

## PRESENTAZIONE DELLA SESTA EDIZIONE

Dopo le edizioni del 1998, 2001, 2004, 2009 e 2014 – tutte accompagnate da numerose ristampe – ecco la VI edizione, 2018, di questi *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Se, naturalmente, siamo soddisfatti di questo risultato – suffragato dall'onore della generosa adozione di tanti, e autorevoli, colleghi – avvertiamo anche, e interamente, la responsabilità di continuare ad offrire un testo che cerchi di rimanere all'altezza delle attese.

Sarebbe ipocrita negare che l'opera di minuzioso aggiornamento della giurisprudenza e della dottrina, accompagnata dalla revisione dei tioletti laterali (c.d. scolia), quando necessario degli schemi e soprattutto del testo – in alcune parti riscritto, onde assicurare gli approfondimenti che si sono ritenuti indispensabili (v. per es. la nuova Sez. II della Parte III sui rapporti con le Corti europee) – probabilmente va al di là della funzione meramente didattica di un tradizionale manuale. Tuttavia, nonostante l'oggettiva e crescente complessità dei temi affrontati, si è cercato comunque – per quanto possibile – di sfozzire e rendere più chiare e semplici alcune parti tradizionalmente più ostiche.

Anche per questo, al fine di rendere più agevole la lettura soprattutto degli essenziali riferimenti dottrinali, si è mantenuto nelle citazioni il sistema dei comodi rinvii numerici all'indice bibliografico finale, di molto arricchito.

Ovviamente sono molte le novità – normative, giurisprudenziali e dottrinali – intercorse in questo, per noi, lungo periodo: speriamo di essere riusciti a ricordarle in gran parte e con l'approfondimento richiesto.

Infine e come sempre, non abbiamo difficoltà a dire che, strada facendo, abbiamo scoperto diversi refusi e alcune sviste presenti nella precedente edizione. Ad ogni modo, per quanto intenso e minuzioso sia stato il lavoro di revisione, siamo ovviamente consapevoli che possano esservene ancora: ringraziamo fin d'ora, dunque, i più volenterosi tra i colleghi che generosamente vorranno segnalarceli, sì da metterci in grado, nei limiti consentiti dalle nostre forze, di porvi rimedio in un non lontano futuro.

Soprattutto in questo momento, per varie ragioni particolarmente difficile nella storia costituzionale del nostro Paese, emerge l'importanza decisiva degli organi di garanzia costituzionale e segnatamente della Corte, su cui finisce col riversarsi, piaccia o no, buona parte dei problemi (non solo istituzionali) più urgenti e delicati che affliggono l'Italia contemporanea. Come in tutti i tempi di crisi, ruolo e funzioni degli organi di garanzia in generale tendono ad accrescersi per una na-

turale ma difficile supplenza. Per di più questo avviene, oggi, nel quadro di delicati legami, forse controversi ma sempre più stretti, con gli ordinamenti internazionale e dell'Unione Europea.

Desideriamo, infine, ringraziare – per i non pochi suggerimenti ricevuti – in particolare i Proff. Claudio Panzera e Alessio Rauti e la Dott.ssa Simona Polimeni.

GLI AUTORI

PARTE I

ORIGINI (E FONTI)

DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La “giustizia costituzionale” nel quadro della teoria generale della Costituzione. – 2. Profili storici e cenni di giustizia costituzionale comparata. – 3. La genesi della Corte costituzionale italiana. – 4. Il problema delle fonti “della” e “sulla” Corte.



## 1. La “giustizia costituzionale” nel quadro della teoria generale della Costituzione

A differenza della Dottrina dello Stato, che è una materia universitaria caratterizzata da piena autonomia “scientifica” (benché certo risenta non poco dell’influenza del Diritto costituzionale e della Filosofia del diritto), la Giustizia costituzionale o Diritto processuale costituzionale – al pari del Diritto parlamentare e del Diritto costituzionale regionale – è soltanto una branca del Diritto costituzionale.

Tuttavia, se formalmente si tratta di un insegnamento universitario caratterizzato da mera autonomia *didattica*, e non *scientifica*, rispetto al diritto costituzionale, è pure evidente che sarebbe oggi inconcepibile un “diritto costituzionale” *senza* una “giustizia costituzionale”, al punto che si può parlare di un’eccezionale rilevanza scientifica della giustizia costituzionale nel quadro degli studi costituzionali, come del resto conferma la presenza ormai di un’impressionante mole di studi ad essa dedicati, crescente in modo progressivo soprattutto negli ultimi trent’anni (e quantitativamente seconda, forse, solo agli studi regionalistici). Il riferimento – oltre agli innumerevoli saggi e alle molte monografie, che rivelano l’esigenza di un continuo e costante aggiornamento<sup>1</sup> – è alla periodica memoria e riflessione scientifica sull’organo<sup>2</sup>, all’ampia manualistica<sup>3</sup>, alla connessa produzione di appositi “codici”<sup>4</sup> e all’esistenza di riviste non solo *ad hoc* (benché generaliste) sul tema<sup>5</sup>, ma addirittura specialistiche “di settore”<sup>6</sup>.

*Mera autonomia “didattica”, ma eccezionale rilevanza “scientifica”, della giustizia costituzionale*

A ben vedere, il processo costituzionale è, in sé, un emblematico paradigma della più generale idea della Costituzione – non solo come atto, voluto dal potere costituente – ma come processo pubblico, quale equilibrio di forze che evolvono nel tempo: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. – davvero *ex multis* – S. BARTOLE [5, 477 ss.] e A. RUGGERI [71, 139 ss. e 72].

<sup>2</sup> Da ultimo, per il sessantennio della Corte italiana, cfr. AA.VV. [120].

<sup>3</sup> Quanto alla manualistica, sorvolando, per ora, sulle ricerche comparatistiche in materia – oltre al presente testo, giunto ormai alla VI edizione con numerose ristampe – cfr. spec. L. MEZZETTI-M. BELLETTI-E. D’ORLANDO-E. FEROLI [1], A. CERRI [10, 2008 e, ora, 13], S.M. CICONETTI [1<sup>II</sup>], E. PALICI DI SUNI PRAT [1], AA.VV. [17, ed. 2017], E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI [1<sup>IV</sup>], G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ [1 e 2].

<sup>4</sup> Cfr., per tutti, P. COSTANZO [8], giunto alla undicesima edizione.

<sup>5</sup> Il rinvio è, eminentemente, a *Giurisprudenza costituzionale*, attiva dal 1957, anno successivo all’inizio delle attività della Corte italiana.

<sup>6</sup> Cfr., per es., CoSS, *Corti supreme e salute*, per i tipi della Pacini giuridica, attiva dal 2002.

<sup>7</sup> Su cui, per tutti, v.: P. HÄBERLE [4]; in Italia, spec. A. SPADARO [21, 343 ss.] e poi L. D’ANDREA [5, 93 ss.]. Per l’incidenza della giurisprudenza costituzionale sui diversi “modelli processuali”, cfr. AA.VV. [82]. Sul “diritto processuale costituzionale” (*Verfassungsprozessrecht*), in Italia spec. M. D’AMICO [4, *passim*], C. MEZZANOTTE [5, 63 ss.], R. ROMBOLI [6, 41 ss. e 46, 2995 ss.], V. ANGIOLINI [8, 1086 ss. e 10, 165 ss.], A. PIZZORUSSO [10, 133 s.], J. LUTHER [1, 3 ss.], A. RUG-

Ciò comporta non solo che sia praticamente impossibile un'adeguata comprensione della disciplina in esame senza una previa conoscenza del Diritto costituzionale, ma anche che sarebbe vano o illusorio immaginarla o concepirla "al di fuori" delle teorie sulla Costituzione: in qualche modo, anzi, già la semplice previsione, nel quadro di un ordinamento costituzionale positivo, di una giustizia costituzionale, implica – come subito vedremo – il riconoscimento di un particolare modo d'essere della Costituzione (si vedrà subito: non solo "rigida").

Forse si può dire di più: non solo Costituzione e giustizia costituzionale sono oggi concetti strettamente connessi, ma – soprattutto in alcuni Paesi anglosassoni – lo studio del *Diritto costituzionale* praticamente coincide con lo studio *tout court* della *Giustizia costituzionale*.

*Il concetto di  
Costituzione*

Le Corti costituzionali (o comunque gli organi di giustizia costituzionale) mirano appunto a "custodire" la tavola dei valori e l'insieme delle regole del gioco fondamentali – e, dunque, il *sistema di limiti giuridici essenziali* "senza sovrano" – di un ordinamento dato: questa è la Costituzione<sup>8</sup>. Il concetto (e l'importanza) della "giustizia costituzionale" non cambiano anche se si accede all'idea, che condividiamo, di una Costituzione «complessa», senza «un unico principio ordinatore»<sup>9</sup>, o persino quella, più discutibile, che le Carte siano in «declino»<sup>10</sup>.

