

## Recensione

ULDERICO POMARICI

### G. Bisogni, *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico*, Mimesis, Milano 2012

Il lavoro di Giovanni Bisogni completa idealmente la riflessione da lui iniziata sul tema già diversi anni fa a partire dal dibattito costituzionale weimariano. E non a caso. L'autore, infatti, fin da principio, mette in evidenza come il terreno dello scontro teorico post-bellico intorno alla giustizia costituzionale in Italia sia in tutto simile a quello tedesco degli anni Venti, codificato nella polemica fra Kelsen e Schmitt sul Custode della costituzione. I confini di quel dibattito erano infatti tracciati dal problema della politicità di una giurisdizione costituzionale e ciò che ne consegue: il problema che all'interpretazione pongono i diritti inviolabili e il mutamento di forma della democrazia che deriva dall'introduzione di un potere magistratuale che rischiava di diventare concorrente del Legislativo.

Il testo di Bisogni si articola in tre densi capitoli: muovendo da una riflessione sul concetto di giurisdizione nella teoria giuridica europea del secondo dopoguerra, l'autore compie un'approfondita disamina dell'interpretazione costituzionale italiana e dei nodi problematici che ne scaturiscono. Nel testo ritroviamo così il pensiero dei più profondi tra i giuristi italiani: da Carlo Esposito a Mortati, da Carnelutti ad Abbamonte, da Mauro Cappelletti e Pierandrei ad Azzariti, Crisafulli e Barile, dei quali Bisogni registra lucidamente tanto le resistenze legate all'immagine trädita dello Stato di diritto, quanto i punti di innovazione teorica. Il volume si conclude con un capitolo dedicato all'analisi di alcuni aspetti giusfilosofici del problema giurisdizionale.

Il saggio mette innanzitutto in evidenza come il focus del dibattito che si sviluppa fra il 1948 e il 1956 stia nella *natura* dell'organo – la Corte Costituzionale – che si vuole varare. Un organo che – seppur *volens nolens* si collocava *tra* Legislativo e Giurisdizionale, non essendo, non potendo e non dovendo essere né l'uno né l'altro – al tempo stesso condivideva con entrambi i corpi alcune delle loro caratteristiche essenziali. Infatti, da un lato, il potere di eliminare le leggi non rientra nelle funzioni giurisdizionali che giudicano sempre e solo *secundum leges* e mai *de legibus*. Dall'altro, la caducazione della legge ritenuta incostituzionale dalla Corte pur se non sfocia in una legge diversa (la legislazione negativa di kelseniana memoria) nell'effetto *erga omnes* dell'atto,

non è neppure mera applicazione della legge al caso concreto. Così, Bisogni mostra come l'efficacia *erga omnes* della declaratoria di illegittimità costituzionale costituisse nel dibattito un banco di prova per distinguere la decisione della Corte dai giudizi *a quo*. La maggioranza degli interpreti continuava infatti a sostenere il carattere giurisdizionale della Corte. C'era però, oggettivamente, una dismisura fra un potere così vasto e la sua natura apparentemente solo giurisdizionale. Calamandrei, ad esempio, vedeva lucidamente che la questione di legittimità costituzionale «si presenta come problema legislativo e non come problema giurisdizionale» e «la Corte la risolve con una decisione che ha l'efficacia generale di una legge, e non quella particolare di una sentenza», il che rendeva di fatto straordinario quel potere in grado di dichiarare la legge non-diritto. Questo carattere inusitato sembrava accentuare la politicità dell'organo che si stava varando. Come si poteva infatti pensare che la Corte – avendo il potere datogli dalla costituzione di contestare la prima fonte del diritto – restasse un organo limitato a interpretare e applicare senza aggiungere quel *novum* che da Machiavelli in poi è il tratto principe del Politico? Insomma la Corte Costituzionale appare come un istituto non assimilabile a nessuno dei tre poteri fondamentali, ma non riesce neppure a mostrare *immediatamente e in positivo* – nelle discussioni della teoria giuridica – le caratteristiche di un vero e proprio quarto potere.

