanza politica del diritto costituzionale non può essere occultata o addirittura

⁷⁹ Per la posizione del problema, L. Paladin, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in L. Carlassarre (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, Cedam, 1998, 31 ss.; nonché AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1997.

⁸⁰ Per la ripresa della discussione, cfr. ora i contributi nel volume di F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi, (a cura di), *Alla ricerca del metodo in diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020.

⁸¹ Cfr. G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980, 100 ss.; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 2001, 68 ss.

rimossa. Piuttosto, se confinata entro un innaturale letto di Procuste – come l’idea della Costituzione ridotta a un ordine giuridico razionale la cui comprensione e la cui funzione si pretende di misurare in termini di calcolabilità – la sostanza politico-costituzionale troverà comunque una via d’uscita, finirà per svolgersi in altri contesti, magari in forme e in condizioni diverse, deformate rispetto alle traiettorie della Costituzione. Questo è il principale pericolo di una giurisprudenza costituzionale suprematista, che svaluta la natura politica della Costituzione e, quindi, smarrisce il senso del limite irrelato al potere di cui dispone, l’uno e l’altro coessenziali all’esatto significato del concetto di garanzia. Insomma, il lato politico della Costituzione e del diritto costituzionale (che, per estensione, sopravanza lo spazio proprio di una Costituzione) rappresentano non un nemico da vincere ma un valore che la Corte costituzionale, nello svolgimento della sua fondamentale funzione di garanzia, dovrebbe curare.

4. Come la giurisprudenza allarga il giuridico e restringe il politico: casistica e critica

Mi servo a questo punto di alcuni esempi paradigmatici per spiegare, per un verso, la minaccia concreta del pangiuridicismo costituzionale e, per altro verso, la marginalizzazione del lato politico della Costituzione. Quel che conta, in particolare, non sono i singoli aspetti, ma il quadro complessivo.

a) La Corte costituzionale ha messo in discussione la teoria delle *rime obbligate* quale limite al sindacato di costituzionalità di fronte a plurime soluzioni, la cui scelta perciò deve essere lasciata al legislatore.⁸² L’allentamento o il superamento della dottrina, specie in sede di controllo di fattispecie penali, anche apertamente enunciato, ha generato una creatività giurisprudenziale significativa, proprio in corrispondenza di diverse alternative decisorie nessuna delle quali costituzionalmente obbligatoria.⁸³

⁸² Le rime obbligate, com’è noto, sono una formula coniata da V. Crisafulli, *La corte costituzionale ha vent’anni*, *Giur.cost.*, 1976, I, 1694 ss., nonché in N. Occhicupo (a cura di), *La corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, il Mulino, 1978, 84 ss.: “Se di creazione di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà aggiungersi, dunque, che si tratterebbe di una legislazione a rime obbligate. La Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore” (*ivi*, 1707). Sulla giurisprudenza costituzionale che escludeva sentenze additive in materia penale, cfr. M. Branca, *Norme penali di favore: dall’irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*, *Giur.cost.*, 1981, I, 913 ss.; criticamente, ritenendo che per questa via si sarebbero create “zone franche” (escluse per la sindacabilità delle norme penali di favore dalla sent. n. 148/1983), L. Carlassarre, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 27 ss., 56. Per l’esame più aggiornato della dottrina crisafulliana, D. Tega, *La corte nel contesto*, cit., 122 ss.

⁸³ Secondo Corte cost. sent. n. 222/2018 “a consentire l’intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato vulnus ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio – non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» (sentenza n. 236 del 2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di *porre rimedio nell’immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela* degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia. Resta ferma, d’altra parte, la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare,

L'interesse, però, non c'è solo perché dalle rime obbligate si sarebbe passati, per rimanere nella metafora, ai versi sciolti o alle rime libere.⁸⁴ Detto consapevole cambio di passo, segna un'interferenza sulle decisioni di politica criminale e sicurezza che costituiscono un capitolo centrale dello stato di diritto e costituzionale. La politica criminale e di sicurezza pubblica, come qualsiasi *political question*, andrebbe ponderata attentamente prima di renderla *justiceable*, anche perché non è scontato che si risolva in una decisione (sempre o soltanto) misurabile razionalmente, riducibile a una questione legalistica, decifrabile attraverso il criterio di proporzionalità matematica o argomentativa. Una simile pretesa di calcolabilità entra in crisi proprio all'interno del ragionamento del giudice, specie se il presupposto cui partire per svolgere il calcolo è la persona dell'indagato o del condannato; specie se il principio che dovrebbe sorreggere la *proportio* è l'*individualizzazione* della misura penale o punitiva. L'accantonamento delle rime obbligate sposta l'apprezzamento (tutto politico) del disvalore sociale, sotteso alla scelta criminale e sanzionatoria, dal legislatore al giudice costituzionale. Non sembra sufficiente replicare che quella valutazione debba lasciare il posto alla tutela delle posizioni individuali pregiudicate dalla fattispecie sanzionatoria o dispositiva, in vista della tutela di una "zona franca": andrebbe quantomeno svolto un bilanciamento tra esigenze contrapposte e non dato per scontato che i diritti individuali prevalgano sui beni fondamentali individuati di volta in volta dagli organi elettivi. Vezio Crisafulli, nel coniare la sua dottrina, aveva trovato un intelligente punto di equilibrio tra le ragioni della politica e quelle del diritto di fronte alle additive. Le rime obbligate, certo, non sono un criterio di giudizio a contenuto costituzionalmente vincolato, e non rappresentano neppure un parametro così netto o stringente; sono piuttosto un test vago e elastico fin dalla sua stessa configurazione teorica. Ciò nonostante, le rime obbligate sono un utile compromesso tra la legalità costituzionale e la politica del legislatore e degli organi elettivi; e, in concreto, un essenziale strumento di salvaguardia della dialettica tra la previsione legale e il libero convincimento del giudice (di merito). Banalizzarla o rimuoverla *altera* quel duplice punto

nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali. Tutto ciò in vista di una *tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali* incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, *che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato*, come è stato a lungo in passato, *ad una rigida esigenza di "rime obbligate" nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima*". La sent. n. 99/2019 ha spiegato che "Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore. Ciò vale tanto più in un'ipotesi come quella di cui la Corte è ora chiamata a occuparsi, nella quale viene in rilievo l'effettività delle garanzie costituzionali di persone che non solo si trovano in uno stato di privazione della libertà personale, ma sono anche gravemente malate e, dunque, versano in una condizione di duplice vulnerabilità". Per l'inevitabile estensione in ambiti diversi, cfr. sent. n. 48/2021 (sottoscrizioni necessarie alla presentazione delle liste per le elezioni politiche); sent. n. 12/2019 (limiti alla pignorabilità di prestazioni pensionistiche).

