

INTRODUZIONE

«Ulrich ricordava un'esperienza analoga, al tempo del servizio militare; gli uomini dello squadrone cavalcavano a due a due, e si ripete l'esercitazione "trasmettere un ordine", che consiste nel sussurrarsi di orecchio in orecchio un ordine dato a bassa voce; se in testa si comanda "il sergente preceda la colonna", in coda ne viene fuori "otto uomini siano fucilati", o qualcosa di simile. Nello stesso modo si fa la storia».

Sembrerà forse eccessivo, ma se si volesse sintetizzare lo scarto tra ciò che vollero i costituenti quando introdussero la Corte Costituzionale e la posizione che essa attualmente ricopre, alquanto calzante appare la riflessione sulla storia condotta da Ulrich, il protagonista del romanzo di Robert Musil *L'uomo senza qualità*¹: si pensò di istituire un organo che si sarebbe dovuto limitare a rilevare sporadiche e puntuali illegittimità costituzionali commesse dal legislatore, senza avere granché peso nella vita istituzionale e politica del paese, e, invece, si è assistito ad uno straordinario sviluppo, che ha posto la Consulta in un ruolo assolutamente rilevante sotto il profilo sia teorico che pratico.

Questo lavoro nasce, in primo luogo, dall'esigenza di spiegare questo paradosso e avanza l'ipotesi secondo cui le sue origini siano essenzialmente storiche. Più precisamente, quello straordinario sviluppo non è derivato da una chiara consapevolezza teorica dei costituenti, i quali seppero antivedere quello che sarebbe stato il ruolo della giustizia costituzionale nelle democrazie del dopoguerra: tutt'al contrario, nel 1947, quando si attese agli artt. 134 e ss. Cost. piuttosto contenuta fu l'attenzione rivolta al giudizio sulle leggi e pochi avrebbero pronosticato un destino così fulgido. Ebbene, le ragioni di questa fortuna – è questa la tesi – stanno nella carenza, da parte dei costituenti, di una teoria capace di mettere in forma quello che è il 'filo rosso' che tiene avvinta l' 'anima' storica e quella teorica di questa ricerca ovvero la 'politicalità' insita nel

¹ R. MUSIL, *L'uomo senza qualità* (1930-42), Torino, Einaudi 1996-97, p. 408.

giudizio di costituzionalità delle leggi. È proprio questa lacuna ad aver dischiuso uno spazio di sicura rilevanza costituzionale, all'interno della quale la Corte ha (quasi) indisturbatamente costruito il proprio successo – una lacuna che, come vedremo tra un istante, costituisce l'oggetto specifico della parte più squisitamente teorica di questo lavoro.

Ed infatti (capitolo 1), per i costituenti il controllo di costituzionalità delle leggi fu imposto da semplici esigenze, per così dire, 'pratiche' ovvero derivanti dal contesto politico-istituzionale del momento. Una prima ragione della sua istituzione senza dubbio derivava dall'intenzione di introdurre il regionalismo: di qui la necessità di metter su un organo che risolvesse le controversie fra Regioni e Stato centrale (capitolo 3). I costituenti, però, erano consapevoli che l'obiettivo più importante da perseguire era una garanzia contro gli abusi del legislativo, soprattutto a causa del recente passato autoritario: di qui l'idea decisamente incontrastata di prevedere una carta costituzionale non modificabile da parte delle maggioranze politiche al momento vincenti e di organizzare una qualche forma di garanzia a presidio di questa 'rigidità'. Tuttavia, nel momento in cui essi passarono al piano teorico ovvero nel momento in cui ebbero bisogno di dar forma a questa garanzia il discorso si fa ambivalente, emergono interpretazioni diametralmente opposte a partire dai medesimi concetti, non si riesce a definire con certezza che natura debba avere il giudizio sulle leggi e quale debba essere il suo scopo al di là del suo generico ruolo di garanzia ...

È per far luce su questa indeterminatezza che si è ritenuto opportuno soffermarsi su quei classici della teoria della giustizia costituzionale che sono Carl Schmitt e Hans Kelsen (capitoli 2 e 4). In apparenza si sarebbe indotti a pensare che l'incursione nel dibattito weimariano sul custode della costituzione sia dettata dal peso che esso ha avuto in Costituente, ma in realtà non è così: è vero che il dibattito era recente, ma dopo il conflitto mondiale il contesto politico e costituzionale era radicalmente cambiato; a ciò si aggiunga che buona parte di quel dibattito è incentrata su un tipo di garanzia della costituzione che – come si vedrà – non era quella che i costituenti ritenevano dovesse essere attribuita ad un tribunale costituzionale; ma soprattutto la sua ininfluenza sui lavori della Costituente è dimostrabile quasi *per tabulas*, non essendovi alcun rinvio esplicito ad esso come ai suoi protagonisti. L'interesse ad occuparsi di Schmitt e Kelsen sulla giustizia costituzionale non è, allora, esclusivamente storico, ma storico e teorico al tempo stesso: non si è inteso fornire un'ennesima ricostruzione di quel dibattito nella temperie politica e costituzionale che ne stimolò lo sviluppo; né, poi, si è voluto

andare a caccia negli atti della Costituente della proposta avanzata dall'uno e dall'altro; l'obbiettivo, invece, è stato, per così dire, quello di andare dalla teoria alla storia, cercando di ricavare per il tramite di Schmitt e Kelsen lo strumentario concettuale che i costituenti avevano a disposizione per costruire il sindacato di costituzionalità – e che, come si vedrà, rappresenta ancor oggi una più o meno esplicita 'cassetta degli attrezzi' per la teoria contemporanea della giustizia costituzionale.

Orbene, questo strumentario offriva essenzialmente due modi – due 'logiche' – per strutturare il controllo di costituzionalità della legge.

Una prima 'logica' era quella più intuitiva ed è stata definita 'sostanzialmente giurisdizionale'. Si trattava di tener fede al concetto di giurisdizione moderna quale funzione essenzialmente 'giuridica' e non 'politica', caratterizzata dalla natura tendenzialmente vincolata della decisione giudiziaria e dalla controllabilità razionale del procedimento che porta ad essa. In una 'logica' del genere il controllo di costituzionalità può essere affidato a qualsiasi giudice, ma pretende che il parametro di giudizio – la costituzione – sia fraseggiato in termini linguisticamente chiari e precisi, in modo da impedire l'esercizio di discrezionalità e da individuare con precisione i limiti che il legislatore non deve varcare.

L'altra 'logica' – che convenzionalmente si è deciso di chiamare 'kelseniana' – si pone agli estremi antipodi. Essa pretende che il giudizio sulle leggi sia, invece, 'politico' ovvero eserciti discrezionalità, perché, se vuole essere minimamente incisivo, deve avere la possibilità di rivedere il modo con cui il legislatore ha interpretato la costituzione. Secondo tale 'logica' è più opportuno che il controllo sulle leggi sia attribuito ad un organo *ad hoc*, munito di una opportuna legittimazione atta a giustificare e, entro una certa qual misura, a condizionare la discrezionalità che esercita; tale organo può essere anche definito giurisdizionale, ma di una 'giurisdizionalità' formale, esteriore, vista più come strumento tattico per limitare una funzione che sostanzialmente non è dissimile da quella legislativa; proprio per questo la natura 'precettiva' del parametro di giudizio non è in sé necessaria, ma – sempre in linea con un uso strumentale della 'forma giudiziaria' – è consigliabile quale mezzo per limitare la discrezionalità del controllo.

Per la verità i costituenti erano perfettamente a conoscenza che, al di là di queste due 'logiche', v'era un modello cui si sarebbero potuti ispirare: una sorta di variante della 'logica sostanzialmente giudiziaria' che condivide, però, della 'logica kelseniana' l'attitudine ad incidere 'politicalmente' sull'operato delle altre funzioni statali. Si tratta del *judicial review of legislation* statunitense, che alla controllabilità razionale della

decisione giudiziaria unisce, per il tramite del principio dello *stare decisis*, la capacità di agire quale attore politico-costituzionale pienamente pariordinato agli altri poteri federali, in quanto posto – con linguaggio politologico – come una delle legittime arene, accanto a e in concorrenza con il legislativo e l'esecutivo, volta ad intercettare la domanda politica proveniente dalla società – e per questo motivo munito di una legittimazione politico-costituzionale sconosciuta alle magistrature continentali.

Tuttavia, se c'è un'idea che i costituenti avevano ben chiara era proprio quella di evitare un approdo del genere. Come dimostrano i progetti presentati nella Commissione per la Costituzione e il dibattito che ne seguì (capitoli 5 e 6), era impensabile che il futuro giudice delle leggi, sol perché munito dello straordinario potere di controllare l'atto pubblico massimamente espressivo della volontà democratica, potesse sindacare la discrezionalità che la Costituzione, soprattutto nelle sue norme 'programmatiche', lasciava al legislatore. In tal modo, infatti, si sarebbe infranto un principio – la sovranità ovvero l'unità politica – cui nessun rappresentante in un tutto l'arco della Costituente era disposto a rinunciare e che tutti riconoscevano solo al parlamento, in quanto organo autenticamente rappresentativo del popolo – soprattutto attraverso quella fondamentale mediazione che erano i partiti politici.

Di qui a qualificare la garanzia della Costituzione in termini giurisdizionali il passo fu, pertanto, breve, ma non fino al punto da attribuirlo ai giudici comuni (capitolo 8). Anche in tal caso in maniera piuttosto vaga era diffusa la percezione per la quale la funzione di controllo del legislatore, se non doveva scavalcare il suo primato sui poteri pubblici, possedeva, però, una carica politica che mal si addiceva alla giurisdizione comune e che avrebbe finito per stravolgerla.

