

CAPITOLO I

GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE DAL MODELLO ASTRATTO ALLA DIMENSIONE APPLICATIVA. L'IMPATTO DELL'ARCHITETTURA ORIGINARIA DEL SINDACATO ALLA LUCE DELL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

Sommario: 1. Il dibattito costituente sull'istituzione di un controllo di legittimità costituzionale di natura giurisdizionale e i suoi limiti. – 1.1. Le voci critiche: le diverse concezioni del fronte liberale e delle Sinistre e la volontà di salvaguardare la sovranità parlamentare. – 1.2. Le proposte finalizzate ad accentuare la natura giurisdizionale del sindacato. – 1.3. L'opposizione all'inserimento degli “enunciati pericolosi” in Costituzione: la tesi del Preambolo. – 2. L'efficacia delle decisioni e il raccordo Corte-Parlamento nella visione del Costituente e del legislatore del 1953. – 3. L'art. 28 della legge n. 87 del 1953 e il vincolo della discrezionalità legislativa. – 4. Un primo bilancio sui limiti del giudizio di legittimità costituzionale. – 5. La naturale vocazione attuativa dei principi costituzionali fra inerzia parlamentare e ruolo di supplenza dell'organo di garanzia. – 6. L'oscillazione del pendolo tra rispetto della discrezionalità del legislatore ed effettività della garanzia. Presupposti teorici di un delicato bilanciamento.

1. Il dibattito costituente sull'istituzione di un controllo di legittimità costituzionale di natura giurisdizionale e i suoi limiti

Come è stato autorevolmente descritto, l'affacciarsi nel panorama costituzionale della Consulta è stato percepito come l'entrata in scena di una figura scomoda andata a fraporsi tra il potere giudiziario e il le-

gislatore: il primo ha percepito che «qualcosa non gli era stato dato», il secondo che «qualcosa gli era stato tolto»¹.

L'iniziale scontro con i giudici comuni sembra essere tuttavia pervenuto a una ricomposizione, lasciando spazio a una condizione di reciproca legittimazione da parte dei due poteri: i primi hanno accettato la compartecipazione all'interpretazione degli atti legislativi da parte della Corte mentre quest'ultima, valorizzando la funzione del cosiddetto diritto vivente, ha dimostrato di voler riconoscere l'importanza dell'attività ermeneutica effettuata dagli altri organi giurisdizionali².

Al contrario, la tormentata relazione con il potere legislativo non sembra essere destinata ad avviarsi verso forme stabili di armonizzazione, potendosi sempre individuare nuovi terreni di frizione. La tensione fra i due organi pare riconducibile a quello «sdoppiamento funzionale degli apparati di vertice della democrazia»³ che accompagna la

¹ V. CRISAFULLI, *La Corte ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 74.

² Si tratta di un equilibrio coraggiosamente costruito e frutto di un processo che si è caratterizzato, come è noto, per rilevanti momenti di conflittualità sin da subito, dall'approvazione delle note sentenze interpretative di rigetto nn. 3 e 8 del 1956. Fin dall'inizio, tuttavia, si è rivelata ingenua l'idea di una reciproca indifferenza e separazione immaginata dal Presidente De Nicola nell'aprile del 1956, quella della Corte «vestale della Costituzione» e della magistratura «vestale della legge». Infatti, sin dalle origini si palesa la profonda interconnessione fra le due funzioni, quella del giudice comune e della Corte, unite dal medesimo oggetto dell'interpretazione, la legge, un legame di interdipendenza brillantemente esemplificata da Pugiotto con la celebre espressione latina «*nec sine te, nec tecum vivere possum*». Tuttavia, dopo quasi vent'anni di profondi contrasti e il timore che si consolidasse una situazione di incomunicabilità fra le due sfere – Sandulli parlava di un «geloso e inflessibile attaccamento» del giudiziario alle proprie interpretazioni – l'affermazione della teorica del diritto vivente, con la sentenza n. 276 del 1974, ha rappresentato il punto nodale della futura distensione. È, ovviamente, un percorso comunque caratterizzato dall'esplosione di saltuari contrasti ermeneutici o nuovi paradigmi interpretativi. A quest'ultimo proposito non può certo passare inosservato l'emergere del presupposto dell'interpretazione conforme, che dalla sentenza n. 356 del 1996 sembra aver assunto il carattere della obbligatorietà, di fronte al quale la dottrina del diritto vivente assume natura cedevole. Pur tuttavia, l'andamento generale sembra segnalare una relazione che è andata evolvendosi verso un modello collaborativo. Non potendo entrare nel merito in questa sede di tale altrettanto significativo sviluppo si rimanda a A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, p. 150 ss.; cfr., altresì, T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *federalismi.it*, 3/2021, p. 130 ss.

³ L'espressione è di L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 515 ss.

nascita della giustizia costituzionale all'interno degli ordinamenti continentali e trova a sua volta origine nei profondi mutamenti che investono lo Stato di diritto e la realtà politico-sociale europea. L'emergere della rigidità costituzionale segna, infatti, il venir meno del mito della supremazia della legge e dell'infallibilità e non limitabilità della sovranità parlamentare. Le Costituzioni, inoltre, diventano lo strumento in grado di porre un sostrato ideologico e giuridico comune all'interno di società pluraliste profondamente disomogenee. In un quadro così articolato viene in rilievo la necessità di creare un organo distinto dall'assemblea parlamentare chiamato a vigilare sull'effettivo rispetto dei principi costituzionali da parte della legge e degli atti equiparati. L'introduzione di un fattore di complessità nel quadro istituzionale, seppur inserito nella rinnovata struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico, rispondeva anche a una esigenza sociale di riconciliazione e integrazione all'interno di un sistema valoriale così eterogeneo⁴.

L'accoglimento del modello accentrato da parte dei principali ordinamenti europei rappresenta la vittoria dell'archetipo giurisdizionale di Kelsen e la recessività delle tesi schmittiane. Tuttavia, la asserita antiteticità dei due modelli di giustizia costituzionale ometteva di considerare che, negli anni in cui tali teorie furono elaborate, normativismo e decisionismo erano accumulati dalla medesima consapevolezza e obiettivi comuni: 1) la percezione che il pluralismo ideologico avesse travalicato la sfera sociale per invadere spazi prima riservati alla dimensione statale; 2) lo spasmodico tentativo di rifondazione delle basi giuridiche dell'unità perduta. L'elemento di distinzione fra i due approcci consisteva nel differente modo di concretare quest'ultima istanza⁵.

Di fronte alla presa di coscienza della «decadenza delle sostanze neutre»⁶ che caratterizzava la società europea all'indomani del primo

⁴ L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., p. 516.

⁵ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia veneziana, 1984 (ristampa Napoli, Editoriale scientifica, 2014), p. 9; per un approfondimento del processo di affermazione dello Stato democratico e della conseguente eliminazione delle «spoliticizzazioni» proprie del secolo precedente cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 101 ss. Sui caratteri costitutivi del normativismo e della conoscenza del fenomeno giuridico v. F. MODUGNO, *Normativismo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978.