⁸⁴ Cfr. rispettivamente D. Tega, *La corte nel contesto*, cit. e A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, cit.

d'equilibrio tra i poteri costituzionali.⁸⁵ Con la conseguenza, ulteriore, di ingenerare una sfiducia, se non un pregiudizio, nei confronti degli organi elettivi, verso la fondamentale funzione di rappresentare e decidere sugli interessi della collettività in ordine al bene primario della sicurezza dei cittadini. Ma – è lecito chiedersi – nello stato costituzionale il fatto di affidare agli organi elettivi il dovere di dire la prima parola sui valori fondamentali equivale a riconoscere che *la maggioranza ha torto in linea di principio*? Regge ancora la regola del bilanciamento come compito primario del legislatore quando la Corte, travolgendo le rime obbligate, ha invertito l'ordine dei poteri?

b) La decisione *Cappato/Dj Fabo* non rileva soltanto perché, in quella vicenda, *il caso si è fatto legge* per mezzo di due precedenti della Corte costituzionale, secondo il modello della giustizia in concreto delineato da Gustavo Zagrebelsky nel “diritto mite”.⁸⁶ Il precedente ha aggiunto un ulteriore tassello nella dialettica dinamica tra Corte e legislatore, promuovendo forme di collaborazione istituzionale inedite. A questa lettura irenica, che certamente va valorizzata, proprio perché tende all'equilibrio tra i poteri, se ne può giustapporre un'altra. La mano tesa offerta dalla Corte al legislatore – con un'anomala ordinanza di rinvio dell'udienza *dopo 11 mesi*, per lasciare il tempo al legislatore di stabilire una disciplina *ad hoc* – è stata un'autentica e paritaria cooperazione tra poteri? L'ordinanza interlocutoria conteneva *integralmente* il contenuto dell'illegittimità costituzionale che, poi, è stata ripetuta, con qualche ritocco, nella sentenza pronunciata allo scadere del termine.⁸⁷ Delimitato il campo in maniera così puntuale nell'ordinanza, quale spazio residuava agli organi elettivi? Era l'unica soluzione l'annullamento additivo, peraltro ancora una volta senza “rime obbligate”, la scelta più invasiva della libertà degli organi elettivi di bilanciare i valori in gioco? Oppure si poteva trovare una più prudente mediazione? E, allora, quale sarebbe nella *species facti* il significato antimaggioritario della pronuncia di illegittimità? Una così forte valorizzazione del caso, della giustizia del concreto, ha come conseguenza quella di distorcere il principio di maggioranza base della democrazia costituzionale. Nella *species facti*, peraltro, non credo che le ragioni della minoranza fossero completamente prive di tutela: c'era sempre la strada offerta dalla legge sul cd. testamento biologico e sul rifiuto di cure (l.n. 219/2017). La verità è che si è legittimata una minoranza della minoranza: quella di chi vuole il diritto alla dolce morte mediante l'aiuto di Stato. Questa vicenda mi ha rafforzato il convincimento che in una democrazia pluralista indecisa e frammentata – descritta in copiosa letteratura

⁸⁵ V. Crisafulli sottolineava l'obiettivo comune (a istituzioni e interpreti) di ricercare “punti d'incontro per realizzare quella collaborazione dialettica tra chi fa le leggi e chi è chiamato a controllarne la costituzionalità, che risponde al disegno tracciato in Costituzione” (*op.ult.cit.*, 1708).

⁸⁶ Per ampi svolgimenti critici, qui non toccati, cfr. A. Morrone, *Il caso e la sua legge. Note sul caso Cappato/Dj Fabo*, in “Famiglia e diritto”, 2020, 244 ss.

⁸⁷ Cfr. Corte cost. ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019. Per R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, cit., 107, “se il nuovo tipo di decisione tendeva ad instaurare un dialogo con il legislatore, dobbiamo prendere atto che la finalità non è stata raggiunta”.

e verificabile in concreto in molte esperienze compresa la nostra – sia sempre possibile spostare più in là il confine delle minoranze prive di *voice*. È chiaro, allora, che il giudice delle leggi potrà sempre giustificarsi facendo appello al principio antimaggioritario, specie se è il caso limite (o minoritario) l'unico riferimento del giudizio. A questo schema di valutazione *non sfugge nessuna legge*, nessuna scelta degli organi elettivi. Una tendenza che portasse avanti il precedente *Cappato/Dj Fabo*, che simula una collaborazione istituzionale che dissimula una *legge-caso* imposta per sentenza, costruita integralmente sulla sagoma di una domanda minoritaria concreta, quale spazio lascia alla legislazione vigente, quale possibilità consente al processo di integrazione politico-costituzionale?⁸⁸

c) Guardiamo alla giurisprudenza sulla decretazione d'urgenza nei suoi progressi. Prima il divieto di reiterazione, poi la proibizione di decreti-legge per i quali ricorra la “evidente mancanza” dei presupposti straordinari di necessità e urgenza e, infine, il limite alla conversione in legge di decreti-legge il cui contenuto non sia coerente con i presupposti giustificativi⁸⁹, hanno rappresentato decisioni importanti e molto celebrate come limite agli abusi di potere. Quella giurisprudenza, tuttavia, presenta anche un altro lato, se si guarda alle conseguenze sul disegno costituzionale delle fonti e sui rapporti tra gli organi elettivi di governo. La sagoma della decretazione d'urgenza, sia pure per esigenze di contenimento di prassi riconosciute come illegittime, ne è uscita *alterata* rispetto all'intenzione dei costituenti, al testo dell'art. 77 Cost., alla *ratio* e al sistema complessivo.⁹⁰ Il rapporto non pare più essere quello, che è scritto in tutti i *Manuali*, tra un atto del governo (potenzialmente) valido ed efficace ancorché subordinato alla conversione in legge con novazione della fonte; ma, piuttosto, quello di un atto affetto da una sorta di “peccato originale” o da un “vizio radicale” soggetto a un *bill of indemnity* da parte del parlamento (secondo la teoria di Carlo Esposito, tornata così di stringente attualità).⁹¹ A parte i progressivi aggiustamenti di una giurisprudenza contraddittoria – passata dall'efficacia sanante della conversione, a quella della forza normativa limitata alla sostanziale alternativa tra convertire o non convertire⁹² – l'aver collegato la

⁸⁸ Il caso non è rimasto isolato: dopo la timida e, tutto sommato, aperta ord. n. 132/2020, la Corte costituzionale ha annunciato, con un ennesimo comunicato stampa ante deposito della decisione, di aver annullato l'ergastolo ostativo ma, al contempo, di aver concesso al legislatore un anno per provvedere. Cfr. https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210415170603.pdf.

⁸⁹ Corte cost. sentt. nn. 360/1996, 171/2007 e 22/2012 (poi confermate in seguito (128/2008, 83/2010, 32/2014), cui vanno aggiunte le aperture al conflitto tra poteri avverso conversioni contenenti disposizioni eterogenee, sentt. nn. 274 e 275/2019).

⁹⁰ Una puntuale analisi delle trasformazioni della decretazione d'urgenza nell'ultimo decennio in C. Domenicali, *Il provvedimento-legge: la decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

⁹¹ C. Esposito, *Decreto-legge*, *Enc.dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1962, 831 ss., ora in Id., *Diritto costituzionale vivente*, cit., 1992, 183 ss., 227 per la cit.; cfr. L. Paladin, *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito: le fonti del diritto*, in AA.VV., *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Milano, Giuffrè, 1993, 41 ss., ora in Id., *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2008, 197 ss. (205 per il commento alla tesi di Esposito).

