

La giustizia costituzionale in Italia: concetto e realtà

di Giovanni Bisogni

Che cosa è la Corte Costituzionale? E qual è il suo impatto nella vita sociale e politica italiana?

Se queste domande fossero state poste poco dopo l'approvazione della Costituzione repubblicana, le risposte non avrebbero brillato per precisione e determinatezza¹.

In via di estrema sintesi, i costituenti dedicarono poca attenzione a questa istituzione e ben si può dire che sapessero bene cosa la Corte non doveva essere, ma avessero un'idea piuttosto vaga e tutto sommato semplificistica di quale fosse in positivo il suo ruolo. Una prima ragione della sua istituzione senza dubbio derivava dall'intenzione di introdurre il regionalismo: di qui la necessità di metter su un organo che risolvesse le controversie fra Regioni e Stato centrale. Tuttavia, i costituenti erano consapevoli che l'obiettivo più importante da perseguire era una garanzia contro gli abusi del legislativo, soprattutto a causa del recente passato autoritario; eppure, la necessità di questa garanzia non proveniva da una specifica concezione della giustizia costituzionale – come per l'epoca poteva essere quella kelseniana², la quale, infatti, non ebbe eco in Costituente –, ma fu inferita, oltre che da quel recente passato, semplicemente dalla rigidità della ventura carta costituzionale, la quale, se non doveva essere modificabile dal legislatore ordinario, elementarmente richiedeva una istituzione che la tutelasse.

1. Per una ricostruzione dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente circa la giustizia costituzionale è ancora essenziale C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano 1979, ma si vedano anche F. Bonini, *Storia della Corte Costituzionale*, NIS, Roma 1996, pp. 13 ss.; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, il Mulino, Bologna 1998, pp. 100 ss.; C. Rodotà, *Storia della Corte Costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 3 ss.; S. Rodotà (a cura di), *Diritto e culture della politica*, Annali della Fondazione Lelio e Lisli Basso-ISSOCO, Carocci, Roma 2004 (i saggi di E. Cheli e di V. Onida); E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 3 ss.

2. Cfr. la raccolta di saggi – pubblicati tra il 1923 e il 1942 – di Hans Kelsen tradotti in italiano nel volume dal titolo *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1981.

Al tempo stesso, un po' tutti i costituenti erano convinti che il futuro giudice delle leggi, sol perché munito dello straordinario potere di controllare l'atto pubblico massimamente espressivo della volontà democratica, non potesse ergersi a possibile concorrente del Parlamento. La sovranità doveva spettare solo a quest'ultimo, in quanto organo autenticamente rappresentativo del popolo – soprattutto attraverso quella fondamentale mediazione che erano i partiti politici –, e in qualsiasi modo questa garanzia sarebbe stata organizzata non era pensabile che potesse, anche solo in parte, atteggiarsi a «custode della costituzione» di schmittiana memoria³.

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

Il risultato fu quella che potremmo definire l'*indefinitezza* del disegno costituente in tema di giustizia costituzionale. Si pensò di metter su un organo dai contorni apparentemente nitidi, ma all'atto pratico essi risultavano piuttosto evanescenti: la terminologia del testo costituzionale induceva a equipararlo ad un giudice, ma aveva un potere inibito a qualsiasi giurisdizione, ovvero annullare una legge, per di più in posizione tendenzialmente indipendente e, quindi, poco controllabile; era del tutto escluso che potesse partecipare al circuito di produzione dell'indirizzo politico – saldamente presidiato dai partiti seduti in Parlamento –, ma, in virtù di quella prerogativa, finiva quasi involontariamente di occuparsi di “politica” e per giunta con modalità del tutto diverse e ignote al passato; il suo impatto sarebbe dovuto essere limitato a quei pochi casi in cui la dialettica parlamentare avesse apertamente violato il dettato costituzionale, ma fu notato che non v'era alcuna certezza normativa in tal senso e che di fatto lo spazio potenzialmente a sua disposizione era molto meno angusto di quanto la maggioranza dei costituenti fosse disposta a ritenere...

Orbene, si è deciso di esordire dalle scelte dei costituenti non per amor di storia, ma perché si è convinti che esse costituiscano ancora oggi il punto di vista privilegiato per poter provare a rispondere ai quesiti posti al principio di questo scritto. Come si vedrà nel suo prosieguo, se la Corte Costituzionale ha avuto un impatto durevole e significativo nella vita politica e sociale italiana, lo si deve proprio all'*indefinitezza* dei costituenti, la quale a conti fatti

3. Cfr. il testo fondamentale di Carl Schmitt sulla giustizia costituzionale del 1931, tradotto in italiano nel volume dal titolo *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981.

ha finito per lasciarle un ambito di manovra molto ampio, gestito dalla Corte con sagacia e intelligenza, nonostante la mancanza di indicazioni orientative precise provenienti dalla Costituzione. Al tempo stesso, è il medesimo punto di vista quello che permetterà di comprendere perché la scienza politica e giuridica a tutt'oggi non riesca ancora a fornire una risposta soddisfacente circa l'identità di questa istituzione: «Cenerentola»⁴ in Costituente, ben si può dire lo sia rimasta fino ad oggi se uno dei suoi più noti componenti ha rilevato – non poco tempo or sono – che «la Corte costituzionale, tra tutte le istituzioni del nostro Paese, è forse quella meno conosciuta e quindi più spesso travisata», fino al punto da avvertire l'esigenza di «continuare a servire un poco la giustizia costituzionale, cercando di contrastare questa ignoranza»⁶.