⁶ Così C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 7 il quale, con questa espressione, riprende parzialmente le parole e la riflessione di Schmitt secondo cui l'avvio del XX secolo segna il tramonto del "neutralismo" tipico del periodo precedente. Ciò significa che in ogni ambito della vita sociale irrompe il pluralismo e ogni sfera diventa un potenziale terreno di confronto e scontro fra visioni politiche differenti.

dopoguerra e la fallimentare risposta offerta dalla Costituzione di Weimar, la teoria del custode ricercava nell'unità dello Stato, inteso come presupposto ontologico non reale, l'antidoto all'affermazione del pluralismo imperante. In un contesto in cui l'esplosione della società di massa aveva fatto tremare le fondamenta dello Stato liberale, Schmitt riteneva che la modalità per arginare il fenomeno dovesse essere identica alla sua natura. Egli immaginava, pertanto, una soluzione politica, non giurisdizionale: l'intervento decisionista nell'ambito del conflitto del Presidente del Reich, le cui caratteristiche rappresentavano un perfetto bilanciamento fra «elemento costituzionale plebiscitario e (...) parlamentare»⁷.

Il retroterra teorico di questa tesi – ossia il rifiuto di un custode estraneo al circuito politico rappresentativo – si origina dall'idea che qualsiasi azione volta a chiarificare il significato dubbio di un atto normativo porti con sé una ineliminabile componente decisionista. Più chiaramente, l'Autore contesta l'«ingenua» convinzione che la forma processuale possa escludere l'elemento di puro volontarismo che caratterizzerebbe anche l'operato di una Corte costituzionale. L'organo giurisdizionale che interviene per mettere in luce il contenuto oscuro di un atto normativo agisce alla pari di un legislatore e la sua pronuncia non è altro che una «rimozione autoritaria» di tale dubbio⁸.

Nell'immaginario kelseniano, al contrario, la soluzione doveva essere individuata nella edificazione di solidi istituti di garanzia che riaffermassero il primato delle norme. Questa operazione viene ottenuta attraverso l'apposizione di un'istanza presupposta, la *Grundnorm*⁹, che funge da «condizione di pensabilità dell'ordinamento»¹⁰. L'aver preso coscienza dell'inesistenza di valori fondanti, universalmente condivisi, che possano ridare unità al sistema implica una ricerca dell'unificazione in una dimensione procedurale, di metodo, che segna il primato della forma sulla sostanza¹¹.

Si può quindi affermare che in un contesto ideologico in cui la crisi dell'unità valoriale alimentava uno slancio verso la “rottamazione” de-

⁷ C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, a cura di A. CARACCILO, Milano, Giuffrè, 1981, p. 211.

⁸ C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, cit., p. 76 ss.

⁹ Cfr., sul punto, N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Editoriale scientifica, 2009, pp. 24-25.

¹⁰ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 14.

¹¹ A. GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 136-137.

gli strumenti tipici dello Stato legislativo¹² – *in primis* il principio di maggioranza¹³ – Kelsen vede nel procedimento parlamentare e nei suoi fattori costitutivi l'ultima avanguardia contro l'avvicinarsi dell'irrazionale¹⁴. Conscio dell'impossibilità di pervenire alla *Aufhebung*, a una sintesi sostanziale fra posizioni antitetiche, l'Autore si fa promotore delle forme della legalità come unico strumento per incanalare la conflittualità caratterizzante lo Stato moderno entro una pacifica ricomposizione¹⁵. Nell'edificazione di questo sistema di giustizia costituzionale, la teoria kelseniana sulla metodologia della conoscenza riveste poi un ruolo fondamentale. Secondo l'Autore, a qualsiasi attività ermeneutica è connaturato un certo grado di creatività. Per tale ragione lo *ius dicere* non è un'attività puramente neutra ma un'azione in cui la ragione, processo logico-speculativo che consente di pervenire alla enucleazione della norma oggettiva, convive con la volontà, momento creativo che implica la manifestazione di giudizi di valore. Ciò comporta che la maggior libertà del legislatore sia apprezzabile sul piano quantitativo e non qualitativo, e dipenda dal fatto che esso è meno condizionato dal punto di vista materiale¹⁶.

La soluzione al dilemma qui esposto viene a essere ricercata in un

¹²C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, cit., p. 136 ss. si esprime in modo estremamente critico sulla dialettica partitica, asserendo come l'idea che l'egoismo delle diverse formazioni politiche possa essere incanalato e mediato attraverso la procedura parlamentare costituisca una credenza tipicamente liberale. Nello Stato democratico la pluralità di partiti e istanze che si manifestano in ambito parlamentare impedisce l'espressione di una volontà politica unitaria ma si riduce a una volontà «strabica» in quanto semplice sommatoria di opinioni e istanze particolaristiche.

¹³O. KIRCHHEIMER, *Sulla dottrina dello Stato*, in ID., *Costituzione senza sovrano: saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, De Donato, 1982, p. 5 argomenta come, in una realtà ordinamentale fondata sulla democrazia formale, sia venuta meno la forza aggregante di valori condivisi, a meno che non si intenda considerare la «libertà dai valori» come un valore in sé. Di conseguenza, mentre in una democrazia sostanziale il principio di maggioranza è un meccanismo che consente di individuare i mezzi per realizzare il bene comune, in un ordinamento in cui tale collante viene meno «non è affatto evidente perché sia la maggioranza a dover decidere».

¹⁴H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995 così argomenta: «Il principio di maggioranza col distinguere la totalità degli assoggettati alla norma in due soli gruppi, maggioranza e minoranza, crea la possibilità di un compromesso. Compromesso significa: posposizione di ciò che divide gli associandi, a vantaggio di ciò che li unisce (...). L'intera procedura parlamentare mira al raggiungimento di una via di mezzo fra opposti interessi, di una risultante delle forze sociali antagonistiche» (p. 177 ss.).

¹⁵H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 155.

¹⁶H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, III ed., Torino, Einaudi, 1975, p. 386.

sistema che permetta alla ragione di ergersi a guida primaria dell'organo di garanzia: la Corte costituzionale deve immaginarsi come un soggetto privo del potere di compiere scelte, poiché l'unica finalità della sua azione dovrebbe essere l'individuazione del tracciato all'interno del quale possa dispiegarsi la volizione assembleare: «ridurre la volontà del Parlamento nei limiti della ragione»¹⁷. La qualificazione di legislatore negativo discende da tale presupposto e dipende proprio dalla diversa natura dei due organi costituzionali: la Corte esercita una funzione normativa poiché il suo intervento implica la apposizione di una norma generale. Tuttavia, si tratta di un atto *sui generis*, un *contrarius actus*, appunto, definito tale in quanto esso può agire solo in una dimensione di sottrazione, negativa. In sintesi, alla Corte è precluso trarre dalle disposizioni costituzionali una prescrizione normativa poiché questa condotta implicherebbe una manifestazione di volontà che solo il Parlamento può esercitare¹⁸.

In un contesto caratterizzato da un innegabile politeismo dei valori e da una legalità fragile, in quanto sganciata da qualsiasi ancoraggio a valori sostanziali, la Corte immaginata da Kelsen rappresenta l'ultimo baluardo della ragione¹⁹. L'Autore, tuttavia, è altrettanto consapevole del fatto che, essendo la Corte l'organo di chiusura del sistema costituzionale, è difficile individuare forme di controllo che garantiscano l'astensione del custode da valutazioni di natura politica. Non esiste, in altre parole, alcuna possibilità di sanzionare l'ipotetica "tentazione" dell'organo di garanzia di fuoriuscire dal suo ruolo di «monade senza uscite nel mondo»²⁰.