⁹² Cfr. Corte cost. sentt. nn. 360/1996 (per l'efficacia sanante) e 20/1995 e 171/2007 (che riconoscono un vizio *in procedendo*).

sindacabilità della decretazione d'urgenza e dei suoi abusi ad affermazioni di principio di portata così impegnativa, ha finito per trasformare, con la natura degli atti normativi, anche il rapporto tra il governo e il parlamento. Oltre a censurare una violazione costituzionale determinata nella prassi, l'obiettivo di tale giurisprudenza potrebbe essere quello di costringere a un più razionale svolgimento dei processi di produzione normativa, proprio nel caso di uno strumento che rappresenta ormai la via normale di legislazione. A quale costo però? Il potere e gli spazi di sindacato politico del parlamento sono stati ridotti: il potere di emendamento, che del controllo parlamentare è un corollario, è stato contenuto nei confini delle scelte politiche fatte dal governo con il decreto-legge; la verifica della responsabilità politica si risolve nel negare o meno un'*indemnity*; ciò, per paradosso, rafforza il governo nel disporre dell'oggetto e della disciplina del decreto-legge. Vi è di più: siamo sicuri che questa giurisprudenza ha corrisposto alle attese? Certo: la reiterazione non ha più i caratteri abnormi che aveva prima del 1996. A parte ciò, tuttavia, la prassi dimostra chiaramente che non è venuto meno né l'*abuso* della decretazione d'urgenza né la sostanziale *acquiescenza del parlamento*: l'uno rigenerato dall'*escamotage* governativo di porre una questione di fiducia che evita la reiterazione ma costringe alla conversione; l'altra agevolata dalla possibilità di stabilire comunque emendamenti innovativi, stante la politicità naturale dei presupposti giustificativi che, dilatandone la portata, permette di comprendervi discipline comunque incrementali, considerato, altresì, che il limite ultimo per fare valere l'illegittimità è la verifica di un'irrealistica "evidente mancanza". In definitiva, l'inefficacia di questa giurisprudenza di fronte agli abusi che vorrebbe ricondurre nei confini normativi della Costituzione, si risolve proprio nell'accentuarne le distorsioni in concreto; prassi, quest'ultima, che vede il governo dirigere incontrastato la legislazione, e il parlamento servirsi del processo motorizzato della decretazione d'urgenza per continuare a coltivare comunque i propri microinteressi, abdicando, col supporto della giurisprudenza, a svolgere pienamente la funzione legislativa, di indirizzo e controllo del governo.

d) Una situazione in parte analoga, in parte ancora più problematica per le conseguenze di sistema, si ha considerando le prospettive aperte dalla controversa sent. n. 251/2016 (depositata in coincidenza con un referendum costituzionale sul superamento del bicameralismo⁹³), nel dichiarare l'illegittimità di una legge delega che, intrecciando materialmente competenze regionali, non prevedeva, tra i criteri di esercizio del potere delegato del governo, una previa "intesa" con le regioni. L'esito ha suscitato una serie larghissima

⁹³ La corte costituzionale, nell'imporre l'intesa nel procedimento legislativo (fino a quel momento, infatti, i moduli cooperativi erano stati assicurati solo sul piano dell'amministrazione) e nel rilanciare il ruolo della Conferenza stato regioni come sede *anomala* di colegislazione, ha interferito con il processo di revisione costituzionale che era diretto a fare della seconda camera un senato regionale.

di discussioni⁹⁴ che hanno fatto emergere un *punto cruciale*: se, cioè, ne sia uscito modificato l'art. 76 Cost. (ma il discorso potrebbe essere generalizzato a qualsiasi atto legislativo dello stato)⁹⁵, specie se si seguisse la tesi⁹⁶ secondo cui la Corte avrebbe imposto la determinazione dei contenuti della legge di delegazione (più che dei decreti delegati, specie quelli già adottati, che non vengono travolti da illegittimità derivata, come sarebbe logico stante il rapporto di condizionante a condizionato tra i due atti⁹⁷) mediante un accordo (paritario) tra governo-parlamento e regioni. Non voglio discutere la fondatezza di questa opinione, ma solo evidenziare come il metodo schematico della Corte costituzionale in materia di rapporti tra stato e regioni (per cui: là dove c'è concorrenza di competenze inestricabile, c'è parità) produca incertezze e instabilità nel processo di decisione politica che attarversa tutti gli interessi territoriali. Come sosteneva Temistocle Martines il principio di leale collaborazione richiamato dalla Corte costituzionale a partire dalla metà degli anni Ottanta, aveva la funzione (minima) di rendere meno amara la medicina

⁹⁴ Tra i tanti disparati giudizi: un sindacato sui limiti ulteriori della delega, comunque non in contraddizione con i precedenti (A. Ambrosi, *"Concorrenza di competenze" e intervento delle regioni nel procedimento di formazione del decreto legislativo*, www.forumcostituzionale.it, 28 aprile 2017); la Corte ha portato a "bassa intensità" il conflitto (E. Balboni, *La corte richiede e tutela la leale collaborazione tra Stato e Regioni ... e l'intendenza seguirà*, www.forumcostituzionale.it, 10 gennaio 2017, 1 ss.); l'intesa imposta è debole e quindi è minore la discontinuità della decisione (G. Rivosecchi, *Sulla riorganizzazione della P.A. la leale collaborazione viene "imposta" nella delegazione legislativa (con indicazione dei possibili rimedi)*, www.forumcostituzionale.it, 2 febbraio 2017, 1 ss.); una decisione in linea con la pregressa giurisprudenza (A. Poggi e G. Boggero, *Non si può riformare al p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la corte costituzionale ancora una volta dinanzi a un Titolo V incompiuto*, www.federalismi.it, 25/2016, 1 ss.); lo specchio del confuso e discusso riparto di competenze (C. Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope ... allo specchio*, www.rivistaaic.it, 1/2017); una novità che incide sul procedimento di delegazione e sul rapporto tra delegante e delegato (R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, www.federalismi.it, 3/2017, 1 ss.); ha aggiunto un "limite ulteriore" alla legge di delegazione (G. D'Amico, *Il seguito della sent. n. 251/2016 della Corte costituzionale fra "suggerimenti", "correzioni" e nuove impugnative*, *Giorn.dir.amm.*, 2017, 287 ss.); è, da un lato, problematica la limitazione degli effetti caducatori alla legge delega e non ai decreti e, dall'altro, conferma la collaborazione solo in fase di attuazione come nel caso del decreto delegato (G. Scaccia, *Principio di leale collaborazione e funzione legislativa in una sentenza di incostituzionalità "cautelare"*, *Giur.cost.*, 2016, 226 ss.).

⁹⁵ M. Luciani, *Il principio di "sincerità" nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol.dir.*, 2010, 575 ss., 579, n. 8 ricorda che se pur la Corte costituzionale applica il principio di leale cooperazione nell'ambito delle attività amministrative, nella giurisprudenza vi sono esempi (in materia di leggi provvedimento) che dimostrerebbero che "la sottrazione dell'attività legislativa al principio di leale collaborazione è solo tendenziale e non assoluta" richiamando le sentt. nn. 203/2008 e 341/2009 in materia di sanità. Sul procedere in "crescendo" della giurisprudenza sulla leale collaborazione, cfr. A. Poggi, *Corte costituzionale e principio di "lealtà" nella collaborazione tra Stato e Regioni per l'esercizio delle funzioni*, *Federalismi*, www.federalismi.it, 19/2017, 1 ss.

⁹⁶ Cfr. S. Cassese, *"Così si depotenzia il governo"*, *il Mattino*, 26 novembre 2016. Secondo il redivivo J. Marshall, *La corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di stato?*, *Giorn.dir.amm.*, 2016, 705 ss., la decisione è piena di contraddizioni: l'esito sarebbe l'annullamento della legge delega perché contiene una "lesione futura e incerta" (e, quindi, la questione andava ritenuta inammissibile); l'intesa incide non solo sul momento dell'attuazione della delega ma anche su quello del conferimento; se riguarda solo i decreti delegati, come parrebbe, la negoziazione potrebbe ostacolare l'adozione dell'atto nel termine di legge.