In particolare, a differenza di quelli *flessibili* – di valore ormai pressoché solo storico – gli ordinamenti costituzionali *rigidi*, com'è noto, non consentono di modificare e/o integrare il testo costituzionale semplicemente attraverso lo strumento della legge ordinaria, dovendosi invece ricorrere a una diversa e più aggravata procedura (in Italia indicata nell'art. 138 Cost.). Tra le molteplici cause della "rigidità", sembra ragionevole considerare prevalente quella di sottrarre a maggioranze occasionali la disponibilità di valori ritenuti e qualificati come "superiori".

Ma non può dimenticarsi che, per insuperabili ragioni logico-giuridiche (c.d. principio di *tipicità delle forme*), una parte minima di "rigidità" è presente anche nelle Costituzioni "flessibili": infatti, la stessa legge ordinaria destinata a modificare il testo costituzionale, quanto meno dovrà *rispettare* quest'ultimo nelle disposizioni che appunto disciplinano il procedimento di formazione delle leggi<sup>11</sup>.

---

GERI [48], L. BUFFONI [2, 399 ss.]. Quest'ultima – nel rilevare che «la giustizia costituzionale, per suo conto, è un caso emblematico delle virtù e dei limiti del processo» – opportunamente ricorda «l'ingimento della purezza delle teorie proceduralistiche in ambiente pluralista» in quanto esse «possono garantire prestazioni di unità solo se di esse possono predicarsi metavalori che sono oggetto di condivisione». Approfondimenti sul punto *infra*, più avanti, ove si accenna alla triplice legittimazione del potere nello Stato costituzionale.

<sup>8</sup> Cfr. A. SPADARO [10, spec. 33 s., 55 s., 63 s., ma v. *passim*; 47, 1630 ss.].

<sup>9</sup> Così P. PINNA [2, 157].

<sup>10</sup> Cfr. G. VOLPE [4, 256 ss.], su cui v. A. SPADARO [28, 273 ss.].

<sup>11</sup> Cfr. SANTI ROMANO [1, 265], A. RUGGERI [4, 175 ss., spec. 205 ss.], R. BIN [4, 91 ss.] e, più in generale, spec.: V. ZANGARA [2, 1945 ss.], C. PINELLI [1], A. PACE [2, 4087 ss., 3, 1209 ss. e 4], J. VARELA SUANZES [1, 3313 ss.], M.P. VIVIANI SCHLEIN [1], A. CERRI [10, 7 ss.]. Ma v. già F. RACIOPPI-I. BRUNELLI [1, 196], secondo cui, in termini logici, «una Costituzione o è rigida o non è». Di «elasticità» parla L. PATRUNO [1]. Più in generale sulla revisione costituzionale, cfr. ora S. BAGNI [2, 87 ss.] e AA.VV. [130]. In prospettiva comparata, v. già i saggi raccolti da F.

Tuttavia, il mero carattere di “rigidità” di una Carta probabilmente non è più idoneo – da solo – a esprimere in modo adeguato le ragioni dell’esistenza di un sistema di *giustizia costituzionale*. A ben vedere, infatti, gli organi “di garanzia” – e d’ora innanzi, per comoda convenzione, parleremo solo di Corti o Tribunali costituzionali – hanno l’originaria e prioritaria funzione della difesa non solo della *rigidità* delle Costituzioni positive (*formali-vigenti*), ma anche dell’*intangibilità* del c.d. “nucleo duro” delle stesse, attraverso la teoria dei limiti, sia *quoad formam* sia *quoad substantiam*, alla revisione costituzionale: per l’Italia, la Corte si è esplicitamente riconosciuto questo potere con la notissima sent. n. 1146/1988; ma v. pure, sul “nucleo duro costituzionale”, le nn. 366/1991 e 73/2001. Il nucleo duro costituisce un c.d. “controlimite” sia rispetto alle fonti *interne*, anche di rango costituzionale, sia rispetto alle fonti *esterne* all’ordinamento italiano: segnatamente le fonti *comunitarie*, o come forse è meglio dire *eurounitarie*, e le *consuetudini internazionali* (su quest’ultimo punto cfr. sent. n. 238/2014)<sup>12</sup>. Del resto, evidenti ragioni logico-giuridiche rendono oltremodo difficile (se non impossibile) immaginare una Carta “rigida” che non abbia anche, al suo interno e quale sua *essenza*, un contenuto di particolare valore, che caratterizza la forma di Stato prescelta nel singolo ordinamento, e – come tale – non semplicemente “rigido”, ma addirittura sostanzialmente “intangibile”, pena il venir meno dell’ordinamento stesso.

*Le Corti costituzionali “custodi” delle Costituzioni rigide e in parte intangibili*

Il concetto di “nucleo duro” della Costituzione – che in parte è nazionale (del singolo ordinamento) e in parte universale (comune a tutti gli ordinamenti liberaldemocratici e personalisti)<sup>13</sup> – tende a coincidere con il limite *sostanziale esplicito* posto alla revisione costituzionale dall’art. 139 (la «forma repubblicana dello Stato»), da leggersi a copertura generale del principio democratico e dei diritti di libertà<sup>14</sup>. Si accenna così ai c.d. *principi supremi* intangibili, e dunque irrevisionabili, fra i quali è anche quello di “solidarietà” ed in genere i principi costituzionali relativi allo “Stato sociale”<sup>15</sup>, in gran parte confermati dalle Carte internazionali dei diritti, che per lo più riguardano “tutte”

*Il concetto di “nucleo duro” della Costituzione*

PALERMO [1]. Sul problema della “incostituzionalità degli emendamenti costituzionali” v., in particolare, Y. ROZNAI [1].

<sup>12</sup> I trattati internazionali, invece, devono rispettare *tutto* il testo costituzionale (cfr. spec. sentt. nn. 348-349/2007, ma v. pure nn. 49/2015 e 12-43/2018). Da ultimo, sulla necessità di “bilanciare” i vincoli derivanti dal diritto internazionale pattizio con le norme costituzionali interne, v. sent. n. 92/2018.

<sup>13</sup> Cfr. spec. A. SPADARO [21, spec. 371 ss.; 48, 779 ss.], Q. CAMERLENGO [1, 21 ss.], AA.VV. [53], P. FARAGUNA [1].

<sup>14</sup> Su cui, per tutti, v. G. VOLPE [2, spec. 742 ss.].

<sup>15</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-R. TARCHI [1, 382] e ancora AA.VV. [53]. Sui diritti sociali come principi fondamentali e “contro-limiti” al potere normativo comunitario – e comunque sulla necessità di *mantenere* la distinzione fra principi fondamentali, o supremi, dell’ordinamento costituzionale e rimanente parte della Carta – v. fra gli altri, A. SPADARO [59], A.E. BASILICO [1, 213 ss.], C. SALAZAR [19, spec. 116 ss.] e, ora, N. MACCABIANI [2], B. BRANCATI [2] e S. POLIMENI [1, 381 ss. e 3, spec. 227 ss.]. In questo senso, il volto “sociale” del costituzionalismo nasce proprio dall’ineludibile esigenza di trovare un (difficile) equilibrio fra gli opposti principi di *autodeterminazione* e *auto-limitazione* individuale. Sul punto specifico cfr. A. SPADARO [64, 403 ss.].

le persone presenti nel territorio dello Stato e non solo i cittadini, cui dovrebbe essere sempre riconosciuto un valore cogente dalla Corte costituzionale<sup>16</sup>. Per alcuni il limite alla revisione comporta solo l'impossibilità di ritorni al passato (c.d. *revisione regressiva*), sostenendosi invece la liceità della *revisione-programma*, per «l'assenza di limiti giuridici alla progettualità costituzionale»<sup>17</sup>. Tuttavia, sembra di poter dire, a proposito, che – in astratto – anche “revisioni-programma”, che pure non mirano a restaurare sistemi di valori pre-costituzionali illegittimi, possono talvolta presentare vizi di costituzionalità. La Costituzione, infatti, pur essendo passibile (e meritevole) di aggiornamenti, non è aperta ad “ogni” sviluppo futuro (si pensi solo – nel delicato campo della bioetica – all'eugenetica). In questo senso, i concetti di intangibilità e di revisione devono esser definiti sempre secondo un uso accorto del criterio di “ragionevolezza”<sup>18</sup>. È pure opportuno precisare che la difesa intransigente del c.d. nucleo duro delle Costituzioni ad opera delle Corti costituzionali presuppone una popperiana “società aperta” e non va confusa con gli eccessi, se non addirittura degenerazioni, di cui sono espresse alcune leggi (soprattutto americane) – successive agli attentati terroristici del settembre 2001 a New York – miranti a creare invece modelli più esasperati di “democrazia protetta”<sup>19</sup>.