Il pensiero di Kelsen non era di certo sconosciuto al Costituente italiano. Pur tuttavia, l'interesse per gli insegnamenti del maestro della Scuola di Vienna si concentravano in particolare sulla sua autorevole teorica dell'ordinamento normativo. Meno note erano le soluzioni da lui elaborate attinenti alla concreta strutturazione del sistema di giustizia costituzionale²¹. Ciò incrementava la genericità delle visioni delle

¹⁷ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 30.

¹⁸ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, in ID, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 173.

¹⁹ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, cit., p. 74 affermerà infatti che i poteri del legislatore negativo sono definiti dai principi e direttive contenuti in Costituzione; per questa ragione la sua azione è identica a quella di qualsiasi altro tribunale.

²⁰ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 32.

²¹ A. GIOVANNELLI, *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte costi-*

principali forze politiche nella fase precostituente e le difficoltà che si manifestarono poi nel dibattito in Assemblea. In termini più generali, la primaria espressione di tale “inconsapevolezza” era costituita dalla presenza di una cultura giuridica di elevata qualità ma legata a una concezione tradizionale dei rapporti fra poteri dello Stato e quindi inadeguata a preparare il terreno per un organo inedito e capace di destrutturare i consueti equilibri²².

Ad ogni modo, l’esigenza di introdurre una forma di garanzia giurisdizionale a presidio dei principi costituzionali non era estranea all’esperienza dello Stato liberale italiano, tuttavia, essa si afferma come istanza condivisa e “di partito” solo all’indomani del 25 luglio del 1943²³.

Esisteva un’omogeneità di posizioni sulla necessità di tradurre positivamente il principio della rigidità costituzionale e di sottrarre alla disponibilità del legislatore un decalogo di valori fondamentali. Tale clima era riconducibile alla accresciuta sensibilità per i diritti della persona umana che emergeva a livello sovranazionale ma rifletteva, *in primis*, la specificità dell’esperienza italiana e la comune convinzione che l’istituzione del sistema di garanzia costituzionale rappresentasse il principale segnale di rottura con la cultura giuridica fascista²⁴.

zionale, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, vol. I, *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, p. 404 ss. sottolinea come in tale contesto facesse eccezione Calamandrei le cui proposte mostravano una diretta e profonda conoscenza del contributo kelseniano.

²²C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in ID., *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 690 utilizza la metafora del «tenero virgulto» impiantato in un terreno impreparato ad accoglierlo; cfr. altresì F. BIAGI, *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 133 il quale parla di una Corte che risultava, in quel contesto storico politico, quasi un’«incognita» o, comunque, un’innovazione caratterizzata da un alto tasso di sperimentalità.

²³M. BATTAGLINI-M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, II ed., Padova, Cedam, 1960, p. 47 evidenziano, infatti, che, nel momento di massima crisi dello Stato liberale, nel 1925, voci isolate avessero auspicato l’instaurazione di un sistema di garanzia dei diritti di tipo giurisdizionale fra i quali il Procuratore generale Appiani, nel discorso di inaugurazione dell’anno giudiziario, e Filippo Turati, in occasione della predisposizione di un programma delle opposizioni.

²⁴Il richiamo alla drammaticità delle vicende passate e la sua correlazione con le scelte istituzionali rimarrà una costante dell’intero processo costituente. Sul punto v. M.S. GIANNINI, *Relazione preliminare sul tema «Rigidità o flessibilità della Costituzione»*, in G. D’ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 122 ss.; si vedano altresì le considerazioni espresse nella relazione finale presentata dalla Commissione Forti all’Assemblea Costi-

Osservando le posizioni dei partiti nella fase antecedente l'inizio dei lavori emerge, con l'unica eccezione del PCI²⁵, uno slancio verso uno spiccato garantismo «giuridico e giurisdizionalizzante»²⁶ delle tutele costituzionali, seppur caratterizzato da profonde differenze che poi si esprimeranno in tutta la loro conflittualità in Assemblea costituente²⁷. Tuttavia, l'assenza di uno schema istituzionale di fondo consentiva soltanto una mera elencazione delle possibili funzioni del futuro sistema di giustizia costituzionale²⁸. Sembrava ancora permanere una scarsa consapevolezza delle ricadute che la creazione di un garante di natura giu-

tuente, in *Relazione all'Assemblea Costituente – Ministero per la Costituente, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*, vol. I, *Problemi costituzionali, organizzazione dello Stato*, Roma, Stabilimento Tipografico Failli, 1946, p. 7: «[I]e ragioni pratiche si connettono alla nostra triste esperienza di un passato recente, che ha visto calpestati i diritti del cittadino: il che ha reso vivo in tutti il desiderio che la nuova Costituzione offra un sistema di garanzie per la tutela dei diritti medesimi. La impossibilità di modificazioni mediante una comune legge ordinaria, la solennità dell'atto di modifica della Costituzione, la maggiore ponderazione che ne consegue, il dibattito costituzionale, che in un modo o nell'altro dovrà precedere le deliberazioni definitive, sono tutti elementi idonei a offrire garanzie contro le modificazioni troppo frettolose, poco meditate, o, peggio ancora, dovute eventualmente a sopraffazione di gruppi politici»; il profondo impatto dell'esperienza storica verrà in rilievo anche successivamente in Assemblea costituente nell'intervento del Presidente Ruini: «Che cosa significa la possibilità di variare senz'altro, specialmente ed inavvertitamente? Lo abbiamo visto durante il fascismo. Non si può dire che se ci fosse stata una Costituzione rigida lo scempio si sarebbe evitato. La Costituzione rigida, evidentemente, non impedisce le grandi lacerazioni che la storia può produrre ma può, per lo meno, frenare violazioni minori. Rigidità non vuol dire che la Carta non possa essere modificata (...) Vuol dire che quando si voglia modificare la Costituzione occorre una più cauta e meditata procedura» (in M. RUINI, *Intervento*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente* (da qui in avanti citato *Atti dell'Assemblea Costituente*), I, seduta del 12 marzo 1947, Roma, Camera dei deputati – Segretariato generale, 1970, p. 347.

²⁵ Durante il V Congresso del partito, che si tenne a Roma fra il 29 dicembre del 1945 e il 6 gennaio del 1946, Togliatti affermò che le garanzie reali alla tutela della democrazia dovessero essere cercate «in un'altra direzione» rispetto a quella favorevole all'istituzione di un Alta Corte di giustizia costituzionale.

²⁶ G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, Edizioni di comunità, 1981, p. 77.

²⁷ V. N. TRANFAGLIA, *Per una storia politica della Corte costituzionale*, in ID., *Dallo Stato liberale al regime fascista*, Milano, Feltrinelli, 1982, p. 197 ss.