⁹⁷ Cfr., sulla problematica rottura del legame tra i due atti, P. Milazzo, *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, www.osservatoriodellefonti.it, 1/2017, 1 ss.



somministrata dagli usi e gli abusi del limite dell'interesse nazionale da parte di governo e parlamento, trasformato, guarda caso, da limite di merito (politico) a presupposto di legittimità proprio dalla Corte costituzionale.⁹⁸ Dopo la revisione del titolo V, in mancanza di una clausola di supremazia a tutela dei valori della Repubblica, ancor più giustificata in un contesto *quasi-federale*, la Corte costituzionale ha ulteriormente valorizzato la leale collaborazione, anche nella fattispecie dell'intesa paritaria, ben al di là di quanto fosse pensabile, proprio per controbilanciare tutti gli strumenti giuridici che la stessa giurisprudenza ha elaborato e formalizzato per raggiungere i medesimi risultati di una clausola di supremazia a tutela degli interessi unitari e infrazionabili.⁹⁹ È evidente che una cooperazione, specie attraverso strumenti paritari dal punto di vista delle volontà deliberanti (anche se lo Stato può sempre *decidere*), che incidono perciò direttamente sulla predisposizione della legislazione di competenza degli organi elettivi nazionali, altera tanto la forma di governo parlamentare tanto la forma di stato regionale. Banalmente: essa restringe gli spazi della negoziazione politico-istituzionale tra i governi nazionale e regionali imponendo l'aut aut o di un'intesa purchessia o di una paralisi decisionale irrisolvibile se non per via giudiziaria¹⁰⁰; espone il governo nazionale a forme di responsabilità politica che non dipendono dalla sua azione, ma dalla volubile volontà delle regioni che può condizionare i contenuti e la stessa praticabilità di *policies* e della legislazione nazionale; modifica le relazioni ordinamentali, perché sostenere che la posizione costituzionale dello stato e delle regioni sia eguale quando la legislazione statale interseca anche competenze regionali (concorrenti o residuali), squalifica il tono politico-costituzionale dei principi di unità, indivisibilità e decentramento, che assicurano agli organi elettivi dello Stato la responsabilità di rappresentare e di curare gli interessi della Repubblica delle autonomie.¹⁰¹ Un conto sono le questioni concrete, che vanno risolte caso per caso, un conto l'eccesso di principialismo o il pangiuridicismo costituzionale che hanno conseguenze sugli spazi della politica, sul processo di governo nazionale, sull'assetto dei poteri sovrani che spettano allo stato come tutore dell'unità e indivisibilità della Repubblica, e non a enti, come le regioni, cui la stessa Corte costituzionale riconosce una ben diversa posizione di autonomia. Insomma, questa giurisprudenza opera una modifica tacita della Costituzione. almeno finché il sistema parlamentare esclude una rappresentanza regionale diretta, come strumento di partecipazione alla legislazione nazionale delle regioni.

⁹⁸ Sul punto per tutti A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1974.

⁹⁹ Per una sintesi generale, A. Morrone, *Fonti normative*, Bologna, il Mulino, 2018, 173 ss.

¹⁰⁰ Molto opportunamente la stessa Corte costituzionale pare essersi resa conto di questo profilo nella sent. n. 169/2020 che possiamo considerare un'*overruling* della sent. n. 251/2017 almeno nella parte in cui rimette proprio al governo e alle controparti la scelta in concreto degli strumenti migliori per realizzare la leale collaborazione e chiarisce, correttamente, che "l'intesa non pone un obbligo di risultati ma di mezzi".

¹⁰¹ Per considerazioni che vanno in una direzione simile, cfr. C. Caruso, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Corrado_Caruso_-_Cooperare_per_unire_I_raccordi_tra_Stato_e_Regioni.pdf.

e) Nella decisione sul potere di grazia attribuito al Presidente della Repubblica, poggiante su un'interpretazione deformante e indiscutibilmente "ultramanipolativa"¹⁰², che ha riconosciuto una consuetudine prescrivente un esercizio della clemenza per "motivi umanitari", la Corte costituzionale ha determinato uno spostamento di potere. Possiamo anche fingere di trascurare il fatto che, se c'era una consuetudine, questa era proprio opposta a quella riconosciuta dalla Corte costituzionale: l'interpretazione nettamente prevalente ha sempre ritenuto *politico* il contenuto della decisione di grazia e, per questo motivo, affermato senza significative contestazioni la natura duale-paritaria dell'atto di concessione (un compromesso tra politica e garanzia). La sentenza n. 200/2006 ha ridotto semanticamente il presupposto della grazia a motivi umanitari: al di là dell'*irrealità* di una simile ipotesi, per la marginalità di grazie concesse per quei motivi¹⁰³, la Corte ha preteso di oggettivizzare un potere la cui "anormalità" è sempre stato il tratto caratteristico della sua "inestirpabile" politicità¹⁰⁴, intesa in senso largo come ciò che corrisponde agli interessi della comunità politica (che non può non rappresentare chi ha la responsabilità del governo del Paese); né, una simile sostanza politica, può essere squalificandola, nella motivazione, come il succedaneo di un mero interesse di parte (di cui la maggioranza di governo sarebbe portatrice e, perciò, motivo di attribuzione del relativo potere all'istanza neutra del Capo dello stato). La pretesa riduzione degli spazi di decisione politica determina una modifica tacita della Costituzione: accresce (se, addirittura, non si ritiene che abbia stabilito integralmente e *ex novo*) la responsabilità del Capo dello stato¹⁰⁵ che, però, resta politicamente irresponsabile dei propri atti, quasi legittimando il riemergere di una prerogativa propria del sovrano *legibus solutus*; incide, vieppiù, sul modello parlamentare di governo, anche perché non fa venir meno, comunque, in capo al ministro della giustizia, la responsabilità politica della decisione presidenziale, per un atto che, tuttavia, il governo non ha contribuito a determinare, perché deciso esclusivamente dal Capo dello stato, nella sua insindacabile autonomia. Anche in questo caso la risposta della Corte costituzionale a un problema tutto politico è stata una soluzione legalistica che ha esteso i margini della materia costituzionale, ma senza agganci visibili

¹⁰² L. Elia, *La sentenza sul potere di grazia: dal contesto al testo*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, 28 novembre 2007. Parla di fatto normativo M. Ainis, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2007, 330. Per ulteriori svolgimenti, A. Morrone, *Potere e responsabilità nella concessione della grazia*, *il Mulino*, 2006, 5, 894 ss.

¹⁰³ Basta dare uno sguardo alla prassi prima e dopo la decisione che conferma inequivocabilmente la natura politica della sostanza decisoria (il caso eclatante dopo la sent. n. 200/2006 è stata la grazia al colonnello Joseph L. Romano III condannato in via definitiva per il sequestro Abu Omar). Cfr. per una visione d'insieme A. Mega, *Il potere di grazia. Storia e problemi di una questione giurisprudenziale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, e L. Cherchi, *La natura del potere di grazia e gli effetti della sentenza n. 200 del 2006 nella prassi presidenziale*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 20 maggio 2020, 1 ss.

¹⁰⁴ Per le due qualificazioni del testo, cfr. M. Luciani, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, *Corriere giur.*, 2/2007, 190 ss.