Si comprende, allora, perché per i costituenti la giustizia costituzionale richiedesse un «ragionamento abbastanza semplice»² e la via maestra per poterlo praticare consisteva nel riadattare, con opportuni accorgimenti, un modello di giurisdizione di diritto pubblico – la giustizia amministrativa – che, in passato, aveva posto problemi teorici analoghi, ma che furono risolti senza per questo tradire il concetto sostanziale di giurisdizione e senza fare del Consiglio di Stato (nelle sue sezioni giurisdizionali) una istituzione di co-gestione della funzione amministrativa (capitolo 10).

Fu questa la soluzione prescelta dai costituenti al problema della po-

² L'affermazione è di Meuccio Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione.

liticità del giudizio sulle leggi, ma si trattava di una soluzione apparente (capitoli 11 e 12). Si pensò di metter su un organo dai contorni apparentemente nitidi, ma all'atto pratico essi risultavano piuttosto evanescenti: la terminologia del testo costituzionale induceva ad equipararlo ad un giudice, ma aveva un potere inibito a qualsiasi giurisdizione ovvero annullare una legge, per di più in posizione tendenzialmente indipendente e, quindi, poco controllabile; era del tutto escluso che potesse partecipare al circuito di produzione dell'indirizzo politico – saldamente presidiato dai partiti seduti in parlamento –, ma, in virtù di quella prerogativa, finiva quasi involontariamente per occuparsi di 'politica' e per giunta con modalità del tutto diverse ed ignote al passato; il suo impatto sarebbe dovuto essere limitato a quei pochi casi in cui la dialettica parlamentare avesse apertamente violato il dettato costituzionale, ma fu notato che non v'era alcuna certezza normativa in tal senso e che di fatto lo spazio potenzialmente a sua disposizione era molto meno angusto di quanto la maggioranza dei costituenti fosse disposta a ritenere, dovendosi affidare ad un legislatore costituzionalmente virtuoso – una fiducia che la storia politica e costituzionale si incaricherà di smentire ben presto...

È in tal senso che questa ricerca discorre di una carenza, nei costituenti, di una teoria della giustizia costituzionale. Nell'istituire la Corte Costituzionale essi sembrano, più che proiettati verso il futuro del costituzionalismo del secondo dopoguerra, rivolti al passato, nel tentativo – col senno di poi, ovviamente votato al fallimento – di costruire un giudizio sulle leggi con una tradizione giusteorica che aveva permesso il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi, ma che relativamente alle leggi aveva pervicacemente – e anche coerentemente – negato qualsiasi forma di controllo sulla loro validità materiale.

Questa carenza ha rappresentato lo stimolo per accresce il 'tasso' teorico del presente lavoro, cercando in alcuni esponenti – per ovvie ragioni di contesto, 'continentali' – della teoria giuridica contemporanea (Luigi Ferrajoli; Jürgen Habermas; Robert Alexy; Carlos Santiago Nino; Gustavo Zagrebelsky) una qualche possibile risposta al problema della politicità della giustizia costituzionale.

Ora, se c'è un macroscopico scarto che divide la cultura giuridica dei costituenti rispetto a questi autori è, oltre ovviamente alla rinuncia al principio di sovranità, l'approccio nei confronti di una delle principali fonti di questa politicità ovvero le norme cd. programmatiche. Al contrario dei primi, quest'ultimi non guardano ad esse con sospetto: in genere, sono considerate come contrassegni distintivi e, pertanto, irrinun-

ciabili del costituzionalismo contemporaneo, perché rappresentano un avanzamento nella considerazione giuridica della personalità umana. In particolare, se in passato queste norme erano reputate come foriere di una discrezionalità non esercitabile da parte dei giudici, oggi invece lo sforzo di un po' tutta la teoria giuridica contemporanea sta proprio in un'opera di razionalizzazione delle stesse allo scopo di renderle fruibili in sede di ragionamento giudiziario. Non stupisce, pertanto, che, allorché si tratta di fornire una collocazione giuridico-costituzionale al giudice delle leggi, gli autori qui presi in considerazione optino, fra le due 'logiche' di cui sopra, decisamente per quella 'sostanzialmente giudiziaria', con una particolare cura nell'evitare di sfociare nell'altra 'logica', che viene vista come un'indebita compressione della competenza legislativa e come lo snaturamento di una istituzione che ha la sua ragion d'essere proprio nella limitazione del potere politico a fini di garanzia.

Eppure, come si vedrà, è uno sforzo non privo di incongruenze. E lo dimostra propria la 'logica sostanzialmente giurisdizionale': quanto più essa è asserita, tanto più fa fatica a conciliarsi con una concezione dell'interpretazione costituzionale che o, a causa della suo afflato razionalizzante, finisce con l'essere piuttosto invasiva nei confronti del legislatore, o che pare difficile distinguere dall'interpretazione dei giudici comuni solo per il *quantum* di discrezionalità espressa, dimenticando quell'aspetto autoritativo-volontaristico che pure caratterizza la giurisprudenza costituzionale – non foss'altro che per quella natura 'speciale' di questa giurisdizione in cui i costituenti vedevano un importante riflesso della sua politicità. Non è un caso, allora, che vi sia chi sostiene che la migliore garanzia della natura giurisdizionale della giustizia costituzionale sta in un'indicazione che era già emersa in Costituente – ma che era risultata perdente – ovvero la precettività del parametro di giudizio; altri, invece, pur facendo delle norme programmatiche la breccia per una complessiva rivisitazione del ragionamento giudiziario, mettono in guardia dal loro uso disinvolto e a-problematico in sede di giudizio sulle leggi; e anche da parte dei più convinti sostenitori di un'estesa razionalizzazione dell'interpretazione costituzionale ci si chiede, poi, se gli organi che la praticano non debbano essere muniti di una legittimazione politico-istituzionale più robusta di quella spettante ad un giudice comune, ammettendo più o meno esplicitamente che la distinzione fra sindacato accentrato e sindacato diffuso non ha un rilievo puramente tecnico.

Insomma, a conti fatti residua la sensazione che quel debito teorico lasciato dai costituenti non abbia ancora trovato qualcuno disposto ad

accettarlo e si ha persino l'impressione che per certi aspetti la cultura giusteoria prevalente in quella sede, per quanto *d'antan*, anzi forse proprio per questo, mostri una maggiore sensibilità al problema della politicità del giudizio sulle leggi.

In ciò non può non ravvisarsi la difficoltà, propria di una certa teoria giuridica contemporanea, a mettere a tema il 'politico' soprattutto in riferimento alla giustizia costituzionale (e, più in generale, ad istituzioni che si dicono giudiziarie). In tale ambito il 'politico' sovente è oggetto di una sorta di demonizzazione, al cui 'esorcismo' dovrebbe provvedere una giurisprudenza costituzionale vista quale deposito di *ratio* giuridica e tendenzialmente aliena da valutazioni discrezionali. Il rischio che si corre, però, non solo è quello di contribuire, sebbene involontariamente, al clima di generale svalutazione della funzione legislativa e, più in generale, del sistema politico, ma anche quello di non avvedersi che, se il giudizio sulle leggi è in grado di contare, lo si deve anche perché esprime una certa dose di *voluntas*. Ed invero, l'idea di un'integrale giuridificazione della politica può condurre a dimenticare che la giurisprudenza costituzionale, sotto il profilo teoretico, non è solamente il prodotto di 'come' e di 'che cosa' si interpreta, ma anche di 'chi' interpreta, e anzi la medesima idea può giungere persino a produrre, per il tramite della connessione fra diritto e morale, l'effetto diametralmente opposto ovvero una politicizzazione tale del diritto da sovraesporre il ruolo del giudice costituzionale, facendogli perdere punti in termini di imparzialità e terzietà.

Forse, allora, sono trascorsi i tempi in cui quella «cenerentola»³ che era la Corte Costituzionale non dovesse far altro che rimanere nell'ombra; forse i tempi si son fatti maturi perché essa possa finalmente 'andare al ballo', ma le occorre un 'vestito'. Fuor di metafora, questo lavoro vuole rappresentare un primo passo in direzione di una forma teorica adeguata al tipo di decisionalità che il giudizio sulle leggi esprime: lo scopo non sarebbe solo quello di evitare di vedere nella giurisprudenza costituzionale alternativamente o la migliore interpretazione giuridicomorale della costituzione o una manifestazione di *juristocracy*, ma soprattutto quello di mettere più chiaramente in forma una istituzione che, oltre ad aver cambiato se stessa rispetto all'immagine datane dai costituenti, sta cambiando la faccia di tutta la giurisdizione.

³ Così il costituente Costantino Mortati definì il ruolo della giustizia costituzionale nell'arco dei lavori della Costituente.

Questo lavoro nasce da un interesse di ricerca risalente nel tempo e in tanto è giunto alla luce, in quanto v'è stato e v'è chi ci ha creduto. Per questo sarò sempre riconoscente verso Alfonso Catania – per la fiducia mostratami in tempi ormai trascorsi – e verso Laura Bazzicalupo – che è sempre stata e continua ad essere tuttora importante nei momenti che contano.

Desidero ringraziare, poi, specialmente Nello Preterossi. I motivi sono tanti, ma due più di ogni altro: la sua inestinguibile passione per la ricerca e l'amicizia di cui mi fa dono.

Infine, un ringraziamento ad Anna, Antonio, Francesco, Sandro, Stefano, Valeria, anche Alfredo (nonostante i suoi impegni) e a tutti gli amici e collaboratori del Laboratorio "Hans Kelsen": perché la ricerca, anche se individuale, è sempre in fin dei conti un lavoro di gruppo; e perché un ambiente sereno di studio e lavoro è ormai merce rara nell'università attuale.

Con questo lavoro ho contratto un debito di tempo e di svago con Francesca, Luca ed Andrea: mai debitore è stato così felice di onorarlo.

CAPITOLO 1

SGUARDO GENERALE SUI LAVORI PREPARATORI DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE SULLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Che l'attenzione dedicata alla giustizia costituzionale dai costituenti sia stata tutto sommato marginale se posta a confronto con la rilevanza che essa attualmente ha per la storia istituzionale e per la teoresi giuridica, è un dato difficilmente confutabile¹.