²⁸ Il progetto più risalente dedicato alla Corte costituzionale si trovava nello studio «Lineamenti costituzionali della Repubblica» pubblicato nel 1943 dal partito repubblicano alla cui redazione contribuì in particolare il professor Tomaso Perassi e che poi fu riportato in modo identico nella Relazione tenuta dall'onorevole Conti in II Sottocommissione, cfr. M. BATTAGLINI-M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, cit., spec. p. 48 e p. 86.

risdizionale avrebbe avuto sugli organi rappresentativi. Se veniva data per acquisita l'impossibilità che esso svolgesse una funzione ausiliaria o para legislativa, non veniva ancora affrontato nello specifico il problema dell'eventuale politicità del sindacato e delle sue limitazioni²⁹.

Al contrario, il confronto che avvenne successivamente all'interno della Prima sottocommissione della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (c.d. Commissione Forti) mostrava una più matura conoscenza delle coordinate problematiche all'interno delle quali si collocava l'introduzione di un controllo di legittimità di tipo giurisdizionale. In quella sede si poneva in evidenza, in particolare, non solo l'«indole essenzialmente politica» della futura normativa costituzionale, ma anche il tradizionale timore che il giudizio dell'organo di controllo – giudice ordinario o speciale che fosse³⁰ – potesse invadere la discrezionalità dell'assemblea rappresentativa. Nonostante ciò, emergeva contestualmente come l'ineliminabile politicità e fluidità che caratterizzava le norme e i rapporti fra organi costituzionali non esentasse gli stessi dalla sottoposizione a forme di controllo: nei moderni stati rappresentativi, in assenza di freni, potrebbe essere lo stesso potere legislativo ad esercitare una nuova forma di assolutismo³¹.

La relazione conclusiva presentata dalla Commissione di studio istituita dal Ministero per la Costituente propendeva per l'introduzione di

²⁹ A parte un breve accenno contenuto nel programma della democrazia cristiana nell'aprile del 1946, in cui si chiariva che la istituenda Corte non dovesse subire «influenze politiche», facevano eccezione le articolate considerazioni emerse nella relazione del professor Guido Astuti al III congresso nazionale del partito liberale che si tenne nella primavera del 1946. Egli riteneva indispensabile che fosse congegnato un sistema tale da vincolare il giudizio della Corte a «criteri puramente giuridici» per evitare che essa si ergesse a supervisore degli altri poteri dello stato non estraneo al gioco degli interessi, cfr. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., p. 76 ss.

³⁰ Sulla individuazione dell'organo giurisdizionale competente emersero le tre diverse posizioni dei commissari Selvaggi, Azzariti e Gueli. Se i primi due, pur partendo da punti di vista differenti erano favorevoli a sottrarre ai comuni organi giurisdizionali il controllo di costituzionalità, affidandolo rispettivamente a un'inedita Corte a composizione mista e alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la visione di Gueli era quella di dar forma a un sistema diffuso che coinvolgesse tutte le magistrature, con l'eccezione dei livelli inferiori. In tale meccanismo "a gradi" era possibile un ricorso, con effetti sospensivi sul giudizio, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Il giudizio emanato sia dai giudici di merito sia dalla Suprema Corte, però, avrebbe dovuto avere un effetto esclusivamente *inter partes*. Questa soluzione presentava degli elementi di comunanza con la successiva proposta del relatore Calamandrei.

³¹ Sul punto v. la relazione di V. GUELI, *Relazione preliminare sul tema «Le garanzie costituzionali e in particolare il controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi»*, in G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., p. 145 ss.

un sindacato accentrato affidato ad un organo *ad hoc*³², chiamato a pronunciare l'annullamento con efficacia *erga omnes*, il quale poteva essere adito anche dal singolo cittadino a prescindere dalla lesione di un interesse individuale³³.

Tale embrionale definizione delle vie d'accesso alla giustizia costituzionale, aperta all'azione popolare, rifletteva un'innovativa concezione degli equilibri ordinamentali volta ad assicurare un vigile controllo dei cittadini sull'operato degli organi statuali e del Parlamento stesso, concezione alla quale si ispirava lo stesso favore per gli istituti di democrazia diretta³⁴. Al contempo, la strutturazione del sindacato portava con sé anche quella visione tradizionale secondo la quale la natura generale e astratta di una legge la rende insuscettibile di ledere interessi soggettivi autonomi e, per tale ragione, l'azione che muove il ricorrente non può che coincidere con l'esigenza collettiva al ripristino della legalità costituzionale violata³⁵.

In questa prima bozza, in cui erano presenti tutti gli elementi futuri della istituenda giustizia costituzionale, non veniva ancora esplicitato il problema della democraticità o politicità dell'organo di garanzia.

Infatti, prima di individuare soluzioni pratiche circa la definizione dei limiti all'azione del giudice, dovettero essere superate le voci critiche che si opponevano all'istituzione di un sistema di controllo accentrato. La definizione del modello di giustizia costituzionale va a edificarsi, a partire dall'esordio del dibattito all'interno della Commissione dei Settantacinque (Seconda Sottocommissione Prima sezione), sostanzialmente su due progetti³⁶ i quali, se osservati congiuntamente, conte-

³² I commissari si espressero in favore di un organo con una forte connotazione tecnico giuridica con membri eletti dalla Corte di Cassazione e in proporzione minore dalla Corte dei Conti e dal Consiglio di Stato.

³³ Nella relazione emerge chiaramente una propensione per una concezione del sindacato come controllo oggettivo finalizzato ad accertare che il potere legislativo non superasse i limiti segnati dal tracciato della Costituzione e non come sistema di garanzia dei diritti individuali, benché fosse un'esigenza comunemente avvertita, cfr. *Relazione all'Assemblea Costituente – Ministero per la Costituente, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*, cit., p. 9.

³⁴ E. Malfatti-S. Panizza-R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 26.

³⁵ C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, Giuffrè, 1979 (ristampa Napoli, Editoriale scientifica, 2014).

³⁶ Si aggiungeva in realtà la proposta dell'onorevole Patricolo. Pur risultando estremamente dettagliato con riferimento alla composizione della Corte e alle vie d'accesso, si esprimeva nel senso di affidare alla Suprema Corte un sindacato sulla "validità" e

nevano gli elementi costitutivi del futuro sistema ibrido³⁷. Il progetto di Leone proponeva l'istituzione di una Corte di giustizia costituzionale composta da giuristi eletti dal Parlamento e competente ad annullare le leggi e gli atti subordinati in contrasto con la Costituzione. L'organo di giustizia immaginato dal Costituente poteva essere adito, nel termine perentorio di tre mesi, da una serie di soggetti istituzionali, da un giudice comune o da un cittadino dotato di un particolare interesse a ricorrere³⁸. L'Autore di questo progetto, oltre a contribuire forse in modo più decisivo alla configurazione finale dell'organo di garanzia, era conscio delle problematiche connesse all'istituzione di un sistema di tipo accentrato. Egli poneva in luce, da un lato, la preferibilità di un organo posto al di fuori dei tre tradizionali poteri dello Stato, anche ai fini di sgravare la Cassazione dall'immenso carico di lavoro che avrebbe dovuto sbrigare e, in secondo luogo, non taceva l'esistenza di un «delicatissimo» problema di individuazione dei limiti all'azione dell'organo da definire in modo puntuale, per via legislativa.