¹⁰⁵ Sui riflessi sulla responsabilità e sulla controfirma ministeriale, cfr. T.F. Giupponi, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non) c'è la responsabilità, là c'è il potere...*, www.forumcostituzionale.it, 27 luglio 2007; R. Bin, *Della grazia e di altri atti che vanno controfirmati*, *ivi*.

con la Costituzione¹⁰⁶, e con conseguenze rilevanti sia sul ruolo del Presidente della Repubblica, chiamato ad esprimere una decisione sui motivi umanitari che assume le vesti di un vero e proprio “atto politico” insindacabile, sia sugli organi titolari della funzione di governo, cui spetta comunque rispondere innanzi al Paese degli atti di grazia compiuti dal primo.

f) Un risultato rilevante sulla posizione del Capo dello stato ha avuto altresì la decisione che ha negato, in costanza di carica, la legittimità di intercettazioni telefoniche nei suoi confronti, e la loro connessa inutilizzabilità a fini processuali.¹⁰⁷ Anche qui un’*anomala* vicenda giudiziaria (la cd. “trattativa stato-mafia”), che ha lambito il Quirinale, ha offerto il destro alla Corte costituzionale per una decisione che, nell’affrontare un problema costituzionale enorme, relativo ai rapporti tra la magistratura e il Capo dello Stato, ha ampliato, rispetto ad un’ipotesi non prevista dalla Costituzione (un vero e proprio caso di silenzio), la sfera dell’irresponsabilità presidenziale, estesa dagli atti funzionali (art. 90 Cost.) anche agli atti extra-funzionali (ma tutti?), coerenti con una posizione di garanzia dell’unità nazionale, frutto di una lettura non testuale della Carta.¹⁰⁸

g) Tutto all’opposto, una stretta significativa alla libertà della politica garantita dalla Costituzione alle Camere e ai parlamentari (art. 1.2, 49, 64, 67 e 68 Cost.) si è avuta, specie dopo la riduzione della prerogativa dell’immunità negli anni dell’inchiesta giudiziaria su “Tangentopoli”, per effetto della giurisprudenza sui limiti all’insindacabilità, “vera essenza” dell’indipendenza parlamentare¹⁰⁹. Anche in questo caso, la strategia argomentativa è stata quella di individuare un criterio di misurabilità giudica di un’attività funzionale eminentemente politica. Le applicazioni della “giurisprudenza Sgarbi” sul “nesso funzionale”¹¹⁰, nei suoi contorti e tormentati sviluppi¹¹¹, ha avuto il merito – dal punto di vista dei principi dello stato di diritto e del consenso nell’opinione pubblica – di allargare le maglie del controllo giurisdizionale sull’attività parlamentare, anche in vista di una difficile (se non improbabile) moralizzazione dei comportamenti per via giudiziaria; ma ha conseguito anche il risultato di restringere il contenuto della funzione parlamentare che il costituzionalismo e la Costituzione hanno fondato sul principio di “prerogativa” (ben distinto dalla nozione di un privilegio odioso) e di libertà dell’attività politico-parlamentare nella cura degli interessi del Paese.¹¹² Il nesso funzionale è un concetto vuoto in

¹⁰⁶ Parla con la sua solita sottile ironia critica di interpretazione “letteralistica” L. Elia, *op.cit.*

¹⁰⁷ Corte cost. sent. n. 1/2013.

¹⁰⁸ Cfr. M. Luciani, *La gabbia del Presidente*, *Rivista Aic*, www.rivistaaic.it, 2/2013, 1 ss.; A. Morrone, Il presidente della Repubblica in trasformazione, *cit.*

¹⁰⁹ Cfr. M. Luciani, *Il Parlamento negli anni novanta*, *Storia d’Italia*, Annali 17, Torino, Einaudi, 427.

¹¹⁰ Cfr. le pronunce di passaggio della Corte cost. sentt. nn. 10 e 11/2001.

¹¹¹ Per tutti, T.F. Giupponi, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005.

¹¹² Sul problematico rapporto tra prerogativa e stato di diritto, ad es., P. Ridola, *L’insindacabilità parlamentare tra “nesso funzionale” e “libertà politica” delle assemblee rappresentative*, *Giur.cost.*, 1999, 3663 ss.; M. Dogliani, *Immunità e prerogative*

astratto; in concreto, però, si trasforma in un criterio esigente, come tutti i calcoli, ossia nella puntigliosa ricerca di indici, di prove, di dati che possano dimostrare, come un meccanismo che dovrebbe funzionare ad orologeria, la riconducibilità di parole o di comportamenti del singolo parlamentare a quella che dovrebbe essere la sua “funzione” oggettiva. Ogni produzione di regola, insegnano i legisti, si risolve sempre nel corrispondente modo per violarla. E, allora, la giurisprudenza, vincolata ai suoi precedenti sul canone del nesso funzionale, è costretta a inseguire i rivoli di una prassi che non si riesce a imbrigliare in formule, che si vorrebbe sicure nel metodo e nel risultato, ma che sono teoricamente indeterminate e concretamente molto problematiche. Quel che la realtà dimostra è solo una piccola parte del problema di questa giurisprudenza. Chi è il giudice della prerogativa? Il parlamento, come si è sempre ritenuto in base al testo della Costituzione, oppure la giurisdizione come le tendenze sembrerebbero indicare? E come risolvere i conflitti tra l'uno e l'altra? La Corte costituzionale ha eletto sé stessa – nonostante la legge¹¹³ – come fulcro della giustiziabilità in concreto dei conflitti tra politica e giurisdizione: ma, anziché limitarsi a esercitare il compito di un arbitro imparziale, ha finito per allargare l'area del costituzionalmente necessario a una casistica sempre più variegata, finendo per moltiplicare le controversie che avrebbe il compito di ridurre. Come nei vasi comunicanti, il risultato è un ispessimento della materia costituzionale, degli spazi di intervento del giudice costituzionale, e, parallelamente, una riduzione dell'area della politica. Il risultato non è a somma zero: ne esce condizionata – almeno sul piano dei principi (e non certo su quello della realtà parlamentare che, certo, non eccelle in continenza) – l'attività politico-parlamentare di svolgere pienamente e adeguatamente il suo compito fondamentale di curare l'interesse della Nazione.

h) Sempre sui rapporti politici che interessano il governo e il parlamento e, in particolare, sulla dialettica tra maggioranza e minoranza parlamentare, la giurisprudenza che ha escluso il diritto dei gruppi parlamentari di minoranza di contestare in sede di conflitto di attribuzioni gli abusi di potere della maggioranza politica¹¹⁴ ha dato prova di uno zelo pangiuridico con effetti di modifica costituzionale tacita rilevante. Un altro esempio di scuola, in cui con le parole della Costituzione si compiono scelte di valore

costituzionali, Storia d'Italia, cit., 1109 ss. Della ricerca di un punto di equilibrio tra politica e giurisdizione discorre A. Giorgis, *La legge di attuazione dell'art. 69 Cost.: un'occasione persa dal Parlamento per iniziare ad arginare un uso distorto delle prerogative dei propri membri?*, www.costituzionalismo.it, s.d., 1 ss.

¹¹³ L'art. 3, comma 1, della l. 20 giugno 2003, n. 140, chiarisce che “L'articolo 68, primo comma, della Costituzione si applica in ogni caso per la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altro atto parlamentare, per ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento”.