Innanzitutto, del progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione per la Costituzione – meglio nota come ‘Commissione dei 75’ – la parte relativa alla Corte Costituzionale fu trattata in sette brevi sedute dalla II Sottocommissione, 2^a sezione, dal 13 al 24 gennaio 1947; successivamente, ci si soffermò *passim* in Aula in sede di discussione generale, per affrontare l'esame articolo per articolo dal 28 novembre fino alla seduta antimeridiana del 3 dicembre 1947². Se si escludono sparute sedute nel corso delle quali ci si occupò di Corte Costituzionale incidentalmente e mai organicamente, il tema non ebbe la centralità che, inve-

¹ Nella fase pre-costituente l'istituzione di un tribunale costituzionale fu oggetto di dibattito in un po' tutte le forze politiche che di lì a poco si sarebbero sedute in Costituente, le quali – ad eccezione della sinistra comunista – espressero il bisogno di un organo di garanzia costituzionale. Si trattava, tuttavia, di un dibattito caratterizzato da un forte tasso di indeterminazione e da una visione, appunto, ‘mitica’ delle capacità di un controllo di costituzionalità, giacché, salvo sparute eccezioni, non si andava oltre un generico *favor* per la garanzia costituzionale (cfr., oltre a G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte Costituzionale*, Edizioni di Comunità, Milano 1981, tutto il cap. II, M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848 – 1956)*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 92 a 98).

² Una valida guida informativa ai lavori della Costituente è rappresentata da CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE, *L'Assemblea Costituente (2 giugno 1946-31 gennaio 1948). La legislazione italiana dal 25 luglio 1943 al 18 giugno 1948*, Roma 1949.

ce, caratterizzò ben altri argomenti³: la sua trattazione assorbì solo una minima parte della durata del mandato costituente ed una delle conseguenze di siffatto atteggiamento fu che alla promulgazione della Carta costituzionale il dettato normativo era insufficiente e dovette essere completato dalla l. cost. 1/48, il cui disegno di legge fu approvato dalla Costituente stessa «*in articulo mortis*»⁴.

Alla brevità del tempo dedicatovi si aggiunga che l'*iter* dei lavori fu anche piuttosto travagliato. L'inizio fu, sì, regolare, ma nel prosieguo dell'esame svariati furono i tentativi di 'sabotare' l'istituzione della Corte e non sempre coerenti furono le modifiche apportate all'articolato normativo che mano a mano emergeva. Carezza di un organico disegno teorico; mancanza di un passato istituzionale; limitata conoscenza delle analoghe esperienze straniere: furono questi i principali fattori che pesarono nell'economia dei lavori, al punto tale che si entrò in Costituente

³ Lo rilevava con rammarico, nella seduta del 28 novembre 1947, l'on. Paolo Rossi, rappresentante della Commissione dei 75, il quale, al rinnovarsi dei tentativi di sopprimere la Corte Costituzionale, replicò: «È ovvio che di fronte alle proposte di soppressione dell'intera prima Sezione, così autorevolmente introdotte dagli onorevoli Nitti e Bertone, la Commissione si debba preoccupare innanzi tutto del problema pregiudiziale, ma non senza esprimere, con tolleranza dell'Assemblea, un sentimento di profonda melanconia. Siamo al secondo anno di vita dell'Assemblea Costituente, che doveva durare otto mesi; abbiamo tenuto un centinaio di sedute della Commissione dei Settanta-cinque; siamo alla 311^a delle nostre sedute pubbliche, e non siamo ancora riusciti a metterci d'accordo, con sicurezza, sopra uno dei pilastri dell'intera struttura costituzionale, anzi sopra la cerniera del sistema che siamo venuti fin qui faticosamente elaborando! Le norme relative alle garanzie costituzionali sono bensì, topograficamente, le ultime della Carta statutaria, ma sono in realtà la premessa e l'esigenza fondamentale su cui poggia l'intero edificio». L'intervento è tratto da CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, 8 voll., Roma 1971, vol. V, p. 4226.

Tale opera ha provveduto alla ristampa di ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Discussioni e Documenti-Relazioni e disegni di legge*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, pubblicati nell'immediatezza dei lavori. Tale riedizione non è, tuttavia, integrale, in quanto sono stati esclusi i resoconti di quelle sedute che non ebbero attinenza con il testo della Costituzione repubblicana, tra cui i lavori preparatori della l. cost. 1/48. Per tale ragione e in via del tutto convenzionale, d'ora in poi la ristampa sarà citata con l'abbreviazione AC.1971, mentre i resoconti originari saranno citati con l'abbreviazione AC.1948.

⁴ Sono le parole di Piero Calamandrei – una figura estremamente importante nella presente ricerca – in quello che può essere considerato il suo atto di accusa alla maggioranza di governo per il ritardo nell'approvazione delle leggi istitutive della Corte Costituzionale: *L'ostruzionismo di maggioranza* (1953), in ID., *Opere politiche e letterarie. Scritti e discorsi politici. I. Storia di dodici anni*, vol. 1, La Nuova Italia, Firenze 1966, p. 560.

con talune idee sulla giustizia costituzionale e ci si ritrovò con un risultato che fu alquanto divergente dalle premesse dalle quali si era partiti. Non che mancassero personaggi consapevoli di ciò che si stesse facendo, ma il dibattito in Costituente sulla giustizia costituzionale ebbe un andamento oscillante e contraddittorio e, ad uno sguardo complessivo, appare come un tessuto la cui trama è intrecciata in maniera piuttosto disordinata e, soprattutto, non riesce a chiudersi in maniera acconcia: del resto, fu anche per questa ragione che, nonostante il problema delle garanzie costituzionali fosse avvertito in media come piuttosto semplice da disbrigare, non si riuscì a licenziare un testo completo ed autosufficiente, al punto che si rese necessaria l'integrazione con la l. cost. 1/48.

Tale *incipit* sembrerebbe una sorta di invito a sottovalutare gli atti della Costituente sulla Corte Costituzionale, per preferire altre fonti attraverso le quali capire come e perché si giunse ad istituire un organo di controllo della legislazione. E, invece, chi oggi volesse approcciare, sia in chiave storica che in chiave teorica, la giustizia costituzionale italiana non potrebbe non esordire dai lavori preparatori e non tanto per un'esigenza di ordine meramente cronologico, ma soprattutto per la radicalità del taglio conferito alla discussione e per l'abbondanza delle problematiche ivi emerse, che a tutt'oggi – anche nelle sue carenze – proiettano la propria 'ombra' sull'attività della Corte Costituzionale. Trattasi, infatti, di un passaggio obbligato: forse si potrà rimanere delusi a seconda dei punti di vista dai quali esso possa essere studiato (si pensi – per fare un esempio – alla comparazione tra tale dibattito e l'accesa polemica sul 'custode della costituzione' durante gli anni di Weimar tra Carl Schmitt e Hans Kelsen), ma occorre precisare che nella storia repubblicana mai più si è avuto modo di discorrere di giustizia costituzionale in una sede istituzionale (ed anche – ed è bene ricordarlo – competente a decidere) in maniera così esaustiva come nel corso dei lavori preparatori alla Costituzione⁵. A ciò si aggiunga che la normativa costituzionale ed ordinaria sulla Corte è stata nel corso della Repubblica forse la più stabile rispetto alla disciplina positiva di altri organi costituzionali e le sue modifiche non hanno mai inciso sull'impianto fondamentale del sindacato di costituzionalità, il quale è mutato soprattutto per opera della graduale

⁵ Le uniche eccezioni che potrebbero essere annoverate al riguardo sono rappresentate dai vari tentativi che nel corso della storia costituzionale repubblicana sono stati esperiti per modificare la Parte II della Costituzione (Commissione Bozzi, Commissione De Mita e – da ultimo – Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, meglio nota come 'Bicamerale'); ma, come noto, nessuno di siffatti tentativi ha riscosso successo.

interpretazione che la Corte stessa ha dato a tale disciplina e, ovviamente, in virtù del variabile contesto socio-politico in seno al quale essa si è trovata ad operare⁶.

Che poi si debba transitare per la Costituente per comprendere come sia venuta ad esistenza la Corte Costituzionale e cosa oggi sia, lo si evince dalla originalità che essa manifestò nel disegnare il sindacato di legittimità costituzionale⁷.

Per l'autonomia culturale con la quale i costituenti giunsero alle proprie decisioni è stato detto che la Costituzione repubblicana fu un «prodotto autogeno»⁸: ebbene, tale giudizio appare ancora più calzante se riferito alla cultura giuridica che ha influito sulle scelte relative alla

⁶ Le fonti normative sulla giustizia costituzionale sono rappresentate, al livello costituzionale, dagli artt. 134 a 137 Cost. e dalle l. cost. 1/48, 2/67 e 1/89; al livello ordinario, dalle l. 87/53 e 20/62. Se si eccettuano le norme integrative a tale disciplina dettate dalla Corte Costituzionale stessa, la disciplina della giustizia costituzionale è espressa sostanzialmente dalle norme contenute nella Costituzione, dalla l. cost. 1/48 e dalla l. 87/53: le leggi successive, sia costituzionali che ordinarie, hanno modificato aspetti non particolarmente significativi di tale disciplina oppure si sono risolte in una sanzione legale a problemi di funzionamento concreto della Corte che avevano già trovato soluzione in sede politica. Uno sguardo d'insieme sul modo con il quale la Corte ha inciso sulla regolamentazione dei propri poteri (ad es., tecniche processuali di decisione o tipologie di giudizio sostanziale) è fornito da E. CHELI, *Il giudizio sulle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna 1999.