Tutto il dibattito si muove sullo sfondo della crisi dello Stato-nazione post-bellico: come fare i conti con la storia e con le sue rotture? La domanda di fondo che si delinea nel testo di Bisogni verte sul tipo di giurisdizione che inaugura il controllo di costituzionalità. Le trasformazioni maturate nello Stato costituzionale di diritto implicano l'introduzione di diritti fondamentali che istituzionalizzano quello che Rawls avrebbe poi chiamato con felice espressione il «fatto del pluralismo» e, con ciò, l'interpretazione costituzionale e il bilanciamento fra principi come norme senza fattispecie. L'assenza di una cultura politica egemone, accentuatamente conflittuale, rendeva quindi il compito della Corte molto complesso. Com'era possibile trovare una mediazione fra l'esigenza di porre in essere la Costituzione attraverso la Corte e non abbandonare il principio fondamentale della statualità moderna, il carattere impolitico del giudice che invece diventava, in un certo senso, arbitro della Costituzione? Nelle riflessioni della dottrina primonovecentesca si era avanzata l'idea di un controllo di costituzionalità, ma esisteva sempre il freno rappresentato dall'unità politica dello Stato che il pluralismo sancito dalla Costituzione repubblicana avrebbe reso incerta. Nella seconda metà del Novecento, entrato in crisi lo Stato-nazione e la sua sovranità indiscussa, veniva meno infatti per il Politico il presupposto-guida di quel criterio: la possibilità di costituirsi come unità esistenziale originaria – comunità omogenea di valori, scopi, principi. Il Politico sembra ora pensabile solo come unità costituzionale; unità che diviene e si costruisce a partire da principi giuridici fondamentali

animati dal pluralismo radicale della democrazia. Eppure, la teoria del diritto e dello Stato sembra esitare di fronte a questa svolta epocale. Ma non mancano eccezioni. Mauro Cappelletti, ad esempio, analizzando l'attività e i poteri del giudice costituzionale, invece di ripiegare sugli strumenti traditi di un positivismo giuridico di stampo statualistico rivisitava il concetto di giurisdizione nello Stato costituzionale di diritto: la Corte dispone di una fisiologica, alta discrezionalità interpretativa per l'oggetto del proprio giudizio, le libertà fondamentali scritte in Costituzione, in un procedimento che non è più bilaterale ma a parte unica e con effetti non limitati alle parti del giudizio *a quo* ma validi *erga omnes*.

Anche le sentenze interpretative di rigetto – efficaci solo *inter partes* e con cui la Corte dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale non perché il dubbio di legittimità sollevato dal giudice non sia giustificato, ma perché esso si basa su una «cattiva» interpretazione della disposizione impugnata – mostrano la difficoltà di pensare la Corte in termini puramente giurisdizionali. Bisogni analizza qui la discussione fra Carlo Esposito, preoccupato dalla valenza politica di queste sentenze, e Crisafulli, alla ricerca, invece, di un difficile «compromesso tra l'intenzione di esaltare le potenzialità del giudizio di costituzionalità» e «l'adesione ad un apparato concettuale che appariva sempre meno adeguato». L'autore sottolinea infatti come con queste sentenze si giungesse in una *terra incognita*. Se col mero annullamento delle leggi restava il baluardo della funzione legislativa, una loro piena efficacia giuridica «avrebbe silenziosamente, ma non meno profondamente, alterato i rapporti tra giudice e legislatore» assumendo così la Corte un ruolo di indirizzo politico che rischiava di alterare la divisione dei poteri dello Stato di diritto. Infatti, anche se la legge impugnata restava formalmente in vigore, «sostanzialmente essa avrebbe cessato di esercitare la propria cogenza nei confronti del giudice comune, il quale, più che alla legge, avrebbe dovuto prestare ascolto alle interpretazioni che della legge avrebbe dato la Corte Costituzionale».