Proprio la delicata funzione – di protezione “ad oltranza” della parte *intangibile* delle Costituzioni (in senso *ideale-materiale*) – mette in evidenza, ove ve ne fosse ancora bisogno, che un vero sistema di giustizia costituzionale non si limita ad accertare la semplice regolarità della “procedura” seguita, meramente rispettosa della rigidità (procedimento aggravato di revisione) o meno (legge ordinaria), dovendo talvolta sanzionare *tout court* l'illegittimità *sostanziale* della legge in relazione ai valori fondanti, e dunque “supremi”, dell'ordinamento dato, quale che sia la procedura seguita, foss'anche quella aggravata di revisione. Se ci si riflette un attimo, si comprende che soprattutto tale facoltà ormai universalmente attribuita ai Tribunali costituzionali – di difesa intransigente del “nucleo duro” di ogni Carta, oltre che di generica difesa della mera *rigidità* – costituisce «una sfida al carattere democratico dell'ordinamento giuridico», al punto che la questione della sua «legittimità democratica» rappresenta un «*mighty problem*, un problema formidabile»<sup>20</sup>. In effetti, non si può ignorare il dato della natura *apparentemente non democratica*, anzi di fisiologico «contralta-

*I problema: perché i custodi delle Costituzioni democratiche non hanno legittimazione democratica?*

<sup>16</sup> Cfr., fra gli altri, AA.VV. [114, 115, 116 e 117] e A. SPADARO [66 e 67, 293 ss.]. Si segnala che fra i “diritti” garantiti a *tutti* v'è anche – per quanto possa sembrare paradossale – quello di “avere doveri”: sul punto cfr. la sent. cost. n. 119/2015 e il lucido commento di A. RAUTI [17]. V. pure la bibliografia indicata nelle note dalla n. 107 alla n. 115.

<sup>17</sup> Cfr. G. SILVESTRI [3, spec. 1206 ss.].

<sup>18</sup> Cfr. A. RUGGERI [12, 106 ss.]. Sulla ragionevolezza v. *infra*, Parte III, Sez. II, §§ 3-4. Sul *referendum* nella revisione costituzionale, v. G. FERRI [2]. Sul rapporto fra Corti costituzionali e potere di revisione, v. L. PEGORARO [3, 903 ss.]. In genere, sui limiti alla revisione, M. PIAZZA [1] ed E.A. FERIOLI [1]. Cfr. pure gli interventi di Benvenuti, Ruini e Moro in Assemblea Costituente (sed. pom. 3 dicembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segr. gen. Cam. dep., vol. V, Roma 1970, 4329 ss.).

<sup>19</sup> Su queste problematiche, per tutti: S. CECCANTI [1], P. PASSAGLIA [7, 606 ss.], P. BONETTI [1] e P. COSTA [1]. Per un particolare profilo: C.S. Vigilanti [1].

<sup>20</sup> Così: M. CAPPELLETTI [7, 65].



re della democrazia», delle funzioni svolte dalle Corti, che – a differenza di quanto forse taluno vorrebbe<sup>21</sup> – sono un necessario «... limite costituzionale nei confronti della democrazia maggioritaria pura»<sup>22</sup>, svolgendo sempre le Corti una funzione «in ineliminabile dialettica [...] con gli organi rappresentativi preposti all'esercizio dei supremi poteri normativi e di governo»<sup>23</sup>.

Per comprendere meglio tale aspetto inconsueto (e, per certi versi, paradossale), bisogna precisare doverosamente che la *giustizia costituzionale* – per com'è nata e si è costruita nel tempo (v. *infra* § 2) – ha veramente senso, beninteso, solo se riferita non a qualunque ordinamento giuridico e nemmeno al mero Stato legale di diritto, ma alla forma più evoluta di quest'ultimo: il c.d. *Stato costituzionale* o *Verfassungsstaat*<sup>24</sup>.

Esso trova uno dei suoi tratti più caratterizzanti proprio nell'esistenza di organi e strumenti di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo (e dei cittadini), anche contro l'operato del legislatore democraticamente eletto. Questo, della *giustizia costituzionale*, costituisce – accanto ai *diritti fondamentali*, alla *separazione fra i poteri*, alla *sovranità popolare* e al *decentramento istituzionale* – uno dei 5 pilastri *giuridici* che, insieme ad altri corollari (pluralismo, laicità, ecc.), perseguono l'obiettivo *meta-giuridico* di realizzare il comune principio di “dignità della persona umana”, fonte ispiratrice primigenia del modello di Stato *costituzionale* e *personalista*<sup>25</sup>. Tutto ciò, del resto, emerge chiaramente anche dalla *Dichiarazione internazionale sulla giustizia costituzionale* (Antigua, 1992), che – fra l'altro – recita: «1. La garanzia e la protezione effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione si presentano come un elemento indispensabile per l'affermazione di un ordine democratico e stabile [...] 3. L'esistenza di una giustizia costituzionale è divenuta un elemento essenziale della garanzia della libertà e degli altri diritti fondamentali. Essa postula in primo luogo l'esistenza di procedure specifiche ed efficaci tali da assicurare la protezione immediata di tali diritti nei confronti delle norme legislative [...] sia nei confronti degli atti incostituzionali dei poteri pubblici o dei soggetti privati [...] 4. [...] Ciò implica l'esistenza di un organo specializzato di giustizia costituzionale».

*I 5 pilastri dello Stato costituzionale personalista*

In conclusione – nonostante sussistano ancora diatribe teoriche sulla distinzione fra

<sup>21</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO [1, 197 ss.; 2, 494 ss.] e M. AINIS [1, 34]; nello stesso filone di pensiero, di esaltazione del principio di sovranità popolare: A. BALDASSARRE [3, 235 ss.] e C. MEZZANOTTE [6].

<sup>22</sup> Così G. ZAGREBELSKY [4, 97 e 9]. Ma che purtroppo questa funzione *naturale* della giustizia costituzionale possa poi, in concreto, essere smentita empiricamente *nella prassi* è ben sottolineato da O. CHESSA [3, spec. 254 ss.]. Sul punto, cfr. ora il dibattito fra R. ALEXEY e L. FERRAJOLI (*et al.*) [1, 7 ss.], S. GEROTTO [1, 11 ss.], M. NICOLINI [3, 49 ss.], S. BAGNI [2, 87 ss.] ed in genere AA.VV. [122, spec. vol. I].

<sup>23</sup> Così U. DE SIERVO [3, 88].

<sup>24</sup> Su cui, fra gli altri, v. soprattutto: P. HÄBERLE [1, 287 ss.; 2, 38 ss.; 3, *passim*; 5, 51 ss.; 6], C. LANDA ARROYO [1], J.J. MORESO MATEOS-M. TROPER [1]. In Italia, spec.: G. ZAGREBELSKY [6, 21 e 38 s.], E. CHELI [2, 264], A. SPADARO [10, 78 ma v. *passim*; 21, 346 ma v. *passim*; 22, 62 ss. ma v. *passim*; spec. 39, 169 ss.; 69, 95 ss.], G. SILVESTRI [13, 25 e 73 ma v. *passim*], e, in genere, AA.VV. [42].

<sup>25</sup> Così A. SPADARO [39, 169 ss.]. Sul concetto di “dignità umana” v. pure: A. RUGGERI-A. SPADARO [1, 343 ss.], C. DRIGO [2, 239 ss.], A. PIROZZOLI [1], G. SILVESTRI [20], A. RUGGERI [62], A. RAUTI [16, 503 ss.], G.M. FLICK [1] A. BARAK [1], G. REPETTO [4, 247 ss.].

le altre giurisdizioni e quella costituzionale nonché sulla definizione, formale o sostanziale, di corte o tribunale costituzionale<sup>26</sup> – la «giustizia costituzionale» è ormai divenuta un «elemento essenziale» e imprescindibile del «costituzionalismo moderno»<sup>27</sup> e, come tale, deve essere necessariamente slegata da ogni legittimazione democratica<sup>28</sup>.