⁷ Sulla genesi della Corte Costituzionale è assolutamente imprescindibile, oltre il già citato saggio del D'Orazio, il lavoro di C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano 1979. A tali testi possono aggiungersi M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia*, cit., p. 109 e ss.; P. PASQUINO, *L'origine du contrôle de constitutionnalité en Italie. Les débats de l'Assemblée constituante*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2006, p. 1 e ss.; *Tra storia, giustizia e costituzione. I 50 anni della Corte Costituzionale*, numero monografico della rivista "Giornale di storia costituzionale", 1/2006 (con interventi di L. Lacché, P. Grossi, G. Vassalli, M. Ferri, U. De Siervo, A. Pace, M. Luciani, F. Mazzarella, B. Barbisan, S. Lagi, S. Baume, A. Sperti, D. Schefold, M.Á. Presno Linera, A. Torre, T.M. Al-Gibeli, A. Simoncini, P. Pasquino, C. Pinelli, G. Salerno); C. COLAPIETRO-P. CARNEVALE (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino 2008; R. ORRÙ-F. BONINI-A. CIAMMARICONI (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze e modelli*, E.s.i., Napoli 2012; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012; A.A. NEGRONI, *La corte costituzionale all'Assemblea Costituente*, Aracne, Roma 2015.

⁸ E. CHELI, *Il problema storico della Costituente* (1973), in ID., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna 1978, p. 25, il quale ammette certamente il condizionamento culturale proveniente dall'estero – soprattutto dalla Francia, per l'autore –, ma invita ad essere cauti, a non esaltare eccessivamente questi condizionamenti e a puntare sulla 'qualità' intrinseca dei lavori della Costituente.

Corte Costituzionale. V'è, infatti, una precisa prospettiva dalla quale si può efficacemente saggiare tale caratteristica ed è rappresentata dal grado di conoscenza che i costituenti ebbero di analoghe esperienze straniere e dal peso che siffatta conoscenza ebbe sulla concreta strutturazione del giudice delle leggi⁹. La frequentazione di modelli stranieri di giustizia costituzionale non può dirsi patrimonio acquisito per la cultura giusteorica media dei costituenti (almeno di coloro i quali lavorarono alla Corte Costituzionale): sono certamente riscontrabili rinvii espliciti a esperienze di altri paesi – soprattutto il *judicial review* statunitense –, ma essi rappresentano più la manifestazione di una elevata levatura culturale del singolo esponente autore del rinvio – di regola, un giurista –, che il sintomo di una diffusa consapevolezza del funzionamento di altri tipi di controllo di costituzionalità¹⁰.

Non è infrequente, poi, che il riferimento a tali esperienze non sia corretto e che la conoscenza della sua funzionalità sia approssimativa: talvolta esso è condotto non per 'amor di scienza', ma strumentalmente,

⁹ Sottolinea tale carattere del dibattito costituente sulla giustizia costituzionale e evidenzia il grado dell'influsso della modellistica straniera G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte Costituzionale*, cit., p. 44 e ss. e p. 102 e ss. Sulla cultura giuridica dei costituenti si veda, in generale, U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, 2 voll., Il Mulino, Bologna 1980, cui possono aggiungersi F. LANCHESTER, *La dottrina giuspubblicistica italiana alla Costituente*, in "Quaderni costituzionali", 1998, p. 189 e ss., e – per quanto concerne il solo, ma fondamentale concetto di sovranità – T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano 1997, p. 109 e ss., nonché M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna 1998, p. 87 e ss.

¹⁰ Se si prescinde dalla correttezza e dalla appropriatezza del riferimento, altri modelli cui i costituenti in vario modo si appellarono, quando si trattò di giustizia costituzionale, furono: il controllo sulle leggi cantonali della Corte suprema svizzera, la Corte Costituzionale austriaca, la Corte Costituzionale cecoslovacca e, infine, il controllo esercitato dalla Corte di Lipsia sotto l'imperio della Costituzione di Weimar. Ora, non si può dubitare che la cultura giuridica degli anni della Costituente cercasse di arricchire il proprio bagaglio conoscitivo sul tema delle garanzie costituzionali, in generale, e su quello del controllo di legittimità sostanziale della legge, in particolare: un tentativo riscontrabile non solo nella letteratura più o meno specialistica del periodo (ampi riferimenti in G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte Costituzionale*, cit., soprattutto p. 73 e ss.), ma anche nel complesso di pubblicazioni curate dal Ministero per la Costituente e volte a descrivere le principali costituzioni europee (MINISTERO PER LA COSTITUENTE (a cura di), *Testi e documenti costituzionali*, Sansoni, Firenze 1946). Tuttavia, non pare che questo tentativo sia stato in grado di scalzare su questo argomento il primato della cultura giuridica nazionale di formazione pre-repubblicana, se l'on. Codacci-Pisanelli, attivo partecipante alle sedute della Costituente dedicate alla discussione degli artt. 134 e ss., rilevò che «è stato detto che il progetto di Costituzione si è ispirato a modelli stranieri; è stato detto che la Corte Costituzionale sarebbe inutile. Respingo l'affermazione secondo cui avremmo imitato ordini costituzionali stranieri» (AC.1971, vol. V, p. 4213).

allo scopo di avversare una certa tesi, il che complica ulteriormente il dibattito perché vi introduce degli elementi 'spuri' che ostacolano la riconducibilità del controllo italiano di costituzionalità alla modellistica ormai consolidata in tema di giustizia costituzionale.

Ed è proprio tale riconducibilità a rivelarsi difficoltosa e, in ultima analisi, non particolarmente feconda nella ricostruzione della genesi della Corte Costituzionale. Che quest'ultima non sia approssimabile *in toto* al *judicial review of legislation* o alla *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, che il dibattito costituente abbia risentito o meno dell'accesa polemica weimariana sul 'custode della costituzione', non è certo il frutto di una scelta cosciente da parte dei costituenti, i quali fossero ben al corrente di quei modelli e di quel dibattito e avessero deciso di ignorarli a bella posta in tutto o in parte; bensì è funzione di una cultura giuridica per la quale il sindacato di costituzionalità della legge era un'assoluta novità e che solo in sede scientifica – e in quest'ultima solo in taluni autori – mostrava una adeguata padronanza teorica di tale figura. Ecco perché in sede di ricostruzione storiografica l'accostamento che si possa fare degli artt. 134 e ss. ai modelli attualmente più accreditati nello studio della giustizia costituzionale si rivela rischioso e non tanto per l'elementare esigenza storiografica di non trasporre – se non con estrema cautela – a stagioni trascorse categorie interpretative attuali, ma soprattutto per la ragione in virtù della quale i costituenti stessi non ebbero sempre chiara la consapevolezza dell'impatto e delle potenzialità che avrebbe avuto un organo deputato ad accertare la legittimità costituzionale di una legge in un ordinamento, quale quello italiano, che, sia nella teoria che nella prassi, non ammetteva in passato censure alla massima fonte del diritto.

Quel che si vuol dire è che appare fuorviante andare alla ricerca negli atti della Costituente del condizionamento esercitato da questo o da quel modello straniero di giustizia costituzionale e appare altresì inopportuno valutare la maggiore o minore fedeltà mostrata dai costituenti al riferimento teorico di volta in volta adottato¹¹. Con questo non si vuole mettere in dubbio che la Corte Costituzionale, nel corso della sua

¹¹ Il rischio cui si va incontro in un'operazione di tal genere è quello di arrivare, consapevolmente o inconsapevolmente, alla conclusione per quale – parafrasando Crisafulli – «la scelta, insomma, non tanto sarebbe già stata fatta dal costituente, quanto sarebbe ancora *da fare*, salvo ad essere, per così dire, retroattivamente legittimata, qualunque essa sia, col richiamo a quella norma del testo costituzionale, assunta nell'una o nell'altra interpretazione possibile» (*La nostra Costituzione è potenzialmente socialista?* (1956), in ID, *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano 1985, p. 294).

lunga attività, si sia ispirata ad una data esperienza di controllo di costituzionalità assurta a tipo per la sua sedimentazione storica o per l'auto-revolezza scientifica di chi se ne fece artefice¹²; ma, se ciò è avvenuto, lo si deve alla coscienza che la Corte ha assunto del proprio ruolo negli ordinamenti costituzionali contemporanei, e non a presunti riferimenti che avrebbero ispirato i costituenti nel mettere in opera il *proprio* sindacato di legittimità costituzionale¹³.

Nella genealogia di quest'ultimo non si trovano ascendenze concettuali 'illustri' – quali possono essere il controllo kelseniano sulla legislazione oppure il sistema statunitense –, giacché i costituenti si mostrano molto più sensibili ad istanze nascenti dal seno del confronto politico-costituzionale di quegli anni e dalla propria tradizione giuridico-costituzionale, anziché alla astratta o concreta riferibilità di ciò che si stava costruendo a prassi istituzionali coeve di altri paesi.

¹² Per un bilancio della Corte Costituzionale appaiono sempre utili gli interventi dei suoi membri: G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino 2005; U. DE SIERVO, *La Corte Costituzionale nel nostro sistema costituzionale*, in "Il politico", 2/2011, p. 5 e ss.; S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2012, p. 603 e ss.; G. AMATO, *La Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Mulino, Bologna 2015, cui si può aggiungere V. BARSOTTI-P. CARROZZA-M. CARTABIA-A. SIMONCINI (eds.), *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, Oxford 2016.

¹³ Sulla formazione *storica* di vari modelli di sindacato di costituzionalità e sull'idea che la Corte abbia *nel corso della sua attività* creato un modello suo proprio, si vedano il risalente, ma penetrante articolo di A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in "Quaderni costituzionali", 1982, p. 521 e ss., e – più recentemente – il contributo di P. PASQUINO, *Tipologie di giustizia costituzionale in Europa*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2002, p. 33 e ss. nonché J. LUTHER, *Giustizia costituzionale*, in U. POMARICI (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2007, p. 287 e ss. È significativo, poi, che, a livello comparato, non vi sia una modellistica particolarmente consolidata: cfr.; G. ROLLA, *Processi di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2013, p. 3979 e ss.; S. CASSESE, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2016, p. 993 e ss. E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in "Rivista AIC", 1/2016 (<http://www.rivistaaic.it/tre-modelli-di-giustizia-costituzionale.html>), ove la natura ibrida, fra politica e giurisdizione, dei tribunali costituzionali rende difficile la classificazione, fino a G. TUSSEAU, *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle: essai de critique méthodologique – Modelli di giustizia costituzionale: saggio di critica metodologica*, edition bilingue français-italien, Bononia University Press, Bologna 2009. Per uno sguardo d'insieme sulla giustizia costituzionale nel mondo, anche in prospettiva storica, cfr. da ultimo M. CAIELLI-E. PALICI DI SUNI, *La giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Kluwer, Assago 2017.