1. È notorio quanto la competenza più importante esercitata dalla Corte Costituzionale consista nel sindacato incidentale di costituzionalità delle leggi. Non che le altre competenze – conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato e fra Stato e Regioni; ricorso dello Stato contro leggi regionali e delle Regioni contro leggi statali o regionali; giudizi di ammissibilità dei referendum ex art. 75 Cost.; giudizi d'accusa contro il capo dello Stato per alto tradimento e attentato alla Costituzione (e contro i ministri per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni)⁷ – siano secondari, ma il giudizio sulle leggi promosso da un giudice comune nel corso di una controversia sottoposta al suo esame non solo, statisticamente parlando, ha sempre costituito la stragrande maggioranza del carico di lavoro dei giudici costituzionali, ma occorre aggiungere che alcune di quelle competenze furono concretamente esercitate solo molti anni dopo l'entrata in funzione della Corte⁸.

4. Così Costantino Mortati – noto costituzionalista, che diede un importante contributo alla stesura degli artt. 134 ss. Cost. – descrisse la trattazione riservata dall'Assemblea Costituente alla Corte Costituzionale: C. Mortati, *La Corte Costituzionale e i presupposti per la sua vitalità* (1949), in Id., *Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano 1972, vol. III, p. 681.

5. G. Zagrebelsky, *Principî e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino 2014, p. 5.

6. *Ibid.*

7. Come noto, originariamente la competenza “penale” della Corte si estendeva anche ai reati cosiddetti ministeriali – sarà, poi, abolita con la legge costituzionale n. 1 del 1989 – e la Corte effettivamente si trovò ad esercitarla nel 1977 a causa del cosiddetto scandalo Lockheed, con un processo che durò fino al 1979 e che prese il nome dei due ministri imputati – Luigi Gui e Mario Tanassi (sul questa vicenda cfr. Bonini, *Storia della Corte Costituzionale*, cit., pp. 246 ss. e Rodotà, *Storia della Corte Costituzionale*, cit., pp. 75 ss.). Il processo impegnò molto l'agenda dei giudici costituzionali e ciò provocò la formazione di un arretrato che rallentò decisamente l'efficacia operativa della Corte e che fu sanato solo alla fine degli anni Ottanta con la presidenza Saja.

8. Cfr. le elaborazioni statistiche fornite fino al 1996 da Bonini, *Storia della Corte costituzionale*, cit., pp. 361 ss. e quelle offerte dalla Corte Costituzionale stessa sul proprio sito istituzionale: <http://www.cortecostituzionale.it>.

E infatti, l'esordio della Corte nel panorama istituzionale italiano ha luogo quasi esclusivamente tramite il controllo incidentale di costituzionalità delle leggi. In un periodo che va dal 1956 – quando fu pronunciata la sua prima sentenza – alla fine degli anni Sessanta, la Corte di fatto cerca di capire (e di far capire) il senso della propria esistenza fra un *Sollen* costituzionale parco di indicazioni orientative e un *Sein* politico-istituzionale caratterizzato dalla presenza di uno dei tre poteri di montesquieuiana memoria – il giudiziario – e da un Parlamento popolato di forti e ben strutturati partiti di massa. Essa, pertanto, è obbligata a “dialogare” con i giudici comuni – che son quelli che le forniscono lavoro –, e a collocarsi in un contesto politico che assiste a una forte contrapposizione politico-ideologica, ma che, dopo il crinale delle elezioni del '53 e il mancato funzionamento della cosiddetta legge-truffa, si sta avviando sulla strada del cosiddetto disgelo costituzionale⁹.