Tuttavia quanto detto non risolve, da solo, la questione reale della *legittimazione* del potere delle Corti costituzionali negli ordinamenti giuridici *democratici*, tutti quelli – per intenderci – fondati sul principio di “sovranità” popolare, principio che ordinariamente si traduce nelle formule di “supremazia” parlamentare e di “centralità” degli atti dotati di forza di legge (*Gesetzeskraft*). Dire che appunto lo *Stato costituzionale e personalista* ha “superato”, senza negarli, questi concetti è insieme giusto e insufficiente.

Chi ha il potere di interpretare la Costituzione ha il potere di “creare” la Costituzione

Infatti, se è vero che il cittadino si avvantaggia dal venir meno della supremazia della legge, essendo quest’ultima ormai subordinata al principio di superiorità della Costituzione (soprattutto perché in essa vengono sanciti i diritti fondamentali che spettano appunto ai cittadini), permane comunque il problema di stabilire effettivamente che cos’è (*id est*: cosa contiene) la Costituzione stessa: problema vecchio, ineludibile e fondamentale. E, con straordinaria acutezza, C. Schmitt – sulle orme del c.d. “cristallo di Hobbes” – lo poneva correttamente sotto forma dell’interrogativo: «*Quis interpretabitur?*». Infatti, solo colui a cui è riconosciuto il potere di interpretazione (*auctoritas*) è in grado di enunciare cosa realmente dice la Costituzione (*quid est veritas*), disponendo per ciò stesso del vero potere sovrano (*potestas*)<sup>29</sup>.

Il diritto costituzionale vivente

Orbene, oggi questa peculiare facoltà (d’interpretazione c.d. *quasi-autentica*) è attribuita in modo prevalente, seppur non esclusivo, proprio alle Corti costituzionali. Tali organi contribuiscono non poco alla determinazione dello stesso concetto di Costituzione in senso *reale-vivente*, disponendo di uno straordinario (perché autorevole e praticamente finale) potere ermeneutico: spetta infatti ad essi, in fin dei conti, la individuazione del “contenuto” (*norme-significati*) presente nei “contenitori” – o proposizioni linguistiche – costituzionali (*disposizioni* significanti).

Si badi: tale funzione “maieutica” spetta solamente alle Corti costituzionali e *non* al legislatore ordinario, cui semmai e invece spetta (insieme a tutti gli organi dei pubblici poteri) la diversa funzione di *attuare* le disposizioni costituzionali, ove possibile proprio nel significato normativo individuato dalla Corte<sup>30</sup>. Non va, tuttavia, ingigantita la funzione delle Corti co-

<sup>26</sup> Per una ricostruzione dottrinale delle questioni accennate, v. le indicazioni bibliografiche riportate in L. MEZZETTI-M. BELLETTI-E. D’ORLANDO-E. FERIOLO [1, spec. 15 ss.].

<sup>27</sup> Cfr. A. SPADARO [45, 2369 s.]. Da ultimo, ora, anche N. OCCHIOCUPO [1], ma v. pure L. FERRAJOLI [1, 2771 ss.] e G. PINO [1, 965 ss.].

<sup>28</sup> Così, M. CAPPELLETTI [7, 65 ss.].

<sup>29</sup> Cfr., fra gli altri, A. SPADARO [10, l’intero § 12 del Cap. II, 395 ss., *ivi* bibl.]. Sulle origini del controllo sulle leggi, P. GROSSI [2, 413 ss.].

<sup>30</sup> È il caso emblematico, per esempio, del “matrimonio” fra persone dello stesso sesso, escluso dalla rigorosa interpretazione dell’art. 29 Cost. fornita della Corte. (sent. cost. n. 138/2010) e non in-

stituzionali: anche se il giudice, di solito, ha maggiori competenze del legislatore, a ben vedere è un uomo come tutti gli altri. Dunque, la superiorità, se di superiorità si vuole parlare, del “diritto giurisprudenziale” (o *judicial review*) rispetto al “diritto legislativo” (o *legislative review*) risiede – oltre che nella diversa legittimazione, anche meta-democratica, della Costituzione – nel semplice, ma decisivo, fatto che di solito i giudici hanno il vantaggio di valutare casi concreti e reali, mentre il legislatore si limita a normare secondo previsioni astratte<sup>31</sup>.

Come meglio si vedrà più avanti, la giurisprudenza costituzionale non si limita a reinterpretare/integrare i significati normativi contenuti nelle leggi e negli atti aventi forza di legge, ma – attraverso il ricorso a tecniche sofisticate, non ultimo un uso accorto e, a volte, persino spregiudicato della motivazione<sup>32</sup> – crea anche norme e dunque diritto “costituzionale” o, se si preferisce, colma «lacune di costruzione» della stessa Costituzione<sup>33</sup>. Si può dunque dire che gran parte dell’attuale “diritto costituzionale vivente” è perciò frutto dell’attività ermeneutica – spesso un’interpretazione c.d. evolutiva – delle Corti costituzionali. E visto che ogni *teoria della Costituzione* tende, per lo più e inevitabilmente, a coincidere con una “teoria dell’interpretazione costituzionale”, allora si comprenderà il nesso inscindibile che unisce non solo la *giustizia costituzionale*, ma pure una moderna *teoria delle fonti* con la *teoria della Costituzione*<sup>34</sup>.

I tribunali costituzionali hanno dunque un potere enorme, che comprensibilmente suscita qualche apprensione e che in qualche modo consente di individuare proprio in essi gli “organi di chiusura” dei moderni ordinamenti liberal-democratici. Oggi proprio le Corti – cumulando nello stesso tempo *auctoritas* e *potestas* – sembrano sovrane<sup>35</sup>. Non è retorico, quindi, porsi la domanda di “chi controlla i controllori” (*quis custodiet custodes?*).

*Il problema:  
Quis custodiet  
custodes?*

Si risponderà fra poco, ma già ora può dirsi che l’esperienza storica conferma, piuttosto, il carattere limitato della *potestas* dei tribunali costituzionali, proprio quando essa più servirebbe (situazioni di profondo mutamento politico, di crisi o, schmittianamente, “d’eccezione”): basti pensare ai fallimenti della *Supreme Court* americana (*New Deal*), dello *Staatsgerichtshof* (conflitto *III Reich-Prussia*), della Corte costituzionale jugoslava (*indipendenza slovena*) e dell’*High Court* sudafricana (*apartheid*)<sup>36</sup>.

truducibile per via di semplice legislazione ordinaria nel nostro ordinamento. Per questa tesi: A. RUGGERI [42, 757] e A. SPADARO [62].

<sup>31</sup> Evidenza quest’aspetto O. CHESSA [3, 248 ss.]. Non va però trascurata l’importanza – ove presente – anche del sindacato *preventivo* di costituzionalità, che si esercita su disposizioni normative in astratto.

<sup>32</sup> Cfr., per tutti, AA.VV. [10, spec. 356 ss. e 568 ss.] e, più in generale, A. SAITTA [3].

<sup>33</sup> Cfr. Z. ZIEMBIŃSKI [1, 41] e, in Italia, spec. A. RUGGERI [10, 144 ss.].

<sup>34</sup> Cfr. spec. A. RUGGERI [12, *passim*].

<sup>35</sup> Così, tra i primi, P. BARILE [1, 907 ss.]. In termini problematici, ora, E. BINDI [4].

<sup>36</sup> Su cui, per tutti: A. SPADARO [9, spec. 455]. Ma v. pure G. VOLPE [1, 165 ss.] e A. PIZZO-RUSSO [4, 28].

III problema: chi interpreta le regole (e dunque "crea" le norme "traendole" dalle disposizioni) è effettivamente vincolato alle regole stesse?

È vero il detto comune per cui *la Costituzione è ciò su cui non si vota*, sicché le Corti costituzionali, semmai, votano sull'*interpretazione* della Costituzione. Ma è appunto questo il problema. I tribunali costituzionali, grazie ai loro poteri ermeneutici, sono vere e proprie *longae manus* nel tempo del potere costituente (la cui eredità qualche volta è conservata o solo aggiornata, ma talora purtroppo dispersa). Non si può dunque negare l'esistenza del pericolo di arbitrii semplicemente in virtù del semplice presupposto che "le Corti stesse sono soggette alla Costituzione". A ben vedere, la questione resta, generando un noto e paradossale circolo vizioso: *gli organi che sono dichiaratamente soggetti alle regole sono anche gli unici interpreti (in senso prevalente e vincolante) delle regole stesse, sicché, per ciò solo, non paiono effettivamente soggetti ad esse*<sup>37</sup>. Tuttavia è ancora possibile – almeno così ci sembra – sminuire il rischio di un potere "arbitrario" e pericolosamente incontrollato delle Corti costituzionali, rimettendo in discussione il paradosso dell'auto-interpretazione testé enunciato. Vediamo perché.