Emerge, allora, una tendenziale autoreferenzialità del discorso costituente sulla giustizia costituzionale: nel ragionare su tale argomento prevalgono di gran lunga elementi tratti o dal sapere giuridico nazionale o dal contesto storico-politico italiano, essendo alquanto sporadici e, comunque, isolati quelli derivanti dall'inserimento della stagione costituente italiana in un contesto sovranazionale. Né, poi, va trascurata la circostanza che, all'epoca in cui furono dettati gli artt. 134 e ss., sul continente europeo mancavano figure del tipo che si voleva introdurre sufficientemente consolidate dalla storia. Non solo si proveniva da una storia costituzionale e da una cultura giuridica che a partire dalla Rivoluzione francese avevano sempre mostrato ostilità a qualsiasi controllo sul legislatore, ma quegli esempi che gli ordinamenti di taluni paesi tra le due guerre offrivano in tal senso (ad es. Austria, Cecoslovacchia, Spagna) avevano avuto vita brevissima e – il che era peggio per i costituenti – infausta¹⁴. L'unico termine di comparazione che poteva ritenersi davvero valido era rappresentato dal *judicial review* statunitense, ma è significativo che tale modello venisse quasi sempre respinto per l'assoluta imparagonabilità dell'esperienza costituzionale americana alla tradizione giuridico-istituzionale continentale: gli Stati Uniti costituivano una sorta di mondo lontano dai caratteri fondativi delle costituzioni del continente europeo, al quale i costituenti guardavano per avere un riferimento negativo, per capire, cioè, ciò cui *non* si doveva pervenire quando si voleva introdurre un controllo di costituzionalità della legge¹⁵.

¹⁴ Lo ricordava, ad es., l'on. Ambrosini – futuro giudice costituzionale – che pure era favorevole alla creazione della Corte Costituzionale (AC.1971, vol. II, p. 2019) e vi insisteva soprattutto l'on. Nitti, strenuo oppositore di qualsiasi forma, accentrata o diffusa, di sindacato di costituzionalità della legge (AC.1971, vol. V, pp. 4203 a 4208).

¹⁵ Sull'influenza esercitata dal modello statunitense sulla progettazione della Carta costituzionale si veda S. VOLTERRA, *La Costituzione italiana e i modelli anglosassoni, con particolare riguardo agli Stati Uniti*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte delle Costituenti e cultura giuridica*, vol. I, cit., p. 117 e ss. Alla formazione di questo 'abisso' tra le idee dei costituenti in materia di giustizia costituzionale e il sistema nordamericano contribuì anche la testimonianza di quest'ultimo sistema che nel 1921 aveva dato il Lambert, in un'opera – *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti: l'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi* (1921), Giuffrè, Milano 1996 – che riscosse un successo enorme sia in dottrina – presso la quale è citatissima sia prima che dopo l'ultimo conflitto mondiale –, sia in Costituente – nei cui dibattiti traspare la conoscenza di questo scritto, pur non essendovi espressi riferimenti. Ciò nonostante, v'è chi comunque sostiene che «l'Italia e la Germania, nel darsi nuove costituzioni, hanno respinto il positivismo giuridico e si sono ispirati al costituzionalismo americano, introducendo il principio di una Costituzione rigida (...) e ren-

Tale connotazione del dibattito sulla giustizia costituzionale, se – come detto – evidenzia l'originalità del lavoro dei costituenti, al tempo stesso ne denota una certa ristrettezza di vedute, causata soprattutto dall'impossibilità di far leva sul passato statutario per ricavare strumenti utili per costruire il sindacato di costituzionalità. Detto altrimenti, l'arsenale offerto dalla giurisprudenza nazionale e dall'esperienza istituzionale passata si esaurisce ben presto e il dibattito stenta ad assumere un ampio respiro, per polarizzarsi su talune questioni che, pur essendo indubbiamente rilevanti, non esauriscono integralmente il novero delle problematiche che il tema poneva. Nella fase in Sottocommissione tale caratteristica non è particolarmente accentuata: il ristretto numero di rappresentanti, l'informalità e l'amichevolezza del confronto, la presenza di processualisti di notevole caratura contribuirono a dare ordine e coerenza alla discussione in questa sede, il che si tradusse in una visione estremamente limitativa del sindacato di costituzionalità. È quando, invece, il progetto passò all'esame dell'Aula e la Corte Costituzionale venne configurandosi con potenzialità molto più estese di quelle che potevano desumersi dal testo licenziato in Sottocommissione, che si palesano i limiti dello strumentario giuridico tradizionale adoperato per la strutturazione del nuovo organismo: affiora, più precisamente, l'impossibilità di fronteggiare con i soli mezzi tratti dalla teoria giuridica precedente la Costituzione la messe di problemi che un controllo di costituzionalità di ampia operatività poneva non solo sul piano teorico, ma soprattutto sul piano pratico, in termini di armonizzazione della ventura istituzione con la centralità parlamentare nella forma di governo prescelta dai costituenti.

Per tali ragioni, al fine di una più completa comprensione del materiale a disposizione e per meglio orientarsi al loro interno, appare opportuno procedere ad una suddivisione della tipologia di argomenti che i costituenti adoperarono nel dibattito sulla Corte Costituzionale.

Ad un primo gruppo possono essere assegnati quei ragionamenti fondati su motivazioni di natura *teorica*, laddove per 'teorico' si intende

dendo efficace questo principio con il sindacato giudiziario di costituzionalità delle leggi» (N. MATTEUCCI, *Introduzione a C.H. MCILWAIN, Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Il Mulino, Bologna 1990, p. 14).

La letteratura sia teorica che storica sul *judicial review of legislation* è ovviamente sterminata: a mo' di introduzione si possono consultare C. VALENTINI, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Giappichelli, Torino 2011, A.A. NEGRONI, *Il modello e le origini della giustizia costituzionale degli Stati Uniti*, Aracne, Roma 2013, O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano 2014, con la bibliografia ivi citata.

un discorso alimentato da elementi propri di un dato apparato concettuale, storicamente determinato, ed in grado di suscitare in chi ascolta una fitta rete di relazioni concettuali; nel secondo gruppo confluiscono argomentazioni che si definirebbero *pratiche* ovvero riferentisi non più a dati tratti da un certo modo di concepire i poteri pubblici, ma a circostanze reali, in quanto autoevidenti per la propria presunta oggettività, circostanze o contemporanee rispetto a chi le poneva in luce oppure atinte dalla storia costituzionale italiana o straniera. Ovviamente, negli interventi alla Costituente non è dato – se non di rado – cogliere una nitida separazione tra i due generi di argomentazioni e, inoltre, non sempre è agevole classificare un argomento nell'uno o nell'altro gruppo: ad esempio, il dosaggio degli uni o degli altri ed i momenti nei quali vengono citati sono affidati frequentemente alla formazione professionale, allo spessore culturale, all'indole e – non ultimo – alla capacità oratoria di ciascun personaggio. Tuttavia, a chi scrive è parso proficuo porre mano a tale distinzione non solo e non tanto per ragioni espositive, ma soprattutto per la natura del problema rappresentato dalla Corte Costituzionale, che è al tempo stesso teorico e storico, anzi, forse tanto più teorico quanto più la storia della nascita di tale istituzione è stata travagliata e, dunque, non fornisce indicazioni univoche¹⁶.

Ora, le due tipologie di discorso hanno natura, manifestazione e incidenza differenti. L'argomentazione teorica si connota per essere nella stragrande maggioranza dei casi *giuridica*, senza alcuna concessione a contaminazioni provenienti da altri ordini concettuali (morale, religioso, etc.)¹⁷. Tale assoluto predominio non può dirsi affatto scontato. In sede

¹⁶ Secondo A. PIZZORUSSO (*Garanzie costituzionali: art. 134*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma 1981, p. 1 e ss.), addirittura i lavori della Costituente sarebbero poco utilizzabili per interpretare gli art. 134 e ss. Cost.