¹¹⁴ Corte cost. sentt. nn. 17/2019 e 60/2020. Sulla prima ho svolto a fondo rilievi critici in A. Morrone, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, www.federalismi.it, 4/2019, 1 ss. Per una lettura critica, con un resoconto del dibattito in letteratura, E. Malfatti, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti*, cit., 233 ss.

non neutrali. I problemi e gli interessi in gioco sono molteplici: la prassi di governo e parlamento di approvare la legge, nel caso quella di *bilancio*, con voto bloccato di fiducia su un maxiemendamento non esaminato né discusso (non solo con l'opposizione, ma anche con gli stessi parlamentari di maggioranza); un ricorso presentato da un numero di parlamentari come singoli, come gruppo parlamentare, come minoranza; una sentenza che riconosce la legittimazione processuale del singolo parlamentare ma nega quella del gruppo politico; una pronuncia che, nel merito, nega la lesione delle attribuzioni anche del singolo parlamentare respingendo le lagnanze; il convitato di pietra dell'argomento orientato alle conseguenze che sostiene la pronuncia di inammissibilità che, altrimenti, se avesse accolto il ricorso, avrebbe potuto travolgere la legge di bilancio, esponendo il Paese a responsabilità innanzi alle istituzioni europee. La Corte costituzionale non si è limitata a negare un diritto di azione lasciando impregiudicata la questione della garanzia delle minoranze; ha riempito uno spazio che la Costituzione ha voluto aperto, e sul quale non ha detto nulla di esplicito. Negare il diritto della minoranza di opporsi ad una decisione della maggioranza e, in parallelo, riconoscere il diritto del singolo parlamentare di tutelare le proprie attribuzioni, è proprio il contenuto di una decisione positiva *sulla* Costituzione. È un ispessimento della materia costituzionale. È una riduzione degli spazi della politica. È una contrazione della garanzia costituzionale. La Costituzione non ha negato né il primo (il potere del gruppo) né ha ammesso il secondo (il diritto del singolo parlamentare): “potere dello stato”, come si sa, è nozione indeterminata¹¹⁵. Il principio democratico, viceversa, considera legittima la regola della maggioranza finché rispetti i diritti della minoranza. Quest'ultima coincide concettualmente col singolo parlamentare? Una minoranza che si confonde con ogni singolo parlamentare non solo non è un'opposizione costituzionale, è *niente*. Con la forza del normativo, la Corte costituzionale ha finito per incidere (inconsapevolmente?) sulle dinamiche naturali del parlamentarismo italiano. In breve: riceve una spinta il processo di polverizzazione della rappresentanza che nella prassi è già da tempo in corso; ne esce indebolita, anche politicamente, la forza dell'opposizione verso la maggioranza, che perché sono stati di fatto annichiliti gli spazi di accesso della minoranza alla giustizia costituzionale.¹¹⁶

i) La giurisprudenza sui referendum abrogativi, com'è arcinoto, ha progressivamente contratto i margini di uno strumento fondamentale, per l'esercizio di un potere di partecipazione politica riconosciuto dalla Costituzione ad una minoranza.¹¹⁷ Si possono trovare motivi giuridici e politici per giustificare questo

¹¹⁵ Per tutti, P. Veronesi, *I poteri davanti alla corte. Cattivo uso del potere e sindacato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1999 e ora F. Fabbrizi, *La corte costituzionale giudice dell'equilibrio politico*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹¹⁶ Dopo il secondo stop, nel giro di 12 mesi, da parte della Consulta, nessuna opposizione si è più avvalsa di questa strada per contestare fatti ritenuti espressione – e non solo dalle parti della minoranza parlamentare – “dittatura della maggioranza”. Di occasione mancata al riconoscimento dell'opposizione discute A. Manzella, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, Federalismi, www.federalismi.it, 4/2019, 1 ss.

¹¹⁷ Cfr. A. Barbera e A. Morrone, *La repubblica dei referendum*, Bologna, il Mulino, 2003.

progressivo e inarrestabile percorso giurisprudenziale di delimitazione della sua sagoma. La Corte ha sempre dichiarato di seguire una ragione *apparentemente* logico-giuridica, giustificando le proprie decisioni sia per l'esigenza di contenere la forza plebiscitaria insita nel referendum, sia per la parallela necessità di rendere compatibile questa forma di partecipazione popolare diretta con la democrazia rappresentativa.¹¹⁸ In molti casi, si è trattato di una reazione forte ad un uso disinvolto e inflazionistico delle richieste referendarie. Sia come sia, il risultato è stato la contrazione degli spazi della democrazia¹¹⁹; e non solo gli spazi della “democrazia diretta”. Oggi le possibilità concrete di ricorrere all'art. 75 Cost. sono ridotte ai minimi termini, e ciò, non certo per l'abuso delle domande popolari presentate nella storia della Repubblica, o non proprio per riequilibrare il rapporto tra le due componenti (rappresentativa e plebiscitaria) della democrazia moderna, o non soltanto per la concorrenza sleale dell'invito a disertare le urne.¹²⁰ Anche il Custode ha le sue responsabilità nell'usura del referendum: la Corte costituzionale si è inserita direttamente, con obiettivi più o meno consapevoli di pangiuridicismo, nella dialettica tra corpo elettorale e organi elettivi, sterilizzando, oltre ogni ragionevole misura, il potere dei primi di interferire sulle decisioni dei secondi. La domanda è allora questa: quale funzione antimaggioritaria ha esercitato quella giurisprudenza? Quali canali alternativi residuano alle minoranze che, non avendo accesso agli organi elettivi, o ai partiti politici, vogliono contrastare, per via costituzionale, decisioni di maggioranza che ritengono ingiuste? Dove finiscono per scaricarsi le pulsioni plebiscitarie insite nella democrazia politica, se gli strumenti di addomesticamento, come il referendum abrogativo, vengono di fatto atrofizzati? Tutto questo, in particolare, non altera i caratteri della forma di governo parlamentare che i costituenti – a proposito di originalismo – avevano voluto “corretta” proprio mediante la disciplina – a proposito di testualismo – del referendum abrogativo?

l) La tendenza a occupare, con la forza del giuridico, materie politicamente sensibili raggiunge il suo apice nella giurisprudenza sulla legislazione elettorale, proprio per la diretta incidenza di quella disciplina sul sistema dei partiti, sulla forma di governo, sulle scelte della Costituzione.¹²¹ A partire dalla sent. n. 1/2014 il giudice delle leggi ha abbandonato l'atteggiamento più coerente con la Costituzione italiana, per intraprendere – in un *contesto* sociale e politico quasi unanimemente ostile alla legge elettorale proporzionale con premio di maggioranza, senza soglia minima, e diversificato tra le due camere – una

¹¹⁸ Porta agli estremi risultati questa impostazione teorica M. Luciani, *Art. 75. La formazione delle leggi*, T. 1.2, *Il referendum abrogativo*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 2006.

¹¹⁹ Tocqueville, come visto, ci insegna che ciò è conforme alla natura aristocratica e legalistica dei giudici.

¹²⁰ Cfr. A. Morrone, *L'invito a disertare le urne, tra storia, costituzione e regole di correttezza costituzionale*, *Quad.cost.*, 2003, 597 ss.