Innanzitutto, bisogna avere il coraggio di affrontare in modo nuovo – "rovesciando" l'impostazione tradizionale – il problema qui esaminato: infatti, se è giusto interrogarsi sulla carenza di legittimazione "democratica" (in senso stretto) delle Corti costituzionali, nondimeno è lecito chiedersi pure quale sia, o debba essere, la "legittimazione" in sé ... di un regime democratico.

Risposte: 1) La Costituzione come limite "metademocratico" alla democrazia

Non si tratta di questione astratta o secondaria, toccando invece le radici profonde del concetto di giustizia costituzionale. Il fatto è, appunto, che una vera democrazia non trova solo in se medesima la fonte della sua legittimazione, avendo invece necessariamente bisogno di un "sistema di valori metademocratici" di riferimento a cui soggiacere essa stessa. Tale sistema in gran parte è costituito, appunto, dalla Costituzione. Si accenna, così, al principio della c.d. "doppia legittimazione" che sta all'origine della Costituzione *democratica* o della democrazia *costituzionale*, l'unico che – in qualche modo – può "spiegare" le funzioni dei tribunali costituzionali e l'anomalia (apparente) di una loro (invece fisiologica) contrapposizione alle scelte democratico-parlamentari.

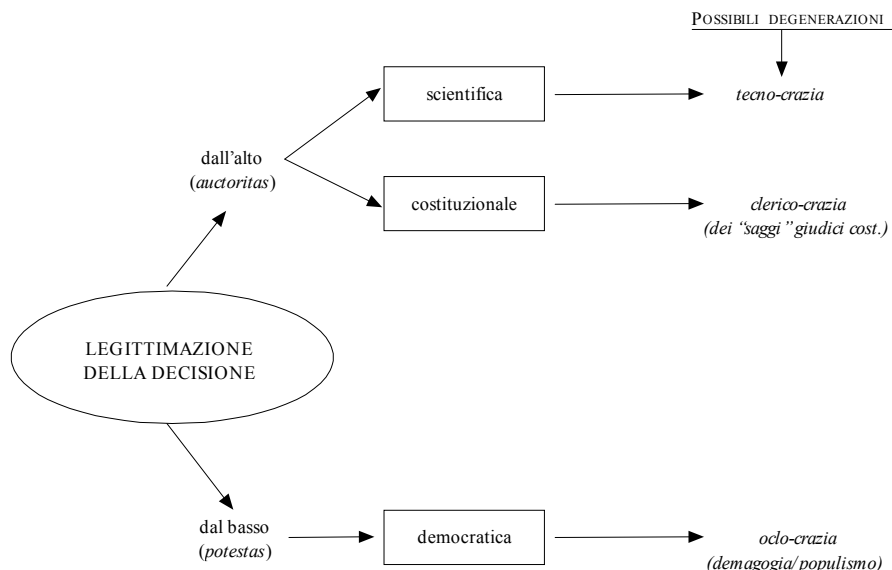
Il principio di "triplice legittimazione" del potere

In tale prospettiva è stato osservato acutamente che «... Le regole dei procedimenti democratici non possono essere prodotte democraticamente»<sup>38</sup>. Proprio in quanto i valori costituzionali sono essenzialmente *meta-democratici*, non è casuale che anche l'"etica pubblica costituzionale" sia qualificabile laicamente come una *meta-etica*, che dunque rende possibili tutte le altre etiche. Ciò spiega pure perché solo una teoria della "doppia legittimazione" – dall'alto (costituzionale) e dal basso (popolare) – del potere

<sup>37</sup> Così A. SPADARO [10, 418 ss. e 14, 127 ss.].

<sup>38</sup> Così O. WEINBERGER [1, spec. 313 s.]. In questo senso si spiega pure l'affermazione secondo cui, alla fine, la Costituzione è «ciò su cui non si vota» (*opinion* del giudice della *Supreme Court* Robert Jackson nel caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* del 1943).

politico appare compatibile con il modello dello Stato costituzionale. In realtà e più precisamente la legittimazione dovrebbe oggi dirsi *triplice* più che doppia, perché essa è singola “dal basso” (democratica), ma duplice (costituzionale e scientifica) “dall’alto”<sup>39</sup>. Un piccolo schema, comprensivo delle “potenziali” *patologie* di sistema, può servire a cogliere meglio il quadro descritto:



Proprio l’approccio segnalato e qui accolto (esistenza di valori costituzionali «meta-democratici»), insieme al riconoscimento che la giustizia costituzionale non può essere «giustificata positivisticamente», sono concetti che non possono essere ricondotti semplicemente all’idea – tanto giusta quanto insufficiente – che «la Costituzione è la legge del pluralismo»<sup>40</sup> e che «i tribunali costituzionali non fanno altro che assicurare la stabilizzazione di una decisione democratica e cioè della decisione costituente»<sup>41</sup>. Più esplicitamente forse potrebbe dirsi che la Costituzione è il modo di tradurre storicamente e giuridicamente, dunque in forma imperfetta, la perenne aspirazione giusnaturalistica alla “giustizia”, destinata a rimanere sempre *in fieri*. Da ciò la straordinaria centralità, nel diritto contemporaneo, della “giustizia costituzionale” e del connesso principio di “equità-ragionevolezza”.

Tale impostazione presenta il vantaggio, a parere di chi scrive, di escludere che la meravigliosa e classica nozione di *democrazia costituzionale* possa ridursi a quella di mera “democrazia critica”, capace di rimettere in discussione tutto, dunque persino se stessa. Altrimenti detto: il pluralismo (*democratico*) può sopravvivere “soltanto” nel quadro di un sistema assiologico (*costituzionale*) caratterizzato dalla presenza “anche”

<sup>39</sup> Sull’idea di “meta-etica costituzionale” cfr. A. SPADARO [54, spec. Parte III]. Sulla scomposizione della legittimazione, da doppia in triplice, sempre ID. [10, 319 ss., spec. 325 ss. *Infra* pure 85 ss., 116 ss., 415 s. ma v. *passim*; 22, 17 ss.; 39, 169 ss.; 41, 569 ss., da cui è tratto lo schema qui riprodotto, e 72]. Un’analisi comparata delle teorie sulla legittimazione degli organi costituzionali è ora in L. MEZZETTI-M. BELLETTI-E. D’ORLANDO-E. FERIOLE [1, spec. 168 ss.] e in AA.VV. [122, spec. vol. II].

<sup>40</sup> Così G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ [1, 37 ss.].

<sup>41</sup> Così M. LUCIANI [15], che pure parla della giustizia costituzionale come di un «elemento evidente di aristocrazia presente nelle Costituzioni».

di *valori meta-democratici*, i quali possono essere realmente e dialetticamente un limite al principio democratico, o della sovranità popolare, solo a condizione che non traggano *esclusivamente* da quest'ultima la loro fonte di legittimazione, godendo invece di intrinseca "auto-legittimazione". A ragione la dottrina tedesca parla, in merito, di *selbst-legitimation*. Si accenna così ai ricordati limiti intrinseci insuperabili di una concezione meramente "proceduralista" (ammesso – e non concesso – che esistano procedure "pure" e "neutre") della Costituzione.

La legittimazione delle Corti "costituzionali" non può essere (solo) "democratica"

Si comprenderà infatti che, se lo stesso regime democratico – inteso in senso stretto – ha bisogno di una cornice *metademocratica* di valori che ne limitino la forza, a maggior ragione le Corti costituzionali – che di tale cornice sono custodi – non potranno certo che avere una naturale carenza di legittimazione democratica. Né va dimenticato che uno dei valori (e certo non l'ultimo) che le Corti custodiscono è quello stesso, irrinunciabile, della procedura democratica nelle volizioni politiche produttive di fonti giuridiche. In conclusione, dunque: le Corti sono indispensabili (allo stesso regime democratico) non "benché" siano carenti di legittimazione democratica diretta, ma – al contrario – proprio "perché" ne sono prive.

La c.d. "forza politica" dei "tribunali" costituzionali

Le Corti garantiscono così l'*equilibrio* fra i due poli (sovranità popolare, da un lato, e supremazia di un sistema di "valori costituzionalizzati", dall'altro), ma pendono necessariamente verso il secondo: non esercitando attività di indirizzo politico in senso stretto, sono infatti organi giudiziari dotati di *forza politica*<sup>42</sup> con funzioni giuridico-arbitrali di *custodia-garanzia* anche – se non soprattutto – nei confronti degli stessi atti (leggi) in cui si traduce la *sovranità popolare*<sup>43</sup>.