¹⁷ Ciò che può forse spiegare (anche se non giustificare) l'esiguità e l'incostanza di quelle analisi storiche che non facciano del diritto il criterio d'indagine prevalente sulla Corte e che pongano in luce l'importanza della stessa da un punto di vista politico: dopo le pionieristiche e isolate indagini di N. TRANFAGLIA, *Per una storia politica della Corte Costituzionale*, in ID., *Dallo Stato liberale al regime fascista*, Feltrinelli, Milano 1973, p. 185 e ss. (da leggersi insieme a G. ZAGREBELSKY, *Per una storia politica della Corte Costituzionale*, in "Quale giustizia", 1974, p. (62 e ss.)), di A. MASSERA, *Materiali per un studio sulla Corte Costituzionale*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1972, p. 833 e ss., e di G. ZAGREBELSKY, *Corte Costituzionale*, in N. TRANFAGLIA (a cura di), *Il mondo contemporaneo. Storia d'Italia*, vol. I, La Nuova Italia, Firenze 1978, p. 154 e ss., a tutt'oggi gli unici studi di ampio respiro sulla storia della Corte Costituzionale sono di F. BONINI, *Storia della Corte Costituzionale*, N.i.s., Roma 1996, di C. RODO-

costituente taluni temi furono discussi con un ventaglio di approcci molto ricco: si pensi ai diritti inviolabili della persona oppure ai diritti sociali – la cui natura giuridica, anzi, era assai discussa all'epoca – alle cd. società intermedie ... Il tema delle garanzie della Costituzione fu avvertito quasi inconsapevolmente come una questione di natura schiettamente tecnica e idonea ad essere trattata da tecnici. Più di una volta, nella lettura dei lavori preparatori, affiora nettamente l'impressione che la qualificazione in tali termini della giustizia costituzionale celi una sorta di svalutazione del tema o, quanto meno, sia indice di un sua semplicità (soprattutto sul piano del contrasto politico) rispetto ad altre questioni: ben altri erano – e dovevano essere – i terreni sui quali si consumavano le battaglie tra gli schieramenti politicamente più forti e la giustizia costituzionale poteva essere ridimensionata ad un aspetto 'liturgico' della Costituzione, da affidarsi alla cura dei chierici (in tal caso, i giuristi). E, infatti, tale colorazione del dibattito costituente prende non di rado il sopravvento, diminuendo la coscienza delle implicazioni di carattere generale che il sindacato di costituzionalità della legge avrebbe avuto sul complessivo impianto costituzionale: inconsapevolezza tanto più sorprendente, se si pensa che non si stava lavorando ad una dichiarazione di principio, bensì ad un organo costituzionale ovvero non ad una norma, per la cui attuazione si sarebbe anche potuto equivocare, ma ad una struttura organizzativa dell'ordinamento costituzionale che, prima o poi, avrebbe dovuto funzionare concretamente.

A ciò deve aggiungersi un ulteriore rilievo di natura 'statistica'. Il discorso teorico è numericamente prevalente rispetto a quello pratico, non senza precisare che tale apparente preponderanza del primo non è segno dello scarso peso del secondo, bensì, semmai, del contrario ovvero che taluni argomenti pratici erano così diffusi e radicati tra i costituenti che non vennero nemmeno in discussione, tale era il grado di adesione da essi raggiunto. A tale prevalenza non si associa, però, una pacifica e condivisa applicazione dei concetti giuridici evocati per la strutturazione del giudizio di costituzionalità della legge: una ulteriore regolarità è data riscontrare, oltre a quella di carattere 'statistico' or ora enunciata, nella proporzione tra argomenti teorici e argomenti pratici e consiste nell'incertezza che genera l'uso dei primi a fronte di un'assoluta

TÀ, *Storia della Corte Costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999, di G. SILVESTRI, *La Corte Costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Leggi Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino 1998, p. 943 e ss. e, da ultimo e in chiave comparata, P. PASQUINO-F. BILLI (eds.), *The Political Origins of Constitutional Courts*, Fondazione Adriano Olivetti, Roma 2009.

univocità e chiarezza del ricorso ai secondi. Se si adottasse, infatti, quale chiave interpretativa del dibattito costituente sulla giustizia costituzionale il livello di consenso che un dato ragionamento abbia raccolto, non si potrebbe fare a meno di rimarcare che proprio quegli argomenti che apparivano consoni al tenore conferito più o meno coscientemente al tema – ovvero quelli tecnico-giuridici e che in questa ripartizione appartengono al discorso teorico – frequentemente dividono, anziché unire l'uditorio, e sono declinati in senso diametralmente opposto.

Questi dati richiedono, ovviamente, una spiegazione. Si è detto in precedenza che nella maggior parte dei casi il dibattito costituente sulla giustizia costituzionale si presenta per essere giuridico: nozioni quali 'giurisdizione', 'manifesta infondatezza', 'legittimità' e 'merito' la fanno da padrone nelle pagine dei resoconti e alquanto sporadiche sono considerazioni del tema che superassero quest'ottica e cogliessero le implicazioni politiche e sociali di un sindacato di legittimità costituzionale.

La principale ragione di questa caratterizzazione prevalentemente tecnica sta nella chiarezza che i costituenti avevano dei presupposti a partire dai quali inferire la necessità di un controllo sul legislatore, presupposti che non affondano le proprie radici in una articolata concezione giuspolitica della costituzione, dal quale far discendere in maniera più o meno coerente il sindacato di legittimità sostanziale della legge, bensì in quelle che, alla sensibilità costituente, apparivano poche ed elementari esigenze da soddisfare dopo la caduta del regime fascista e con l'avvento del pluripartitismo di massa: da un lato, irrigidire la futura Carta costituzionale contro possibili abusi del potere legislativo e, dall'altro lato, garantire la piena giuridicità del controllo di costituzionalità avverso qualsiasi tentazione di acquisire, mediante l'esercizio di tale delicata funzione, una decisionalità politico-costituzionale che i nuovi protagonisti della scena politica – i partiti di massa – riconoscevano solo a se stessi. Come risulterà meglio in prosieguo, essenzialmente furono queste le idee che spinsero la Costituente a volere una giurisdizione costituzionale e a dettare gli artt. 134 e ss. nonché la l. cost. 1/48: tali idee non solo non furono mai contestate, ma non generarono alcun serio dibattito sulla loro opportunità, poiché ciò che si doveva fare era limitarsi a tradurre normativamente questi presupposti, nella sicurezza che le forme giuridiche avrebbero saputo dar loro adeguata sistemazione.

Ecco perché, se ci si chiede quale sia la collocazione di tali idee nella ripartizione qui adottata, pare appropriato annoverarle tra le argomentazioni pratiche. Pur potendosi dare – e nella storia del pensiero giuridico-

co e politico si sono certamente date – speculazioni teoriche sulla rigidità costituzionale e sulla politicità di un controllo di costituzionalità della legge, all'esigenza di istituire quest'ultimo si giunse in Costituente non sulla base di una data 'filosofia' costituzionale, ma sulla scorta di elementi che la storia istituzionale italiana più o meno recente faceva ritenere evidenti e fuori discussione¹⁸. Che non vi fosse bisogno di soffermarsi più di tanto sulla necessità di rinforzare la Costituzione rispetto alla legge ordinaria, appariva del tutto naturale in anni, come quelli del recente passato, che avevano assistito alla soppressione dei fondamentali diritti degli individui e delle minoranze politiche a colpi di legge: dopo questa tragica esperienza non si poteva più fare affidamento sul solo principio di maggioranza e sulla virtù del legislatore, e la previsione di un apposito procedimento per la revisione costituzionale rappresentava la prima e più elementare garanzia da opporre a tale eventualità. Inoltre, con la caduta della monarchia era venuta a mancare l'unica realtà istituzionale alla quale ancorare l'unità del paese dopo un lungo e travagliato processo di liberazione nazionale: in siffatto quadro politico-istituzionale, il solo collante era rappresentato dalla forte presenza di partiti politici a base popolare e men che mai era pensabile che una istituzione priva di diretta legittimazione democratica – seppur nuova e dunque non implicata col vecchio regime – avrebbe potuto ingerirsi nell'attività di indirizzo politico di sicura spettanza del circuito popolo-Parlamento-Governo.

Ora, la pacificità di questi assunti, se dà conto della natura quasi sempre tecnica delle discussioni, non spiega però *perché* all'atto di conferire loro veste giuridica sorgano numerose perplessità e oscillazioni interpretative. I concetti e i principi giuridici che mano a mano fanno la propria comparsa sulla scena dei lavori preparatori manifestano un tasso di 'vischiosità' particolarmente elevato se confrontato con quello proprio del discorso pratico. Il medesimo principio è invocato da numerosi oratori, i quali, però, traggono implicazioni del tutto differenti l'uno dall'altro, e non è infrequente il caso in cui il successo di un'argomentazione teorica sia affidato molto più alla *vis oratoria* del singolo deputato e alla sua autorevolezza, anziché alla intrinseca coerenza, alla fedeltà ai presupposti di fondamento, al legame rispetto alla tradizione

¹⁸ Il che aiuta a capire perché nella storiografia sulla cultura politica dei costituenti siano piuttosto sporadici i riferimenti al sindacato di costituzionalità delle leggi e, più in generale, alle garanzie costituzionali: cfr. R. RUFFILLI (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, 2 voll., Il Mulino, Bologna 1979, e M. FIORAVANTI-S. GUERRIERI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Carocci, Roma 1999, in particolare il cap. II.

culturale che li aveva forgiati: in breve, si può fondatamente asserire che se le argomentazioni teoriche 'si pesano', quelle pratiche 'si contano'.

È indubbiamente prematuro accertare le cause di siffatto fenomeno. In prima battuta si sarebbe indotti ad imputarla ad una certa inadeguatezza della cultura giuridica dei costituenti sul controllo di costituzionalità della legge e all'assoluta novità dell'istituzione, fattori che non consentivano di squadrarlo teoricamente in modo agevole. Ma ad un'attenta indagine la questione appare più complessa ed è bene sottolineare, inoltre, che la storia dei concetti (in particolar modo, giuridici) ha un 'tempo' differente rispetto al 'tempo' della storia istituzionale e che la prima va accostata a quest'ultima con estrema accuratezza, allo scopo di evitare sommarî giudizi di arretratezza del pensiero rispetto allo sviluppo delle istituzioni. La suddivisione in argomenti teorici e in argomenti pratici, allora, non serve tanto ad individuare vere o presunte paternità – ammesso che ve ne furono – del giudizio di legittimità costituzionale, ma è funzionale a cogliere i concetti a partire dai quali i costituenti affrontarono il tema in esame e, soprattutto, quale ruolo questi ultimi intesero attribuire alla Corte Costituzionale. In altri termini, può aiutare a capire che quei dubbi e quelle incertezze, come anche i problemi che affanneranno i giuristi alle prese con questa parte della Costituzione, ruotano intorno ad una convinzione di fondo che albergava nei costituenti: all'idea, cioè, che il costituzionalismo contemporaneo – di cui la Costituzione repubblicana era espressione – nulla avrebbe immutato dell'immagine della funzione giurisdizionale ereditata dal passato statutario; e, di conseguenza, alla fiducia che il controllo di costituzionalità della legge si sarebbe posto, con opportuni adeguamenti ed accorgimenti, nel solco di quella medesima immagine e sarebbe stato edificabile con gli stessi strumenti concettuali di un'esperienza giuridico-politica che, invece, si era connotata proprio per l'esclusione di qualsiasi forma di controllo giudiziario sulla legittimità sostanziale della legge.