Diversamente, il progetto dell'onorevole Calamandrei immaginava un sistema di controllo di tipo incidentale affidato ai giudici comuni. Questi ultimi, agendo d'ufficio o su istanza di parte, potevano essi stes-

“costituzionalità” delle leggi (lett. c e d dell'art. 11 del progetto) senza adeguatamente distinguerli, risultando essere, alla fine, la proposta meno capace di influenzare la futura discussione, cfr. *Relazione e proposta dell'onorevole Patricolo*, in M. BATTAGLINI-M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, cit., p. 98 ss.

³⁷ Benché, sottolinei A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 35, i due progetti fossero ispirati a una opposta concezione istituzionale relativa all'autorità giudiziaria. Il Calamandrei, pur ritenendo indispensabile l'istituzione di un controllo giurisdizionale che si anteponesse all'intervento dell'Assemblea parlamentare, nutrivà il timore che un eccessivo protagonismo della componente giurisdizionale potesse ripercuotersi sulla autorevolezza degli stessi organismi giudiziari. Per tale ragione nel suo intervento chiariva di comprendere le preoccupazioni delle Sinistre e, pur avendo proposto una composizione mista per la istituenda Corte, si mostrava altresì favorevole alla presenza di una componente omogenea di espressione politica nella sua interezza. Al contrario Leone, pur inquadrando i termini della discussione, propendeva per accogliere la sfida di creare un organo di giustizia costituzionale dotato del massimo della «giurisdizionalità», «indipendenza», «obiettività» e composto da giuristi eletti dall'Assemblea nazionale.

³⁸ Il relatore riteneva infatti che il riconoscimento della legittimazione soggettiva del cittadino costituisse espressione della volontà di espandere la pervasività del principio democratico e permettesse di valorizzare la funzione di tutela dei diritti del singolo del sistema di giustizia costituzionale che rischiava di essere sacrificata all'interno dei modelli, come il rispettabilissimo modello austriaco del 1930, che coinvolgeva soltanto soggetti istituzionali; si veda *Relazione e proposta dell'onorevole Leone*, in M. BATTAGLINI-M. MININNI, *Codice della Corte costituzionale*, cit., p. 90.

si decidere della questione di costituzionalità o sospendere il giudizio chiedendo l'intervento della Prima sezione della Corte costituzionale. A questo sistema si affiancava una forma di accesso diretto alle Sezioni unite della Corte azionabile entro tre anni dall'entrata in vigore della legge³⁹.

1.1. Le voci critiche: le diverse concezioni del fronte liberale e delle Sinistre e la volontà di salvaguardare la sovranità parlamentare

Un secondo fattore che sembra aver influito in modo determinante sulla ambivalenza e inadeguatezza del modello di giustizia costituzionale è stata la presenza, all'origine, di posizioni fortemente contrarie all'introduzione di un sistema di controllo accentrato di costituzionalità, seppur animate da ragioni differenti e da una diversa visione dello Stato.

Fra gli esponenti del "vecchio" mondo liberale vi era maggior favore per l'introduzione di un sindacato di tipo diffuso. Tuttavia, a parte Einaudi, che si impegnò a mostrare analiticamente i pregi della *judicial review* di matrice americana⁴⁰, l'opposizione della destra moderata a quel «prodotto di fantasia senza precedenti»⁴¹ quale era la Corte costituzionale sembrava celare in realtà il tentativo di condurre su un altro terreno differenze ideologiche inconciliabili.

Sarebbe infatti apparso contraddittorio il fatto che fra i più convinti

³⁹ Ai sensi dell'art. 31 del progetto Calamandrei, i soggetti legittimati a sollevare la questione in via principale erano: a) il Procuratore generale Commissario della giustizia, su richiesta di almeno 50 componenti di una delle Camere o in conseguenza a una declaratoria di costituzionalità pronunciata dalla Prima sezione della Corte in via incidentale la quale aveva un'efficacia *inter partes* (art. 29 del progetto); b) ciascun elettore con i limiti e nei modi da stabilire in via legislativa.

⁴⁰ Cfr. L. EINAUDI, *Intervento*, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, cit., VI, seduta del 1° febbraio 1947, p. 290 ss.; si trattava di una proposta che, a dire dello stesso Costituente, avrebbe avuto scarse possibilità di successo ma la sua sensibilità per la dimensione degli *iura* contribuì forse, insieme alla proposta Calamandrei, alla futura e poco prevedibile "virata" verso il modello incidentale introdotto dalla legge costituzionale n. 1 del 1948.

⁴¹ L'espressione è di F. S. NITTI, *Intervento*, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, cit., V, seduta del 28 novembre 1947, p. 4203 ss. Per l'illustre Costituente il Tribunale giurisdizionale che si intendeva introdurre costituiva un *unicum* nel panorama continentale ed era frutto dell'improvvisazione dei Costituenti, una «mischiatura strana di elettoralismo, di praticantismo e (...) di incompetenze» capace di creare un profondo turbamento all'ordinato vivere dello Stato.

fattori della necessità di ricostruire l'ordinamento sulle medesime basi del vecchio Stato liberale – separazione dei poteri e centralità della legge – avesse attecchito un'autentica accettazione di un controllo giurisdizionale sugli atti dell'organo rappresentativo. Infatti, mentre le considerazioni di Nitti sulla preferibilità della magistratura ordinaria⁴² sembravano rimaner ancorate a una prospettiva teorica ed erano indicative della difficoltà di abbandonare una concezione tradizionale della struttura dello Stato, ancora minor convinzione traspariva dalle parole di Orlando.

Le sue argomentazioni dimostravano l'impossibilità di sganciarsi dalla visione contraria, veementemente espressa in precedenza⁴³, verso qualsiasi forma di controllo sugli atti del potere legislativo. Ciò non significa che la componente liberale fosse rimasta totalmente immune all'influenza della più recente teorica della funzione garantista di una Costituzione rigida. Dai discorsi dell'illustre Costituente emerge, tuttavia, una profonda sfiducia nella capacità dei giudici di poter sindacare un atto che fosse espressione della sovranità di Stato: quando quest'ultima viene in gioco si paleserebbe «un istintivo timore reverenziale» che impedirebbe «il perfetto equilibrio del valutare la ragione e il torto»⁴⁴. Questa asserzione sembrava avere una funzione tattica. Il vero scopo non era opporsi a una difesa dei valori costituzionali non adeguata a

⁴² L'emendamento presentato da Nitti era il seguente: «quando nel corso di un giudizio è sollevata questione di incostituzionalità di una norma legislativa, la decisione è rimessa alla Corte di Cassazione a sezioni unite» in F.S. NITTI, *Intervento*, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, V, seduta del 28 novembre 1947, p. 4203.