2) Le Corti costituzionali non sono elette "dal" popolo, ma operano "in nome e per conto" del popolo

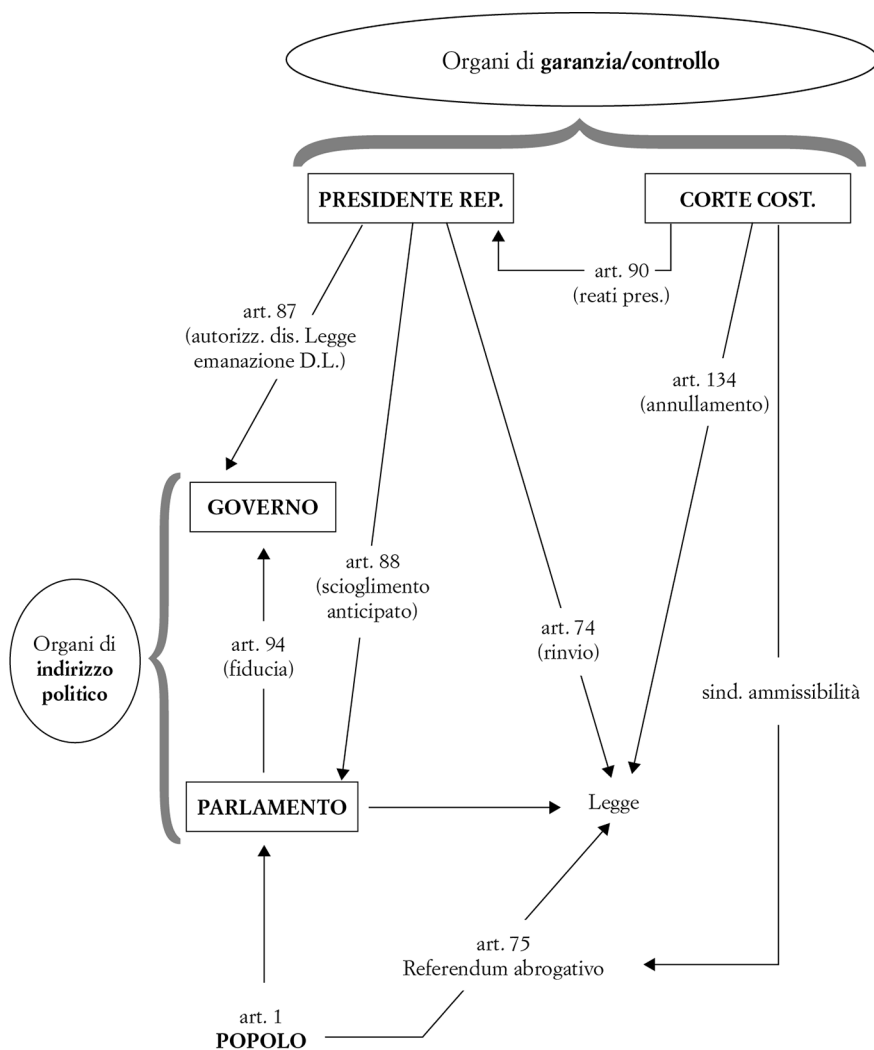
Nell'attuale Stato costituzionale, contro gli atti (leggi) in cui si traduce praticamente la *supremazia* parlamentare, di solito i consociati possono tutelarsi essenzialmente in due modi: dal basso, attraverso gli strumenti di democrazia diretta (segnatamente i *referendum* abrogativi) e, dall'alto (a parte, talvolta, il potere di rinvio delle leggi o addirittura, più in generale, di scioglimento-sanzione del Parlamento ad opera del Capo dello Stato), attraverso l'annullamento delle leggi, e in genere degli atti in contrasto con la Costituzione, ad opera appunto del *Giudice delle leggi* nell'esercizio delle sue funzioni garantiste di custodia. In tal modo le Corti, seppure non espressive di una legittimazione popolare diretta (ordinariamente non essendo "elettive"), tuttavia operano proprio "in nome e nell'interesse" non solo delle minoranze, ma di tutti i consociati (popolo).

Proprio questo complesso sistema di "pesi e contrappesi" costituisce una non trascurabile parte della *forma di governo* italiana, nel cui alveo

<sup>42</sup> Cfr. T. MARTINES [3, 280 ss.; 5, 160] e, pur con terminologia diversa, G. ZAGREBELSKY [10, 273 ss.].

<sup>43</sup> *Sovranità* che, si badi, non coincide esattamente con la *supremazia* parlamentare: così G. BURDEAU [1, 36]. Si ricorda qui che l'ordinamento italiano – che pure prevede alcuni istituti di democrazia *diretta* – è costruito costituzionalmente, al pari della gran parte di quelli occidentali, come una forma di democrazia *rappresentativa*.

opera la Corte costituzionale, fra gli organi di garanzia contrapposti a quelli di indirizzo politico. Per quanto largamente approssimativo, limitandosi per esempio solo a “sottintendere” le competenze della Corte in materia di conflitti (fra poteri e fra enti), può essere didatticamente utile il seguente schema generale:



Come si comprenderà facilmente, è evidente il ruolo centrale svolto dalla Corte costituzionale, sia sotto il profilo della *forma di governo*, sia sotto quello della stessa *forma di Stato*<sup>44</sup>.

*La Corte nella "forma di governo" fra garanzia e indirizzo*

<sup>44</sup> Sul punto, per tutti, cfr. le sagge considerazioni di G. SILVESTRI [25, 183 ss. e 23, 95 ss.]. Per uno sguardo d'insieme, S. CASSESE [1, 603 ss.]. V. pure C. TRIPODINA [3, 1 ss.], E. CRIVELLI [2, 53

Ci sono poi altre ragioni – al di là di queste due prime – che spiegano e giustificano l'apparente carenza di democraticità di ogni tribunale costituzionale.

Possiamo dire, in terzo luogo, che, se è vero (come ricordavamo) che la Costituzione è un *sistema di limiti giuridici essenziali senza sovrano*, allora la Corte – benché “di chiusura” – è solo *uno* degli organi-poteri costituzionali, sicché – in un corretto regime di separazione fra gli stessi<sup>45</sup> – il gioco dei “pesi e contrappesi” del *sistema* dà vita a un equilibrio di cui la medesima Corte è solo in parte arbitro, essendone prim'ancora componente *tout court*. In tale *equilibrio* è difficile immaginare un tribunale costituzionale, capace di farsi irragionevolmente scudo delle sue facoltà ermeneutiche più o meno esclusive. In particolare, non si deve dimenticare che, nello Stato costituzionale contemporaneo, la Costituzione è patrimonio di tutti e che dunque – nei casi estremi – esiste, accanto a quella “magisteriale” (ufficiale/giurisprudenziale) della *Corte costituzionale*, anche l'interpretazione “colta” dei *chierici* (giuristi) e “diffusa” dei *laici* (profani). Nel quadro prospettato, dove peraltro alcune non trascurabili funzioni di garanzia sono affidate anche ad altri organi (Presidente della Repubblica, c.d. Autorità amministrative indipendenti, ecc.), l'ipotesi di una Corte che – in preda a una sorta di delirio da onnipotenza – *abusi* dei suoi poteri, ci sembra piuttosto remota e, quindi, più teorico-accademica che pratica<sup>46</sup>. Nondimeno, qualora si dovesse verificare una simile ipotesi, non disponendosi di idonei rimedi giuridici atti a porre nel nulla le decisioni della Corte (*ex art. 137, u.c., Cost.*), le sanzioni immaginabili avverso il maggiore dei garanti avrebbero natura (ed efficacia) solo politico-istituzionale: concretandosi, dunque, nella critica e/o nella disapplicazione di pronunzie che appaiono “mostruose” alla comunità degli operatori del diritto e ai cittadini. In ogni caso si tratta, come dicevamo, di ipotesi-limite largamente improbabili.

3) *Esiste anche l'interpretazione colta e diffusa della Costituzione*

Sul punto, è appena il caso di accennare al *diritto di resistenza*<sup>47</sup> e segnatamente alla *disobbedienza civile*, che è cosa diversa dall'*obiezione di coscienza* individuale, perché collettiva e ispirata proprio ai valori costituzionalmente condivisi<sup>48</sup>. In realtà, la questione degli atti giuridici “mostruosi”<sup>49</sup> si converte oggi, più che nell'*invalidità*, nella *nullità-inesistenza* degli stessi, eventualmente sanzionabili anche dagli stessi tribunali costituzionali<sup>50</sup>. In merito v. meglio *infra*, Parte III, Sez. II, § 1.

ss.], Q. CAMERLENGO [3, 369 ss.], gli scritti presenti in AA.VV. [91], A. RUGGERI [51, 361 ss.] e ora A. SPADARO [74].