CAPITOLO 2

LA 'CASSETTA DEGLI ATTREZZI' DEI COSTITUENTI (I): CARL SCHMITT

Per iniziare a fare un po' di chiarezza su queste argomentazioni teoriche non v'è miglior punto di partenza di un'analisi della notissima posizione di Carl Schmitt sulla giustizia costituzionale.

Le ragioni alla base di questa scelta sono essenzialmente due.

La prima ha carattere storico. Come già accennato in precedenza e come si dirà meglio successivamente, Schmitt non è un riferimento esplicito dei costituenti; tuttavia, nel criticare l'idea di istituire un controllo giurisdizionale di costituzionalità della legge, egli fa leva su tutto un insieme di 'materiali' teorici – disposti a formare la *concezione 'continentale'* della giurisdizione, dominata dal principio di sovranità –, che sono i medesimi con cui i costituenti cercarono di edificare il giudizio sulle leggi. Si badi: da questo punto di vista Schmitt non è molto innovativo. La sua originalità sta più nell'interpretazione dei problemi politico-costituzionali degli ultimi anni di Weimar e soprattutto nella proposta di individuare un'apposita funzione, con il relativo organo titolare, per la risoluzione di questi problemi – la 'custodia della costituzione', appunto¹.

¹ Plasticamente: l'innovatività de *Il custode della costituzione* (1931), Giuffrè, Milano 1981 (d'ora in poi la citazione a piè di pagina di quest'opera avverrà con l'abbreviazione CC.) sta soprattutto nel cap. II e in parte nel cap. III, ma poco nel cap. I. La letteratura su Schmitt e la giustizia costituzionale è ovviamente sterminata; a mo' di introduzione cfr. P. PETTA, *Kelsen, Schmitt e il custode della costituzione*, in "Storia e politica", XVI, 1977, p. 501 e ss.; W. MANTL, *Hans Kelsen und Carl Schmitt*, in W. KRAWIETZ-E. TOPITSCH-P. KOLLER (hrgs.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Duncker & Humblot, Berlin 1982, p. 185 e ss.; N. ZANON, *La polemique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, in "Annuaire International de Justice Constitutionnelle", 1989, p. 177 e ss.; S. GANIS, *Parlamentarismo e unità politica. Nota al 'Custode della costituzione' di Carl Schmitt*, in "Il pensiero politico", 1991, p. 331 e ss.; C.-

Per quanto concerne, invece, la concezione 'continentale' della giurisdizione e le conseguenze che egli trae da essa in rapporto alla giustizia costituzionale Schmitt non fa altro che riformulare in maniera sicuramente brillante quello che, però, all'epoca in cui scrive costituisce patrimonio consolidato della teoria giuridica prevalente sul continente europeo². Ricorrere a Schmitt, pertanto, al fine di illustrare le argomenta-

M. HERRERA, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, in "Revista de estudios políticos", vol. 86, 1994, p. 195 e ss.; R. MEHRING, *Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitts Auseinandersetzung mit Hans Kelsen*, in "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", vol. 80, n. 2, 1994, p. 191 e ss.; P. PASQUINO, *Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle? Carl Schmitt et Hans Kelsen*, in L. JAUME-M. TROPER (a cura di), *1789 et l'invention de la Constitution*, Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, Bruylant 1994, p. 143 e ss.; S.L. PAULSON, *The Schmitt-Kelsen Dispute on the 'Guardian of the Constitution': The Issue of Subsumption*, in "Diritto e cultura", 1995, p. 169 e ss.; C.-M. HERRERA (sous la direction de), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, l'Harmattan, Paris 1995 (i saggi di M. TROPER, J.-F. KERVÉGAN, S.L. PAULSON); C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna 1996, p. 641 e ss.; N. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Clarendon Press, Oxford 1997, pp. 32 e ss. e 70 e ss.; O. BEAUD-P. PASQUINO (sous la direction), *La controverse sur "le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle: Kelsen contre Schmitt*, Pantheon-Assas Paris II, Paris 2007; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Mulino, Bologna 2008, p. 360 e ss.; S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Carocci, Roma 2012, p. 99 e ss.; M. CROCE-A. SALVATORE, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge, Abingdon 2013, p. 143 e ss.; M. LA TORRE, *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2013, p. 153 e ss.; M. ARVIDSSON-L. BRÄNNSTRÖM-P. MINKKINEN (eds.), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology*, Routledge, Abingdon 2015 (in particolare, il saggio di L. VINX); J. MEIERHENRICH-O. SIMONS (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, Oxford 2017 (in particolare, il contributo di S.L. PAULSON, p. 510 e ss.).

² Come emerge non solo dai riferimenti bibliografici che Schmitt fornisce ne *Il custode della costituzione*, ma che è confermato da una delle pubblicazioni più importanti per l'analisi del dibattito weimariano sulla giustizia costituzionale ovvero gli atti dell'incontro dell'Associazione dei giuristi tedeschi dal titolo *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928 (1929)*, De Gruyter, Berlin 1965, da leggersi insieme a H. WENDENBURG, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Methodenstreit der Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, Schwartz, Göttingen 1984, P. CRUZ, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1987 e R.C. VAN OUYEN, *Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht: Triepel – Kelsen – Schmitt – Leibholz*, in R.C. VAN OUYEN-M. MÖLLERS (hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System* (2006), 2. Aufl., Springer, Wiesbaden 2015, p. 169 e ss.

zioni 'teoriche' adoperate in Costituente risponde ad un'esigenza di comodità espositiva: perché permette di cogliere in maniera più efficace la concezione della giurisdizione dominante in quel periodo e non perché sia dato riscontrare un condizionamento più o meno esplicito da parte di Schmitt sul lavoro dei costituenti. Se questo condizionamento poteva esercitarsi, esso avrebbe dovuto riguardare proprio la nozione di 'custodia della costituzione', ma ad essa – come si vedrà – i costituenti non erano interessati; per il resto, se c'è qualcosa di schmittiano in Costituente, ciò riguarda quanto di meno gli è caratteristico e Schmitt non risulta citato non solo e non tanto perché politicamente non 'citabile', ma soprattutto perché non se ne aveva teoreticamente bisogno.

L'altra ragione ha natura teorica. Schmitt sintetizza non solo la concezione 'continentale' della giurisdizione, ma anche – per usare una distinzione cara a Rawls, che notoriamente questi trasse da Herbert L.A. Hart³ – il *concetto* di giurisdizione. Nonostante non sia sempre facile distinguere in Schmitt fra l'una e l'altro – e certamente egli non aiuta in questa distinzione –, sarebbe eccessivo considerarlo semplicemente non solo come un epigono, ma anche di una visione della giurisdizione oggi non più praticabile e praticata, perché in ultima analisi *rétro*. Ed invero, gran parte delle osservazioni schmittiane, anche se sottoposte a non poche sollecitazioni, sono ancora utili nelle prospezioni teoriche contemporanee sulla giurisdizione e sul suo rapporto con la politica⁴; ma soprattutto, nell'attuale teoria della giustizia costituzionale sovente queste osservazioni o sono presupposte tacitamente oppure sono adottate esplicitamente anche solo in parte, magari attraverso riformulazioni volte ad emendarne i tratti più obsoleti, ma senza intaccarne l'impianto generale⁵. È anche in questa prospettiva, quindi, che ci si soffermerà qui

³ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971-1999), Feltrinelli, Milano 2008, p. 27, che esplicitamente cita Hart de *The Concept of Law*.

⁴ Cfr., ad es., R. GUASTINI, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, p. 93 e ss., in rapporto al problema della legittimazione democratica della giurisdizione.

⁵ Come vedremo successivamente quando ci occuperemo degli altri autori contemporanei presi qui in considerazione. Per O. BEAUD, *Carl schmitt face à Weimar de la Verfassungslehre au Hüter der Verfassung* (1928-1931), in "Nomos: le attualità nel diritto", 3/2015, p. 13, «il nous semble que la «these negative» qui entend defendre l'idee d'une incompatibilite de principe entre la juridiction constitutionnelle et l'idee de constitution, meriterait d'etre serieusement examinee». Cfr. in senso confermativo M. NOGUEIRA DE BRITO, *Schmitt's Spectre and Kelsen's Promise: The Polemics on the Guardian of the Constitution*, in L. PEREIRA COUTINHO-M. LA TORRE-S.D. SMITH (eds.),

su Schmitt: l'intento non è quello di offrire una (ennesima) rilettura della polemica sul custode della costituzione nel contesto culturale e politico dell'epoca, ma quello di attualizzarla ovvero di ricavare da essa dei 'materiali' che, nonostante l'usura del tempo, possano essere – e, in realtà, sono – ancora oggi utilmente adoperati per orientarsi nel dibattito teorico contemporaneo.

Tutela emergenziale della costituzione

Per lo Schmitt de *Il custode della costituzione* il controllo di costituzionalità della legge si risolve in uno strumento di spoliticizzazione ovvero di neutralizzazione del conflitto alla quale qualsiasi giurisdizione – sia essa comune o speciale – non è indicata per ragioni sia di opportunità che concettuali. Dal primo punto di vista, si avrebbe una cattiva, se non nulla, spoliticizzazione: ci si può anche non interrogare sulla natura autenticamente giurisdizionale della giustizia costituzionale – cosa che comunque Schmitt ritiene importante –, ma un controllo sulla costituzionalità della legge organizzato in forma giurisdizionale agisce sempre *ex post facto* – ovvero quando il conflitto è deflagrato in maniera patente – e la sentenza o arriverebbe tardi e, quindi, con scarse chance di contenimento o addirittura lo alimenterebbe ulteriormente⁶. Dal punto di vista concettuale, poi, decidere della compatibilità a costituzione delle leggi – quantomeno per lo Schmitt de *Il custode della costituzione*⁷ – è divenuto qualcosa di sicuramente 'politico' ovvero equivale a risolvere conflitti che non appartengono all'ordinaria amministrazione di una democrazia, ma addirittura mettono in gioco la stabilità del sistema. Decisioni del genere, però, richiedono, nella istituzione che le prende, un requisito – la rappresentanza – di cui, come si dirà di qui a poco, difetta la giurisdizione.

Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences, Springer, Cham 2015, p. 89 e ss.

⁶ Cfr. CC., p. 55 e ss. e soprattutto p. 74.

⁷ Ed invero, in *Dottrina della costituzione* (1928), Giuffrè, Milano 1984, p. 258 e ss., Schmitt pare più possibilista nei confronti del controllo giurisdizionale di costituzionalità della legge, in quanto, sebbene in linea di massima vi sia contrario, afferma che «anche quando decide il dubbio di validità di una legge, essa [la giurisdizione] non esce da una pura normatività; essa crea ostacoli, ma non comanda». È con l'aggravarsi della crisi di Weimar che questa 'apertura' viene chiaramente revocata e quegli «ostacoli» assumono una diretta rilevanza politico-costituzionale.

In altri termini, per Schmitt, attribuire il controllo di costituzionalità delle leggi ad una istituzione giudiziaria – lo si ripete: a prescindere se sia il giudice comune o un giudice *ad hoc* – equivale a conferire una determinata funzione ad un'organizzazione, da un lato, poco adeguata e, dall'altro, del tutto priva di legittimazione rispetto ad essa. Il conflitto 'politico' che si apre con il dubbio di costituzionalità non va messo in forma ed addomesticato, ma va estinto: a tale scopo si rivela molto più indicato un Capo dello Stato, non solo perché istituzionalmente molto più attrezzato nel prevenire e risolvere contenziosi del genere, ma soprattutto perché istituzione autenticamente rappresentativa e, quindi, dotata della legittimazione necessaria a prendere una decisione essenziale per la coesione politica e sociale⁸.

Ora, non v'è dubbio che questa concezione della 'politicalità' della giustizia costituzionale sia la parte più caduca della posizione schmittiana.

A tal proposito non c'è bisogno di prendere in considerazione tutta la letteratura critica nei confronti della nozione schmittiana di 'politico', giacché è sufficiente rilevare che essa impedirebbe alla giustizia costituzionale di adempiere quello che oggi è avvertito come un suo compito 'naturale': evitare che le maggioranze abusino del proprio potere e, al tempo stesso, difendere le diverse 'visioni-di-vita' basate sulla costituzione e coltivate da minoranze e singoli individui. Fare politica non significa solo avere a che fare con conflitti estremi e divisivi; e il dissenso non sempre si risolve in contrapposizioni frontali e non negoziabili; Schmitt, invece, non distingue – perché, in ultima analisi, non vuole – «il fatto del pluralismo ragionevole dal fatto del pluralismo in quanto tale»⁹. Dalla sua prospettiva il pluralismo è l'anticamera della guerra civile e per un autore che aveva in Thomas Hobbes uno dei suoi più importanti riferimenti è comprensibile che l'unica risposta ammessa sia solo unità politica e sovranità.

⁸ È in questo senso che va letto l'*incipit* del cap. I di *CC.* ove si afferma che «i tribunali che decidono nelle forme processuali della giurisdizione civile, penale o amministrativa non sono in senso stretto custodi della costituzione» (p. 27); e proprio perché la Corte Suprema statunitense viene vista da Schmitt come espressione «di uno "Stato giurisdizionale" di tipo anglosassone» (*CC.*, p. 28) e, quindi, dotata di uno spessore politico-costituzionale ignoto alla giurisdizione continentale, Schmitt può sostenere esattamente il contrario ovvero che «il potere di controllo giudiziario da solo rende i tribunali che decidono nelle forme del processo custodi della costituzione» (*CC.*, p. 30). Sulla (non-)rappresentatività della giurisdizione continentale cfr. *infra* in questo capitolo.

⁹ J. RAWLS, *Liberalismo politico* (1993), Edizioni di Comunità, Milano 1994, p. 47. Su Schmitt e Rawls cfr. M. VATTER, *The Idea of Public Reason and the Reason of State: Schmitt and Rawls on the Political*, in "Political Theory", 2008, p. 239 e ss.

Ciò nonostante, v'è un lascito di questa concezione della 'politicità' insita nel controllo di costituzionalità delle leggi che può considerarsi ancora duraturo. Vi sono casi, infatti, in cui il dubbio di costituzionalità si accompagna proprio a quel grave stato di tensione che, per Schmitt, per ragioni sia (presuntamente) concettuali che di opportunità politica non può essere affidato ad una giurisdizione. In tali ipotesi il giudizio sulle leggi finisce con l'esercitare una funzione che potrebbe definirsi di 'custodia della costituzione' e che con termine meno evocativo potrebbe etichettarsi come 'emergenziale'; e possiamo essere abbastanza certi di trovarci dinanzi ad uno di quei 'materiali' che figurano nel laboratorio della giustizia costituzionale, ma in genere non vengono adoperati per costruire quantomeno il controllo di validità materiale delle leggi – un discorso a parte richiederebbe, infatti, la cd. giustizia (penale) politica¹⁰. Si tratta di una sorta di regolarità che non solo troverà conferma nell'opinione prevalente dei costituenti, ma che può riscontrarsi anche nel dibattito contemporaneo e che, in quanto tale, va assunta come un'avvertenza da ora in poi: si discute molto sul senso da attribuire ad un controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi, fino anche al punto di non ravvisarlo affatto, ma in genere si è abbastanza concordi nel ritenere che esso non è destinato a tutelare l'ordine costituzionale dinanzi a gravi minacce alla sua stabilità¹¹.

Ad esempio, già per l'avversario di Schmitt – Hans Kelsen – la giustizia costituzionale, per quanto sia pensata in polemica contrapposizione con il principio di sovranità e abbia il precipuo scopo di impedire che legislativo o esecutivo si ergano ad unici interpreti e custodi della costituzione, è assunta a mezzo volto a garantire «l'esercizio regolare delle funzioni dello stato»¹² ovvero serve proprio ad evitare di arrivare ad una situazione di conflittualità difficilmente gestibile da parte di un

¹⁰ Cui Schmitt accenna appena: cfr. CC., p. 47 e ss. Sulla giustizia politica fondamentale il rinvio a O. KIRCHHEIMER, *Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecke*, Luchterhand, Berlin-Neuwied 1965, da leggersi con le osservazioni di P.P. PORTINARO, *Il problema della giustizia politica. A partire da Otto Kirchheimer*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2013, p. 225 e ss.

¹¹ Cfr. su questo punto il parallelismo fra Schmitt e Locke in D. CASSON, *Emergency Judgment: Carl Schmitt, John Locke, and the Paradox of Prerogative*, in "Politics & Policy", 2008, p. 944 e ss.

¹² H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)* (1928), in ID., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1981, p. 146 (corsivo aggiunto) – d'ora in poi la citazione a piè di pagina di quest'opera avverrà con l'abbreviazione GGC.

tribunale costituzionale e ciò perché un'istituzione di questo tipo «è strumento del tutto inutile per impedire il trapasso allo stato totale»¹³.

Ma più o meno negli stessi termini si esprime uno dei maggiori teorici contemporanei della giustizia costituzionale – Gustavo Zagrebelsky. Per Zagrebelsky, infatti, non solo «tutte le volte in cui le questioni costituzionali si pongono in termini di conflitti di civiltà o di *Kulturkampf* (...) la giustizia costituzionale, come funzione terza e *super partes*, è contraddetta e, invece di aprirsi e prendere campo, si rattrappisce e fallisce il suo scopo»¹⁴, ma addirittura la presenza di un conflitto del genere, se non può essere formalizzato fino al punto da escludere il sindacato su una tipologia di leggi, può assurgere a criterio interpretativo della funzione della Corte Costituzionale, spingendola a decidere di «non decidere o attendere il tempo in cui, stemperate le controversie politiche, si possa farlo senza mettere in gioco la lealtà costituzionale»¹⁵.

Concetto sostanziale di giurisdizione

Un primo dato da evidenziare è che, per Schmitt, il concetto di giurisdizione ha natura *sostanziale*. La funzione giurisdizionale è tale non per la forma attraverso cui è esercitata: non lo è perché esercitata da quei funzionari chiamati 'giudici' e non lo è nemmeno se, ad esempio, si è obbligati a motivare la decisione oppure chi decide è imparziale rispetto alle parti interessate alla stessa oppure è indipendente rispetto ad altri poteri pubblici. Tali forme sono piuttosto le *conseguenze* delle caratteristiche intrinseche della funzione giurisdizionale, che sono compendiate dalla sua natura *applicativa*: il giudice è colui il quale applica norme ad un caso concreto.

¹³ H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* (1930-31), in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., p. 269.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 275.

¹⁵ Ivi, pp. 299-300. E del resto già Schmitt afferma (CC., p. 82) che «la tendenza di ogni corte composta di giuristi di professione a rimanere nell'ambito del terreno oggettivo della giurisdizione non la si può raffigurare come una cautela puramente politica o addirittura come subalterna pusillanimità». Cfr. in senso analogo M. STOLLEIS, *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, in "Ratio juris", 2003, p. 279, per il quale «A state in crisis cannot be saved by the judiciary, at any rate not by the judiciary in the traditional sense»; sulla tutela emergenziale cfr., a titolo introduttivo, J. FERREJOHN-P. PASQUINO, *The law of the exception: A typology of Emergency Powers*, in "International Journal of Constitutional Law", 2004, p. 210 e ss. (ove le corti al massimo sono chiamate a svolgere un controllo *ex post*).