⁴³ Si allude in particolare alle riflessioni orlandiane espresse sin dalla fine del secolo precedente che costituivano la manifestazione, a loro volta, di diffusi orientamenti dottrinali che si opponevano alla estensione dei poteri dell'autorità giudiziaria e confidavano nella capacità del Parlamento di auto contenere i propri eccessi in funzione di garanzia dei diritti fondamentali, v. V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle gaurentigie della libertà*, in *Biblioteca di Scienze politiche*, diretta da A. BRUNIALTI, vol. V, Torino, Utet, 1890, p. 92 ss.; v. altresì A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, Utet, 1900, p. 586. Orlando, in particolare, esprime un approccio alla ideologia istituzionale piuttosto realistico, ammettendo la fallibilità dell'organo parlamentare. Quest'ultima costituisce un fattore fisiologico del sistema e deve essere accettato come parte di un sistema imperfetto, senza cercare soluzione in rimedi esterni di natura giurisdizionale. All'insegna della concretezza e del principio del «contentarsi del meglio», il giurista si oppone alla disapplicazione giurisdizionale di una legge ingiusta in quanto tale soluzione costituiva, a suo avviso, il primo passo per l'anarchia: la sanzione non può che essere ricercata sul piano politico, v. V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1912, p. 135.

⁴⁴ V.E. ORLANDO, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, V, seduta del 10 marzo 1947, p. 1940.

causa di una anacronistica dedizione nei confronti della “Ragion di Stato” ma la volontà di salvaguardare quest’ultimo principio in un clima di cambiamento in cui andava ad edificarsi lo Stato di diritto costituzionale⁴⁵.

Ad ogni modo, le idee avanzate da parte degli esponenti del liberalismo rappresentavano, all’interno del nuovo sistema istituzionale che andava a delinearsi, o soluzioni oramai superate e tecnicamente non proponibili (l’onnipotenza del Parlamento) o proposte non sufficientemente argomentate (il generico richiamo al ruolo autorevole della magistratura ordinaria come garante del sistema). Per tale ragione il loro contributo nella redazione di questa parte della Carta costituzionale non è stato particolarmente rilevante⁴⁶.

Diversamente, la generazione più giovane della stessa area politica riuscirà a intravedere nel nuovo sistema di tutela della Costituzione la riedizione di un cavallo di battaglia del liberalismo giuridico, il diritto di resistenza. In questa ottica, il sindacato di costituzionalità diveniva «l’espressione giuridica continua» di tale garanzia la quale, più che un diritto politico, rappresentava ai loro occhi una «guarentigia comune dei diritti di libertà»⁴⁷.

Dall’altro lato, una convinta opposizione all’introduzione di una forma di controllo sugli atti legislativi proveniva dalle Sinistre. Tale punto di vista si può comprendere a pieno se lo si pone in relazione alla più generale ostilità di tale area politica a qualsiasi istituto che indebolisse o fungesse da ostacolo all’azione di riforma promossa dal Parlamento nazionale, in attuazione dei principi scritti in Costituzione. Alla luce di questa impostazione deve essere interpretata non solo la diffidenza nei confronti di un organo giurisdizionale dotato del potere di annullamento degli atti legislativi ma anche, ad esempio, l’azione di contrasto al bicameralismo differenziato, al decentramento, all’autogoverno della magistratura⁴⁸.

È chiaro che il divario di intenti che intercorreva fra i partiti di Sini-

⁴⁵ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 138.

⁴⁶ G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., p. 116 ss.

⁴⁷ L’espressione è dell’onorevole G. MARTINO, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., VI, seduta dell’11 novembre 1947, p. 402 il quale affermerà, nel corso delle sue argomentazioni, l’imprescindibilità di un sindacato sulle leggi: «[c]ontro gli atti del potere esecutivo, che violano il diritto, il cittadino è garantito attraverso il sindacato giurisdizionale del Consiglio di Stato; non dovrebbe egli essere parimenti garantito contro gli atti del potere legislativo i quali violino la Costituzione?».

⁴⁸ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 169 ss.

stra e la Democrazia cristiana era collocato a monte e affondava le proprie radici nella differente concezione della persona umana e del rapporto fra quest'ultima e lo Stato. La condizione di preesistenza logica e ontologica dell'individuo rispetto all'apparato statale, che funge da presupposto teorico dell'intero disegno istituzionale della componente cattolica, dava luogo, in questo specifico dibattito, alla necessità di dar vita a un sistema di garanzia dei diritti inviolabili della persona che fosse dotato di effettività, in presenza di abusi posti in essere dai pubblici poteri⁴⁹.

Per quanto le posizioni mantenute dalla Sinistra si originassero da fondamenti teorici opposti, il dichiarato atteggiamento che muoveva i suoi esponenti era quello di pervenire a un'attenuazione delle più aspre diversità ideologiche ai fini di dar risposte concrete⁵⁰. Dall'altro lato, tuttavia, la preoccupazione che animava tale componente dell'Assemblea era il fatto che l'istanza di tutela dei valori costituzionali, presupposto giustificativo della creazione di un sistema di controllo accentrato, operasse in realtà come "cavallo di Troia" di un disegno conservatore⁵¹, in direzione opposta a quel processo di rinnovamento economico e sociale che i principi della Carta avrebbero dovuto promuovere⁵².

In tale critica si poteva scorgere, però, anche una contraddizione logica, cioè la difficoltà di conciliare la funzione propulsiva dei valori costituzionali nei confronti del processo di costruzione di un nuovo ordinamento con l'assenza di istituti che dessero consistenza a tale progetto⁵³.

⁴⁹ Sui fondamenti teorici del pensiero personalista è fondamentale l'intervento di Dossetti il quale sottolineò come, in realtà, il principio dell'antioriorità dell'individuo nei confronti dello Stato non rappresentasse la visione di una corrente politica ma «un'ideologia comune a tutti» e che la «precedenza sostanziale della persona umana» nella sua totalità e relazionalità costituisse un terreno comune in cui tutti i Costituenti, anche le forze di Sinistra, potevano riconoscersi, cfr. G. DOSSETTI, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., VI, seduta del 9 settembre 1946, p. 322 ss.

⁵⁰ Cfr. P. TOGLIATTI, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., VI, seduta del 9 settembre 1946, p. 323.

⁵¹ Questo timore è ben esemplificato ancora una volta da Togliatti il quale, nell'esprimersi sul disegno finale della Corte, parlerà di una «bizzarria» finalizzata a perpetuare una logica conservatrice ostile alle trasformazioni sociali e capace di porre un gruppo di cittadini non eletti al di sopra della volontà dell'Assemblea, cfr. P. TOGLIATTI, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., V, seduta dell'11 marzo 1947, p. 1998.

⁵² Per una disamina più approfondita del disegno di rinnovamento che le Sinistre e il partito comunista in particolare avevano in mente cfr. P. PETTA, *Ideologie costituzionali della Sinistra italiana (1982-1974)*, Roma, Savelli, 1975, p. 100 ss.

⁵³ In altre sedi di dibattito viene in rilievo come il problema dell'effettività alle garanzie costituzionali fosse a cuore alle Sinistre, altrimenti si sarebbe palesato il rischio di «fare affermazioni soltanto dottrinarie e la lotta politica e sociale si svilupperebbe al

Il problema risiedeva nel fatto che la diffidenza nutrita nei confronti degli organi tecnici privi di legittimazione democratica⁵⁴ e della loro capacità di opporsi all'azione di trasformazione del legislatore rappresentativo oscurava un dibattito interno più approfondito sulla necessità di fornir concretezza a tali istanze garantiste.