¹²¹ In questo ambito, come dimostra la comparazione giuridica, le costituzioni lasciano le decisioni sulle formule elettorali integralmente al legislatore di attuazione. L'eccezione spagnola, la cui Carta fondamentale si limita genericamente a enunciare “*critérios de representación proporcional*”, non è veramente tale, perché il testo non ha impedito alla *Ley* n. 5/1985 di optare per una proporzionale con premio di maggioranza occulto.

sorta di attivismo legalitario che, nei suoi contenuti prescrittivi, ritenuti costituzionalmente obbligatori, ha deliberatamente contratto i contorni della democrazia politica. Questa giurisprudenza è nota, e l'ho sottoposta a una critica puntuale in più sedi.¹²² Mi limito soltanto a segnalare che il *silenzio* della Costituzione ovvero lo spazio volutamente lasciato libero dal Costituente in ordine alla legge elettorale¹²³ è stato pregiudicato mediante il criterio di proporzionalità tra voti e seggi e l'interpretazione estensiva dei principi di eguaglianza del voto e di rappresentanza politica.

Il *fil rouge* dell'interpretazione del giudice delle leggi è che l'elezione del parlamento è in funzione della garanzia dell'eguaglianza del voto *anche in uscita*, nel senso che la formula elettorale non deve limitarsi alle pari possibilità di *accesso*, ma assicurare anche una parallela *égalité des chances* di risultato per tutti i partiti politici in competizione; questo assunto è confermato dal valore primario riconosciuto alla rappresentanza politica, che si ritiene non possa essere postergato nel bilanciamento alla governabilità, come nelle formule elettorali distorsive dell'eguaglianza del voto anche in uscita (uninomiale, premio di maggioranza, soglie di sbarramento); la conseguenza è l'uso del criterio di proporzionalità per misurare la corrispondenza tra quei principi e le concrete formule elettorali stabilite dal legislatore. Questo ragionamento è viziato da un pregiudizio positivista e fa velo ad una scelta ideologica determinata. Assume che possa essere misurato ciò che non ha misura¹²⁴; stabilisce l'esistenza di una gerarchia di valori, nel concetto composito di democrazia politica, indimostrato, discutibile, che non trova nella Costituzione nessun appiglio formale e materiale. Che rappresentanza e governabilità siano l'uno un valore fondamentale, l'altra una mera esigenza funzionale è un errore costituzionale e un falso: in tutti gli ordinamenti costituzionali, compreso il nostro, entrambi fungono da strumenti per realizzare gli interessi della comunità politica, sicché una rappresentanza senza funzione di governo sarebbe, tutto all'opposto, un'irrazionale distorsione del principio democratico che esige invero il *rappresentare per governare*.¹²⁵ Questa giurisprudenza è troppo seria per essere liquidata come un incidente di percorso, specie considerando i vincoli che ha prodotto nel dibattito parlamentare sulla riforma elettorale.¹²⁶ Il punto critico, al di là dei

¹²² Corte cost. sentt. nn. 1/2014, 35/2017. Per la posizione dei problemi, cfr. A. Morrone, *Sistema elettorale e ordinamento costituzionale. Profili di teoria generale*, *Lo Stato*, 7/2017, 55 ss.

¹²³ Si decise di non formalizzare nessun criterio, neppure la formula elettorale proporzionale, poi disciplinata per legge (anche se in maniera dissimile alla camera e al senato), proprio per lasciare alla politica e al legislatore la libertà di autodeterminarsi in ragione di diversi contesti storici e di nuovi rapporti di forza e, potremmo aggiungere, proprio per corrispondere pienamente alla decisione positiva per il modello parlamentare *razionalizzato e corretto*.

¹²⁴ La stessa Corte costituzionale ha dovuto rinunciare a fissare il metro della disproporzione costituzionalmente vincolata o necessaria, limitandosi a ragionare solo in astratto, parlando di una discrepanza "non eccessiva".

¹²⁵ Se si vuole, A. Morrone, *Articolo 1*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, II ed., Bologna, il Mulino, 2021, 17 ss

¹²⁶ Molte voci, ovviamente in modo non disinteressato, hanno ritenuto che dopo le decisioni della Consulta gli spazi della politica legislativa si erano irrimediabilmente ridotti sul piano delle formule selezionabili. Cfr. le audizioni parlamentari sulla riforma della legge elettorale dopo l'illegittimità della l.n. 270/2005.

dettagli, è che la Corte costituzionale ha compiuto un'operazione di politica del diritto, trasferendo sul piano prescrittivo un fatto: simula un'idea di democrazia politica corrispondente ad un sistema di competizione pluralistica che la formula elettorale non potrebbe distorcere oltre una certa misura, ledendo altrimenti l'eguaglianza del voto anche in uscita e la rappresentanza; ma, invero, dissimula la protezione del quadro politico-partitico esistente¹²⁷, rispetto al quale la formula elettorale si vorrebbe il più possibile neutrale. In questo modo, la Corte costituzionale desume dalla realtà i criteri della normatività: non è la Costituzione e la legge elettorale che forgiavano i rapporti di forza in vista degli obiettivi di una rappresentanza in funzione del governo della Repubblica, ma è il mutevole contesto politico che impone una formula elettorale corrispondente.¹²⁸ In questo modo, tuttavia, il sistema politico, il tipo di rappresentanza, e la stessa forma di governo parlamentare sono *pietrificati* con argomenti giuridici, dati per assoluti, ma così contingenti, che non possono trovare in una Costituzione di principi ancoraggi sicuri. Nel giuridicizzare, in termini di vincoli così impegnativi, spazi naturalmente riservati alla politica e al legislatore, proprio perché funzionali al migliore governo della Repubblica, la Corte costituzionale ha inoltre inciso sulla dialettica tra legislazione e revisione costituzionale, spostando sul piano alto della seconda, questioni che la Costituzione avrebbe lasciato, più opportunamente, alla fucina in cui opera la prima. Ancora una volta, dunque, la sacralità della Costituzione, la sua necessaria e illimitata normatività, ne esce ottimisticamente esaltata e garantita.

5. Conclusione: la critica al suprematismo giudiziario come metodo di conoscenza integrale della Costituzione

Non c'è nessun meccanismo, nessun metodo neutrale, nessuna ragione obiettiva che possa tenere alla prova della critica. La Corte costituzionale usa la Costituzione, l'interpretazione costituzionale, la tutela dei diritti allo stesso modo dei chierici: dissimulando, sotto la patina di argomenti giuridici, giudizi di valore, scambiando questioni giuridiche per questioni politiche. Ciò è in contraddizione con l'idea che la Costituzione sia (solo) una norma giuridica e che la Corte costituzionale sia (solo) un giudice.

¹²⁷ Quello che, nonostante le diverse leggi elettorali sperimentate dal 1993, si caratterizza ancora oggi come *multipartitismo estremo divisivo e frammentato*. Una conferma, anche delle contraddizioni cui conduce il principio di eguaglianza delle *chances* (nella sua estensione in entrata e in uscita), si trova in Corte cost. sent. n. 48/2021 che giustifica il differente trattamento (ai fini della presentazione delle sottoscrizioni delle liste) tra forze politiche a seconda che siano o meno già rappresentate (la Corte giustifica la selettività del legislatore nel secondo caso).

¹²⁸ Che, guarda caso, si avvicina molto alla proporzionale pura: si dimentica, tuttavia, che Hans Kelsen – il modello richiamato dai difensori della tesi della proporzionale come contenuto necessario della democrazia costituzionale – riteneva la proporzionale preferibile e non una scelta a contenuto costituzionalmente vincolato! Per riferimenti sulla vicenda italiana, cfr. A. Barbera, *Una risposta alla crisi del sistema politico: uninominale a doppio turno ed elezione diretta del Capo dello Stato?*, *Quad. cost.*, 2015, 249 ss.