<sup>45</sup> Cfr., per tutti: G. SILVESTRI [1, *passim*; 7, 670 ss.].

<sup>46</sup> Per questa, e per le altre argomentazioni che seguiranno, cfr. A. SPADARO [13, spec. 5 ss.]. Più in generale, sulle perenni tentazioni del *pangiusdizionalismo* e quindi sui rischi di un'iper-trofia del potere giudiziario, v. però le pungenti osservazioni di R.H. BORK [1].

<sup>47</sup> Cfr., per tutti, L. VENTURA [1, 185 ss.], A. BURATTI [1], A. DENUZZO [1] e D. BIFULCO [1].

<sup>48</sup> Per tutti, v. spec. J. RAWLS [1, 302 ss.] e A. SPADARO [54, spec. Parte I, e 64, 403 ss.].

<sup>49</sup> Cfr. A. RUGGERI [13, 24 ss.].

<sup>50</sup> Cfr. A. SPADARO [1, 1283 ss. e 4, spec. 272 ss.].



In quarto luogo, bisogna sempre riconoscere ai legislatori costituzionali – fatti salvi, naturalmente, i limiti assoluti alla revisione – il non marginale potere di “ripristinare” qualunque normativa dichiarata illegittima dalle Corti costituzionali.

Ciò si deduce chiaramente dagli interventi di Codacci Pisanelli e Ambrosini in Assemblea Costituente (seduta pomeridiana del 28 novembre 1947, in *La Costituzione*, cit., vol. V, Roma 1970, 4229, 4242 e 4246). È sintomatico, a proposito, che la prevalente dottrina francese addirittura consideri anche il potere del legislatore costituzionale come “costituente”, limitandosi a distinguerlo dal primo, “originario” (*originaire*), solo per la qualificazione di “derivato” (*dérivé*). Il punto di vista qui prospettato, tuttavia, non è esattamente lo stesso, dovendosi presupporre i ricordati limiti assoluti alla revisione costituzionale. In Italia, dunque, il legislatore costituzionale non è un “costituente”, non avendo il “diritto all’ultima parola” (*droit de dernier mot*) che – almeno a tutela del c.d. *nucleo duro* – spetta invece alla Corte costituzionale.

Ferma restando l’opportunità di non adottare simili provvedimenti “a ridosso” delle sentenze delle Corti (onde non ingenerare il sospetto di violazione sostanziale del giudicato *in fraudem Constitutionis*) e riconoscendo sempre l’intangibilità di una parte (nucleo duro irrevisionabile) delle moderne Carte, è bene rammentare che nessuna decisione dei tribunali *costituzionali* è in grado di “resistere” ai Parlamenti, nella veste di legislatori *costituzionali* e, dunque, di “revisori/integratori” del parametro costituzionale. Ciò dovrebbe valere, a maggior ragione, nel caso di riproduzione di una legge *ingiustamente* caducata dalla Corte, quale forma estrema di opposizione ad un annullamento arbitrario<sup>51</sup>.

Naturalmente, finché funziona la Corte costituzionale, esiste ed è garantito l’ordine costituzionale “vigente”; quando invece ad essa non è consentito di funzionare, al posto del vecchio si pone ed afferma un ordine costituzionale “nuovo”, la cui complessiva caratterizzazione (in senso autoritario) può essere, appunto, fortemente segnata proprio dalla mancanza di un giudice garante della legalità costituzionale: Corti costituzionali e Costituzioni, dunque, *simul stabunt vel simul cadent*.

In quinto luogo, la ricordata e *vexata quaestio* per cui “nessuno controlla (o è in grado di controllare) i controllori” va ridimensionata, non solo per l’esistenza dei ricordati e rilevanti controlli diffusi da parte dei giuristi e dell’opinione pubblica, ma anche perché – da un punto di vista strettamente logico-giuridico – è *necessario* che, almeno formalmente, nessuno possa rimettere in discussione l’operato delle Corti costituzionali (rammentiamo ancora, per l’Italia, l’art. 137, u.c.: «Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione»). Infatti, non è pensabile l’esistenza di un organo deputato ad accertare la correttezza dell’interpretazione fornita dalle Corti ... a sua volta soggetto a controlli. Perciò, onde

4) Fatti salvi i limiti assoluti alla revisione, nessun “giudicato costituzionale” è in grado di resistere al legislatore costituzionale

Corti costituzionali e Costituzioni: simul stabunt vel simul cadent

5) è necessario che esistano “organi di chiusura” (art. 137, u.c., Cost.)

<sup>51</sup> Sul seguito legislativo cfr., fra gli altri, A. RUGGERI [5, 26 ss.].

non scivolare in un infinito (e paranoico) sospetto – volto, in fondo, a rimettere perennemente in discussione la competenza sulla competenza (c.d. *Kompetenz-Kompetenz*) – bisogna inevitabilmente riconoscere, per *convenzione*, “un solo” sistema di controlli costituzionali (accentrato, diffuso o misto, non importa). Pare *ragionevole*, dunque, accettare gli inevitabili rischi connessi al giudizio di ... *ragionevolezza* delle Corti costituzionali, certo senza cedimenti (e, dunque, con accurata vigilanza) ma pure senza inutili pregiudizi: il fatto che *nessuno* controlli il controllore significa, *deve* significare, che, a ben vedere, *tutti* lo controllano.

Ancora, in sesto luogo: se è giusto non “sottovalutare”, è bene anche non “sopravalutare” i poteri dei tribunali costituzionali. Rispetto alle facoltà legislative del Parlamento (*legislative process*), la discrezionalità ermeneutica delle Corti (*judicial law-making*) – il c.d. diritto giurisprudenziale<sup>52</sup> – è attribuzione importante, ma più graduale e modesta. In effetti, esse sono in grado di svolgere in modo realmente incisivo solo il loro compito primigenio: sanzionare le violazioni delle Costituzioni, che in tal modo non appaiono semplicemente altisonanti “pezzi di carta”, ma “codici” giuridici concretamente vincolanti. Ogni *ulteriore* e diverso potere da esse esercitato è inevitabilmente soggetto a contestazioni (latenti o esplicite), diffuse perplessità ed alla non trascurabile alea dell’esecuzione/attuazione, di solito affidata ad “altri”, visto il carattere ordinariamente non autoapplicativo delle decisioni giurisprudenziali. Infatti, per quanti espedienti tecnici e raffinati strumenti operativi utilizzino (si vedrà: decisioni manipolative degli effetti nel tempo, additive, ecc.) e pur considerando kelsenianamente i tribunali costituzionali quali *legislatori negativi*, bisogna riconoscere che essi non sono “strutturalmente” idonei a sostituirsi al legislatore, alla pubblica amministrazione e ai giudici comuni.

Ma si può aggiungere qualcos’altro (settimo argomento a favore delle Corti). Anche laddove i “custodi delle Costituzioni” godano della pronta disponibilità all’esecuzione/attuazione delle proprie decisioni da parte degli organi competenti, permane un limite insuperabile alla loro c.d. “sovranità” (una sorta di presunta “onnipotenza”): quello dell’effettiva *obbedienza* dei sociati al precetto e/o alla chiave di lettura proposta in sede giurisprudenziale. La verità ultima, dunque, è che le Corti costituzionali sono in grado di svolgere le loro funzioni solo a condizione e fintantoché esiste un diffuso “consenso sociale” sulle Costituzioni stesse (*idem sentire de re publica*). E la storia conferma ampiamente questo assunto (cfr. *retro* e l’intervento in Assemblea Costituente di Paolo Rossi: *La Costituzione*, cit., seduta del 3 dicembre 1947, vol. V, Roma 1970, 4329).

6) Ordinariamente i tribunali costituzionali non hanno il potere di attuare/eseguire le proprie decisioni

7) Il potere delle Corti costituzionali è subordinato al principio di “effettività” (consenso sociale sulle Costituzioni)

<sup>52</sup> Cfr. spec. L. LOMBARDI VALLAURI [1] e M. CAPPELLETTI [6]. Ma v. pure: T. GUARNIER [1], M. FIORAVANTI [1, 7 ss. e 2], P. GROSSI [3], M. BETZU [1, 41 ss.], G. SORRENTI [15]. Sul rapporto tra giudici comuni e Corte, v. A. PUGIOTTO [14, 149 ss.].