Anche l'asserita sensibilità politica della Corte, che nell'immaginario dei suoi sostenitori l'avrebbe resa più adeguata a tutelare la Costituzione, non placava le preoccupazioni dei suoi avversari, i quali temevano che tale qualità fosse in realtà un modo per spostare la lotta parlamentare in una dimensione para-giurisdizionale, permettendo alle minoranze sconfitte in Parlamento di trovare la propria sede di rivincita⁵⁵. Il timore che la creazione della Corte rappresentasse l'apposizione dell'impronta dominante delle forze cattoliche nel quadro costituzionale e che l'organo giurisdizionale divenisse, quindi, la sede di attuazione di quel progetto di salvaguardia dell'autonomia individuale rimaneva preponderante⁵⁶.

Le divergenze ideologiche, tuttavia, come è stato già affermato, non hanno impedito di condividere la necessità di un soggetto che salvaguardasse la superiorità della Costituzione, a meno che non si volesse tornare, nella pratica, a un regime di costituzione flessibile⁵⁷.

di fuori della Costituzione», v. P. TOGLIATTI, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., VI, seduta del 30 luglio 1946, p. 311.

⁵⁴ P. PETTA, *Ideologie costituzionali*, cit., p. 110.

⁵⁵ Particolarmente incisive furono le parole di Laconi, "costituzionalista" del partito comunista, che si espresse criticamente sui correttivi della forma di governo sostenendo come le espressioni «frenare, limitare, trattenerne», emerse con riferimento all'azione dell'organo rappresentativo, acquisissero un significato politico e nascondessero un atteggiamento di paura nei confronti della volontà popolare. Per questo motivo il partito si sarebbe adoperato contro «vicoli ciechi» e «budelli» capaci di porsi al servizio di questo disegno antidemocratico, cfr. R. LACONI, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., I, seduta del 5 marzo 1947, p. 1780 ss.; tale preoccupazione venne accennata anche dall'onorevole Bertone in occasione dell'intervento sull'emendamento presentato da Nitti. In esso si evidenzia il timore che la Corte possa diventare un «doppione» del Parlamento che ne riproduca «i vizi, le virtù, i contrasti e i difetti» e che con la sua azione si sovrapponga a quella dell'Assemblea, ponendo nel nulla il dibattito democratico avvenuto all'interno di essa, cfr. G.B. BERTONE, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., seduta ant. del 28 novembre 1947, p. 4202.

⁵⁶ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 181 nota 29 sottolinea che ciò che incrementava tale preoccupazione era il fatto che il giusnaturalismo di matrice cristiana, diversamente da quello liberale, non si caratterizza solo per l'apposizione di limiti negativi all'attività legislativa ma si presenta «rinforzato» perché vincola il legislatore all'obbligo positivo di realizzare lo sviluppo della persona umana.

⁵⁷ In questo senso si esprime, fra i tanti, anche da G. AMBROSINI, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., VIII, seduta del 15 gennaio 1947, p. 2033.

1.2. Le proposte finalizzate ad accentuare la natura giurisdizionale del sindacato

Con l'unica eccezione di Nitti che, in coerenza con la sua impostazione liberale, riteneva che il rifiuto di una Corte trascendesse gli orientamenti politici ma fosse una scelta di «serietà», il problema si trasformò, alla fine, come dichiarato da Perassi, in una questione di «organizzazione». Secondo il suo punto di vista il giudizio sulla costituzionalità di una legge non poteva che essere peculiare e necessitava pertanto di essere deferito a un organo *sui generis* come la Corte, la cui composizione avrebbe dovuto riflettere la natura della controversia insorta dinanzi a essa⁵⁸.

Si può dire dunque che, superate le resistenze sull'istituzione di un Tribunale speciale, non sono mancate delle proposte di emendamento volte a modificare il comma 1 dell'art. 126 P.C. licenziato dalla Commissione dei Settantacinque⁵⁹ con il fine di vincolare l'organo di garanzia allo svolgimento di un rigido sindacato in cui non affiorasse alcun barlume di politicità.

Su questa scia si poneva, in primo luogo, la proposta di emendamento di Mastino, volta a far in modo che la formulazione della disposizione risultasse la seguente: «la Corte costituzionale giudica della *giuridica* costituzionalità di tutte le leggi». L'aggiunta dell'aggettivo, osservava l'onorevole, agevolava l'inquadramento dell'essenza del giudizio effettuato dall'organo che avrebbe dovuto consistere in un'«indagine strettamente giuridica»⁶⁰.

Accomunato dalla medesima finalità era l'emendamento a firma di Tosato-Mortati i quali ritenevano opportuno inserire la precisazione che dal giudizio di costituzionalità dovesse essere «escluso qualsiasi sindacato di merito» ai fini di rendere più circoscritto l'ambito di intervento

⁵⁸ T. PERASSI, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., V, seduta ant. del 28 novembre 1947, p. 4210 ss. Accanto a Perassi, si espresse nel medesimo senso G. LA PIRA, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., V, seduta ant. del 28 novembre 1947, p. 4233.

⁵⁹ Art. 126 P.C. «La Corte costituzionale giudica della costituzionalità di tutte le leggi».

⁶⁰ G. MASTINO, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., V, seduta ant. del 28 novembre 1947, p. 4209. Non particolarmente chiara risultava l'ulteriore spiegazione resa dal Costituente il quale, nel definire quale tipologia di indagine risultasse preclusa all'organo di garanzia, affermava che fosse quella volta a prendere in considerazione l'essenza dell'atto legislativo comprendente lo scopo, le finalità e le motivazioni contrastanti con quelle della legge costituzionale.

della Corte. Evidenziando la presenza di lacune all'interno del progetto – l'inadeguatezza delle regole sulla composizione e sul funzionamento che, a suo avviso, avrebbero avuto delle ripercussioni sulla solidità delle garanzie –, Mortati, in particolare, esprimeva la necessità di andare oltre la generica formulazione di «giudizio di costituzionalità» per escludere valutazioni discrezionali dei giudici⁶¹. Tale aggiunta, poi modificata nella sessione pomeridiana con la proposta semplificata di «giudizio di legittimità costituzionale», unita a una composizione della Corte formata esclusivamente da giuristi, appariva ai due proponenti la più idonea a impedire che il giudizio della Corte si trasformasse in un sindacato «materiale» sulle norme⁶².

Una forte esigenza di contenimento traspariva anche nella proposta dell'onorevole Martino di aggiungere un art. 126-*bis*. L'emendamento era così formulato: «La Corte non potrà pronunciarsi sulla validità degli atti legislativi e dei decreti se non in relazione a quelle norme costituzionali, la cui interpretazione non giustifichi una pluralità di soluzioni, una delle quali sia stata adottata dal Parlamento e dal Governo». Tale formula è passata quasi inosservata ma è comunque degna di menzione poiché, per la prima volta, il tema del vincolo alla libertà di giudizio della Corte veniva esplicitamente posto in relazione alla discrezionalità degli organi di indirizzo politico.