In questo scritto si è voluto sottolineare che il lato politico della Costituzione, fondamentale per la comprensione del nostro oggetto, è irriducibile al giuridico. Una giurisprudenza suprematista non produce soltanto “nuovo diritto”: il suo risultato è creare una coltre di pangiuridicismo costituzionale che avviluppa i problemi costituzionali con la pretesa di depurarli della loro naturale politicità, limitando i poteri costituzionali, specie quelli degli organi elettivi, al di là di quanto il lato politico della Costituzione pare consentire. Di fronte a questa tendenza, vale la pena di *relativizzare* la giurisprudenza, per riportarla ad una dimensione *minimalista*¹²⁹, che tenga conto dei confini che nel diritto costituzionale e nella stessa Costituzione esistono tra politica e diritto. La pretesa di ridurre la Costituzione ad un meccanismo perfetto, monopolio di una casta che assomiglia ai sacerdoti egizi, equivale a negare la politica e il diritto. I poteri e i precedenti del giudice costituzionale sono solo un passaggio, uno tra i tanti che possono essere compiuti (e non solo dalla Corte costituzionale) nella direzione di risolvere problemi di rango costituzionale. Non è difficile constatare, ad un attento esame, sgombro da pregiudizi, che nessun indirizzo, nel rispondere alla domanda sottesa alla singola vicenda, abbia inciso significativamente sui problemi di fondo. In questo, però, a fallire non è quella giurisprudenza in sé, ma il presupposto che la sorregge, ovvero la concezione totalizzante e assolutista della Costituzione e del diritto costituzionale.

I limiti della giurisprudenza che ho riscontrato stanno nella fallacia dei suoi presupposti teorici: essa si basa su una precaria concezione della Costituzione (solo) come norma giuridica, sull'assunto discutibile che tutto il diritto costituzionale si risolva (solo) in un insieme di situazioni e rapporti misurabili con la certezza scientifica di un metodo giuridico che non esiste, se non per risolversi nella pluralità delle metodiche di volta in volta utili allo scopo; ma anche sul postulato che i diritti godano di un'estensione e di una esigibilità di protezione illimitata a prescindere dal *quid*; sul fatto indimostrato che la Corte costituzionale, come interprete privilegiato della Costituzione e del diritto costituzionale, dei diritti e dei poteri così intesi, goda di una posizione di supremazia non discutibile (e forse neppure suscettibile di critica).

L'estensione giuridica della materia costituzionale, di ciò che può essere compreso e deciso attraverso criteri ritenuti oggettivi e misurabili, non raggiunge sempre lo scopo di imbrigliare la politica e i poteri. Anche la sfera di dominio ad essi sottratta dalla giustizia costituzionale non ha esaurito il territorio della politica e dei poteri. Ciò che è stato tolto ha avuto l'effetto di modificare i rapporti di forza, di incidere sulla forma di governo, e sui rapporti tra *cives* e stato. Come in qualsiasi rapporto di causa e effetto, le *azioni* hanno anche provocato delle *reazioni* corrispondenti, che hanno portato gli attori politici e i poteri

¹²⁹ Riprende i termini di una discussione sul minimalismo dei giudici, molto sviluppata in certi ambienti della letteratura americana, M. Massa, *Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale*, in *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, 524 ss.

a modificare il proprio campo di lotta, a rivendicare altri ambiti di dominio e di conquista. Il programma di addomesticamento sotteso al pangiuridicismo costituzionale non solo non raggiunge il suo scopo, perché ci sono dimensioni del politico che non possono essere incapsulati nelle categorie della razionalità giuridica, ma apre a nuovi sviluppi, a diverse forme di manifestazione del potere, a nuovi conflitti, richiedendo ulteriori e più sofisticate prospettive di conoscenza e di ragionevole addomesticamento.

La critica che ho svolto in queste pagine dovrebbe aiutare la comprensione di che cosa siano una Costituzione, l'interpretazione costituzionale, il fenomeno delle trasformazioni costituzionali. La Costituzione ha un lato politico irriducibile al giuridico e, comunque, altrettanto fondamentale che l'interpretazione costituzionale non può trascurare, per non perdere di vista una parte preponderante del proprio oggetto (il potere e le sue epifanie), se non vuole rinunciare al tentativo di comprendere che lo spazio ridotto della materia costituzionale, dei fondamenti politici e giuridici che integrano la Costituzione, consente ampie possibilità alle modifiche informali o tacite. Proprio per tale ragione si richiede una capacità di analisi adeguata alla natura complessa dell'oggetto della nostra disciplina.

Qual è alla fine il ruolo della Corte costituzionale? La mia non vuole essere una critica distruttiva, come a voler riproporre, oggi, i dubbi o le perplessità, espressi alla Costituente, di Francesco Saverio Nitti e Vittorio Emanuele Orlando ma anche di Palmiro Togliatti e Pietro Nenni, dubbi e perplessità che, in realtà, denunciavano una scarsa capacità di comprensione di un fenomeno nuovo come la giustizia costituzionale. La mia è una critica costruttiva del suprematismo giudiziario. Il giudice costituzionale è un *player* fondamentale per garantire che il lato politico della Costituzione non sovrasti quello giuridico. La critica del suprematismo giudiziario porta allo scoperto una forma di potere politico esercitato dai giudici costituzionali che, come tale, non va né giustificata né assecondata, ma ricondotta entro margini determinati. I problemi costituzionali relativi all'interpretazione e alle trasformazioni informali o tacite non si risolvono sempre in questioni che possono essere dominate con strumenti logico-giuridici. Lo ripeto: c'è un contenuto politico della Costituzione e del diritto costituzionale che sfugge (per limiti istituzionali e per ragioni strettamente giuridiche) alla dogmatica oggettivizzante e che, comunque, va sottratta alle maglie del pangiuridicismo costituzionale, spesso perseguito dalla Corte. L'una e l'altro non vanno ignorati, ma valutati per quello che esattamente sono. La Corte non è né l'unico garante dei diritti né può ridurre la propria attività alla sola custodia dei diritti; è e deve essere anche usbergo dei poteri democratici che operano nella società e nelle istituzioni, tutore degli spazi che la Costituzione lascia aperti al conflitto e alle decisioni politiche. In ogni caso, vi sono luoghi in cui la Corte costituzionale non può arrivare. Il pangiuridicismo costituzionale, nell'ispessire la Costituzione e la materia costituzionale, rischia di occultare gli ambiti, che pur sempre esistono, in cui i poteri, pubblici e privati, agiscono in maniera indisturbata.



Insomma, una critica del suprematismo giudiziario si pone l'obiettivo pratico di fare emergere nella discussione temi che il pangiuridicismo costituzionale vorrebbe occultare: 1) la dignità degli organi elettivi e la latitudine del processo democratico; 2) la limitatezza dei poteri di custodia della Corte costituzionale; 3) l'ampiezza della sfera di dominio dei poteri pubblici (tra cui quello esercitato dalla stessa Corte costituzionale) e dei poteri privati; 4) le prospettive della teoria costituzionale estesa a valorizzare il lato politico della Costituzione; 5) la critica alla realtà politico-istituzionale, che sfugge alla giustizia costituzionale, ma che è parte integrante del diritto costituzionale.