Come si ricordava, ogni Costituzione è, nello stesso tempo, un *atto* (puntuale nel tempo) ed un *processo* (storico), sicché l'unico modo con cui le Corti possono tentare di superare l'*handicap* prima segnalato è quello di svolgere una delicatissima funzione di equilibrio e bilanciamento. Quindi: non piattamente "conservativa" o di cristallizzazione dei significati della Carta (che pure certo vanno ricostruiti alla luce de – o quanto meno non in contrasto con – l'*original intent* dei costituenti<sup>53</sup>), né ciecamente "progressista" e stravolgente (perché forma di supino adeguamento ad ogni contingente desiderio-pulsione sociale o politica). Le Corti devono invece svolgere una funzione "stabilizzatrice", "moderatrice" ed "equilibratrice"<sup>54</sup>, attraverso un intelligente – e dunque *ragionevole* – aggiornamento nel tempo dei bisogni-valori originari, comunque protetti nel loro nucleo duro intangibile: e questi dovrebbero essere, nello stesso tempo, il fine ed il limite di ogni giurisprudenza costituzionale c.d. *evolutiva*<sup>55</sup>.

*Necessità del  
"bilanciamento".  
La funzione  
stabilizzatrice/  
equilibratrice  
delle Corti*

È innegabile, infine, che le stesse Corti costituzionali – semplicemente svolgendo la loro attività – concorrano non poco alla determinazione ed alla formazione dell'opinione pubblica democratica (odierno volto *mediatico* della sovranità popolare), che a sua volta tende ad influenzare le decisioni delle Corti. Per converso, da tempo e in più sedi abbiamo sottolineato la necessità che le Corti – per quanto è umanamente possibile – non si facciano influenzare dalle contingenti pulsioni che agitano le opinioni pubbliche, i cui mutevoli *desiderata* "non" dovrebbero incidere minimamente sulle decisioni dei tribunali costituzionali. La stella polare che invece dovrebbe guidare questi ultimi era, è e deve restare – nella forma e nello spirito – soltanto il "parametro costituzionale", sia pure in rapporto alla contingente realtà storica e "fattuale" che in concreto origina la questione di legittimità costituzionale. Non esitiamo a ribadire, insomma, che una delle più importanti ragioni dell'esistenza delle Corti risiede appunto nella funzione di "freno" (costituzionale) alle mutevoli pressioni di opinioni pubbliche sempre più manipolabili e capaci di condizionare pesantemente – nonostante l'esistenza di formali divieti di mandato imperativo – l'operato del legislatore. In questo senso, non possono essere sottovaluti i rischi che attualmente corre proprio la *democrazia costituzionale*, non solo in Italia, a causa delle forti *tendenze populistiche* in atto, che qualche volta sembrano rimettere in discussione le basi dello Stato costituzionale di diritto, la cui evoluzione anche per questo sembra incerta. Tale difficile contesto fa emergere ancor di più l'indispensabile funzione di "freno" che incombe sugli organi garanzia, tribunali costituzionali *in primis*<sup>56</sup>. Le Corti, insomma, non devono es-

*Il ruolo dell'opi-  
nione pubblica  
e i rischi del  
populismo*

<sup>53</sup> Cfr., per tutti: AA.VV. [76], M. LUCIANI [13, 1 ss.] e, ora, P. BIANCHI [10, 281 ss.].

<sup>54</sup> Così G. D'ORAZIO [3, 141 ss.], A. SPADARO [1, 1239 ss., ma v. spec. 1252 ss. e 1268 s.; nonché 4, 38 ss. e 44, 1261 ss.] e G. SILVESTRI [5, 248].

<sup>55</sup> V., fra gli altri, A. RUGGERI [1, spec. 259 ss.] e D. FARIAS [1, 212 ss.].

<sup>56</sup> Sul punto, fra gli altri, cfr. spec. A. SPADARO [57, spec. 2007 ss.; e ora 69, 95 ss.; 70; 73 e 74].

sere acquiescenti all'opinione pubblica, in ossequio a un motto amato dallo spagnolo M. De Unamuno: «¿A donde vas Vicente? A donde va la gente».

*Le Corti costituzionali sono vincolate solo al "parametro costituzionale", non all'opinione pubblica o alla coscienza sociale*

L'opinione pubblica rischia di divenire il "nuovo" *sovrano* ed è necessario che le Corti resistano alle pressioni di qualunque soggetto, foss'anche appunto una diffusa "coscienza sociale" o un'agguerrita "opinione pubblica"<sup>57</sup>. Una chiara critica all'ossessivo «richiamo alla coscienza sociale» o al bisogno di «consensi politici, parlamentari o massmediali» viene da diversi Presidenti della Corte costituzionale italiana<sup>58</sup>. Perciò si sostiene qui una tesi diversa da quella propugnata negli U.S.A.<sup>59</sup>, per la quale è possibile un mutamento dei valori fondamentali di una società fermo restando lo stesso testo costituzionale, sicché, gli Stati Uniti avrebbero sperimentato ad oggi ben tre diversi "regimi costituzionali", suffragati dalle diverse interpretazioni della *Supreme Court* in funzione di legittimazione (*conservationist function*). Non possiamo che dissentire da quest'orientamento, perché legato ad un'immagine della Corte non "equilibrata" ma "buona per ogni stagione ... *costituzionale*". Del resto, esso ha trovato – com'era prevedibile – forti oppositori oltre Atlantico, soprattutto fra i fautori della classica funzione antimaggioritaria delle Corti costituzionali<sup>60</sup>. Per altro, la necessità di una funzione "stabilizzatrice" delle Corti emerge soprattutto nelle c.d. fasi di *transizione* costituzionale, quale per molti versi è l'attuale<sup>61</sup>.

*I tribunali costituzionali hanno giuridicamente senso perché il diritto costituzionale liberaldemocratico ha una funzione prescrittiva e non solo descrittiva*

Come si sarà compreso, le concezioni delle fonti e della giustizia costituzionale qui accolte, e brevemente accennate solo in forma introduttiva, rivelano – sul piano della teoria della Costituzione – la necessità, per dirla in breve (e ... alla Dworkin), di prendere sul serio le Carte vigenti, nello spirito e nella forma. Significa pure – sul piano della teoria generale del diritto – confermare la validità dell'orientamento secondo cui la funzione del diritto, e segnatamente del diritto costituzionale, non è meramente *descrittiva*, ma piuttosto *prescrittiva* (*wertgebundene*), mirando essenzialmente esso a "orientare" i consociati verso un predefinito "sistema di valori" formali (procedure democratiche e separazione fra i poteri) e sostanziali (diritti umani). È appunto questo "sistema" (di reciproci limiti "giuridici" fondamentali) che, nei Paesi liberal-democratici, si chiama oggi Costituzione. Ed

<sup>57</sup> Cfr. A. SPADARO [1, 1245 e 1264 ss.; 4, 122 s., nt. 54; 6, 489 ss.; 8, 83 ss. e 361, nt. 18; 13, 4, 19, 287 ss.; 20, 441 ss.], L. PEGORARO [1, 193, 327, 331], E. BETTINELLI [2, 39 ss.], A. RUGGERI-A. SPADARO [1, 355 e 239 ss.], L. CARLASSARE [5, 8], A. SAIITA [3, rispettz. 74, 77, 110 e 328] e ora spec. M. FIORILLO [1, 90 ss.] e A. RAUTI [6, 617 ss.; 7, 83 ss.; 8, 581 ss.], ma v. pure: L. OLIVIERI [3, 551 ss.], G.A. FERRO [1, 487 ss.], M. CAVINO [2, 109 ss.] e, ora N. ZANON [9].

<sup>58</sup> Per es., R. GRANATA [1] o F. CASAVOLA [3, § 3, 22].

<sup>59</sup> Com'è noto, da B. ACKERMAN [2, 58 ss.]. A sua volta, A. BICKEL [1] attribuisce alle Corti costituzionali la funzione di tutelare i *valori*, più che gli *interessi*, ma sempre della ... "maggioranza".

<sup>60</sup> Cfr., in origine, L.R. MITCHELL [1, 342] e T.L. BECKER [1, 229], ma ora spec. J. GATES [1, *passim*] e M. KLARMAN [1, 759]; sul punto v. anche M. COMBA [1, 102 s.] e, in relazione al caso italiano, E. ROSSI [7, 119 ss.]. Resta tuttavia lo scarto fra il modello ideale (anti-maggioritario) e la possibile (opposta) esperienza empirica – che ad avviso di chi scrive costituisce una "devianza" rispetto all'originaria funzione di un tribunale costituzionale – su cui v. ancora O. CHESSA [3, spec. 254 ss.].

<sup>61</sup> Cfr. A. SPADARO [22, 17 ss.].