Più moderate, ma sicuramente inquadrabili in una visione più realistica del ruolo della Corte, le posizioni di coloro che, pur escludendo che la giustizia costituzionale potesse esercitare un controllo di merito, ammettevano la inevitabile elasticità del giudizio dell'organo di garanzia in quanto finalizzato a porre dei limiti agli eccessi del potere legislativo⁶³. Si argomentava pertanto che nessuna delle formulazioni alternative potesse effettivamente assoggettare il sindacato di costituzionalità agli ordinari canoni dell'attività giurisdizionale se non al costo di depotenziare la sua rivoluzionaria funzione garantista.

⁶¹ C. MORTATI, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., V, seduta ant. del 28 novembre 1947, p. 4217.

⁶² Chiamato ad esprimersi sulla riformulazione dell'emendamento, Tosato chiariva tuttavia che il giudizio della Corte non si potesse arrestare a un sindacato di legittimità formale ma dovesse comprendere anche una valutazione della legittimità sostanziale, cfr. E. TOSATO, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., V, seduta pom. del 28 novembre 1947, p. 4224 ss.

⁶³ Si vedano, in particolare, le argomentazioni espresse dagli onorevoli Ruini, Rossi e Condorelli in *Atti Assemblea Costituente*, cit., V, seduta pom. del 28 novembre 1947, p. 4222 ss.

1.3. L'opposizione all'inserimento degli "enunciati pericolosi" in Costituzione: la tesi del Preambolo

I correttivi proposti, finalizzati ad accentuare il carattere giurisdizionale del sindacato della Corte, rappresentavano comunque la vittoria della concezione del fronte cattolico sulla imprescindibilità di congegnare un sistema di freni all'azione parlamentare. Il concetto di primazia e anteriorità dei diritti della persona umana rispetto allo Stato viene accolto come fondamento del nuovo ordinamento⁶⁴.

In questo contesto il tema della politicità delle disposizioni costituzionali viene inizialmente in rilievo solo in funzione giustificativa, per soffocare le ultime e isolate voci favorevoli all'intervento della magistratura ordinaria⁶⁵. Il richiamo alla forma peculiare della Costituzione lunga e colma di dichiarazioni di principio è stato adoperato in chiave strumentale con l'effetto che solo successivamente si sono palesate le implicazioni che la configurazione del testo avrebbe avuto sul giudizio di costituzionalità stesso.

Infatti, come è stato già rilevato, la scelta Costituente sulla Carta costituzionale costituisce il principale elemento di differenziazione dalle intuizioni del "primo" Kelsen sulla pura razionalità dell'organo di garanzia a cui era estraneo un sindacato "volontaristico". La prima condizione posta da tale modello per evitare la sovrapposizione dei ruoli – alla Corte la ragione del puro diritto, al Parlamento l'espressione di una volontà politica – risiedeva nella formulazione di un atto composto da norme chiare e concise⁶⁶. Questo presupposto viene a mancare in se-

⁶⁴ A BALDASSARRE, *Diritti inviolabili (voce)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, 1989. p. 8 ss. chiarisce come la posizione del fronte cattolico risultasse, tuttavia, tutt'altro che compatta al suo interno. Accanto ai sostenitori di una concezione dei diritti della persona di matrice giusnaturalista, come La Pira, si distinguevano le posizioni di coloro, come Dossetti e Moro, che teorizzavano l'idea di un individuo come "a priori storico", posizioni che, a loro volta, trovavano punti di comunanza con l'umanesimo sociale di stampo marxista che attraversava alcune correnti delle Sinistre. Fu su tali basi che si costruì il difficile compromesso culminato nell'ordine del giorno Dossetti. Nella formulazione dell'attuale art. 2 risultò peraltro decisiva la mediazione dell'onorevole Moro il quale rilevò come la diatriba sulla qualificazione dei diritti come "naturali" o "storici" si rivelasse superflua: la loro forza risiedeva nella loro superiorità, inviolabilità e irrevocabilità.

⁶⁵ Accanto al summenzionato intervento dell'onorevole Perassi, si espresse nel medesimo senso G. LA PIRA, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., V, seduta pom. del 28 novembre 1947, p. 4223.

⁶⁶ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 199 nota 8.

guito alla redazione di una Costituzione lunga e colma di principi, scelta che segna il tramonto definitivo delle tesi dei cosiddetti preambolisti.

Le forze azioniste e liberali avevano infatti sostenuto l'idea che le «proclamazioni generali»⁶⁷ dovessero essere incluse in un preambolo da anteporre alla Carta. Esso avrebbe ospitato la *summa* degli obiettivi programmatici dell'istituendo ordine politico – sociale pur rimanendo privo di valore giuridico. Tale istanza di “snellimento” del dettato costituzionale, finalizzata alla eliminazione delle «note stonate»⁶⁸ dalla Costituzione, portava con sé il neutralismo tipico delle vecchie concezioni dello Stato liberale e appariva ai suoi proponenti l'unico compromesso per l'accoglimento di un sistema di giustizia costituzionale di tipo kelseniano. Si evidenziava in particolare la natura metagiuridica delle formulazioni inserite nel progetto di Costituzione e il fatto che esse fossero insuscettibili di una diretta applicazione. Ad avviso dei detrattori, tali contenuti rappresentavano un'accozzaglia, difficilmente componibile, delle concezioni delle diverse forze politiche presenti in Assemblea che rischiava di trasformare il nuovo testo costituzionale in un atto dal carattere interlocutorio e ambiguo, asservibile a visioni unilaterali⁶⁹.

In questa polemica, volta a conferire alle disposizioni della Carta una «chiarezza cristallina»⁷⁰, è possibile scorgere un'immediata analogia con l'opposizione kelseniana all'inserimento in Costituzione delle cosiddette «norme superpositive». Il maestro praghese riteneva che il richiamo a ideali quali giustizia, libertà, moralità, uguaglianza fosse un'operazione pericolosa perché inerente a concetti che divergono notevolmente a seconda delle personali convinzioni dell'interprete⁷¹.

⁶⁷ V. E. ORLANDO, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., I, seduta del 10 marzo 1947, p. 297 si dichiarò favorevole solamente all'inclusione in Costituzione dei «diritti tradizionali».

⁶⁸ Espressione dell'onorevole R. LUCIFERO, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., I, seduta del 4 marzo 1947, p. 143 ss.

⁶⁹ Sostenitore di questa tesi era, in particolare, l'onorevole Lucifero il quale, a titolo esemplificativo menzionò la pericolosità della vaghezza dell'espressione “rimuove gli ostacoli” che compariva nell'art. 7 del progetto di Costituzione: «(...) perché io vorrei sapere se un giorno dovessero applicarla, ad esempio, i due poli costituiti da me e dall'onorevole Togliatti. Io non so, ma probabilmente io rimuoverei l'onorevole Togliatti e l'onorevole Togliatti rimuoverebbe me, perché tutte e due siamo un ostacolo, secondo la nostra concezione, a che una determinata ideologia si compia» (V. R. LUCIFERO, *Intervento*, in *Atti Assemblea Costituente*, cit., I, seduta del 4 marzo 1947, p. 144).

⁷⁰ Sulla necessità di un Preambolo si espresse in modo incisivo anche P. CALAMANDREI, *Intervento*, *Atti Assemblea Costituente*, cit., I, seduta del 4 marzo 1947, p. 154 ss.

⁷¹ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, cit., p. 188 ss.