Questo “disgelo” non solo permette di istituire la Corte stessa, ma le ritaglia un compito che può esercitare con una relativa sicurezza di non contestare frontalmente il legislatore. Si tratta del cosiddetto svecchiamento della legislazione ereditata dal passato fascista: una legislazione che la maggioranza democristiana non ha più interesse a utilizzare contro i propri avversari politici, ma che non si premura affatto di rimuovere. Sono anni in cui la Corte, ultima arrivata fra gli organi costituzionali, non ha molte occasioni di scontro con le forze politiche e comunque tende ad allinearsi all'indirizzo politico prevalente; ma sono anni preziosi, durante i quali la Corte cerca di costruire un rapporto con la giurisdizione comune, scopre le potenzialità – soprattutto interpretative – di una Costituzione carica di principi e norme programmatiche, e impara ben presto a dosare queste potenzialità sia nei confronti della magistratura che del legislatore, superando l'alternativa secca fra accoglimento e rigetto del dubbio di costituzionalità ed elaborando un insieme di tecniche di giudizio ovviamente del tutto ignote alla normativa costituzionale¹⁰. Al termine di questo periodo si scopre che la Corte Costituzionale è tutt'altro che un organo chiamato a sanzionare episodici e puntuali abusi del potere legislativo – come i costituenti ritenevano –, ma è, invece, un importante artefice dell'attuazione costituzionale. Certo, è un'attuazione parziale – limitata essenzialmente al rapporto fra leggi “vecchie” e Costituzione “nuova” – e resa possibile dal sostanziale disinteresse del legislatore nei confronti di quest'opera; e tuttavia, è un'attuazione dal notevole significato istituzionale perché non solo relativizza la tradizionale subordinazione dei giudici alla legge, ma

9. Cfr. Rodotà, *Storia della Corte Costituzionale*, cit., pp. 19 ss.

10. Cfr. Lamarque, *Corte costituzionale*, cit., pp. 45 ss.

soprattutto dimostra che la “politica” non è un monopolio esclusivo del legislatore¹¹.

E infatti, a partire dagli anni Settanta la Corte inizia gradualmente a instaurare un rapporto più diretto anche con quest’ultimo, cercando di trovare una propria posizione rispetto al sistema politico inteso in senso stretto. Le ragioni sono plurime: innanzitutto, l’opera di rinnovamento della legislazione precedente tende a esaurirsi e la Corte si trova sempre più frequentemente a esaminare leggi approvate in periodo repubblicano; ricevono finalmente attuazione, poi, alcune parti della Costituzione che interessano specificamente il funzionamento della Corte. La prima consiste nella creazione delle regioni a statuto ordinario¹²; la seconda nell’attuazione legislativa dell’istituto referendario previsto dell’art. 75 Cost.¹³.

Va detto subito che di queste due innovazioni è la seconda quella che a conti fatti permette alla Corte di accrescere il proprio ruolo e la propria visibilità. Astrattamente il dispiegamento del regionalismo avrebbe potuto conferire alla Corte un ruolo di mediatore politico-costituzionale di alto livello fra Stato e regioni, ma non fu così. Innanzitutto, la Costituzione – prima della riforma del suo Titolo V avvenuta nel 2001 – tendeva a farne una sorta di *dernier ressort* nel contenzioso regionale: essa, infatti, puntava molto sul controllo preventivo da parte dello Stato il quale, oltre ad essere sbilanciato a favore di quest’ultimo, vedeva entrare in scena la Corte solo quando non si era riuscito a comporre il dissidio prima dell’entrata in vigore della legge regionale e per giunta solo limitatamente ai profili di legittimità costituzionale. A ciò si aggiunga che l’esistenza di forti partiti nazionali spingeva a farne i veri arbitri del conflitto fra centro e periferia e riduceva di molto la possibilità che questo conflitto assumesse una veste istituzionale. Infine, se si tiene presente che già all’epoca la Corte aveva accumulato un cospicuo arretrato che rallentava la sua celerità decisionale, si comprende perché questa funzione non sia mai decollata ad un livello significativo¹⁴.

11. Cfr. Bonini, *Storia della Corte Costituzionale*, cit., pp. 117 ss.

12. Processo iniziato con la legge 16 maggio 1970, n. 281 e conclusosi definitivamente con la legge 22 luglio 1975, n. 382 (applicata concretamente solo nel 1977).

13. Mediante la legge 25 maggio 1970, n. 352.

14. Ovviamente, già prima dell’istituzione delle regioni cosiddette a statuto ordinario, la Corte svolgeva questo compito in rapporto alle già esistenti regioni cosiddette a statuto speciale, ma si trattava di un contenzioso quantitativamente molto limitato. Per uno sguardo d’insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia regionale prima della riforma del 2001 cfr. *inter alia* E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna 1999, pp. 99 ss. nonché G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 319 ss. e 451 ss. Per l’arretrato di cui si discorre nel testo cfr. *supra* nota 7.

Diverso è il discorso circa il giudizio di ammissibilità dei quesiti referendari. In primo luogo, questa competenza si traduce di fatto in un nuovo canale d'accesso alla Corte: ad essa non si arriva più indirettamente – per il tramite di una lite giudiziaria e in più attraverso il filtro rappresentato dal giudice *a quo* –, ma in maniera immediata attraverso il contraddittorio fra il Governo e i soggetti promotori del referendum. In tal modo la Corte non appare più una realtà tutta interna al funzionamento dell'apparato giurisdizionale, ma dispone di uno strumento grazie al quale aprirsi alla società civile in una misura del tutto imprevista dai costituenti – e anche in tal caso priva di qualsiasi orientamento in tal senso. Ma soprattutto tale competenza consente alla Corte di esprimersi su questioni che non solo sono attuali, ma che soprattutto hanno una primaria importanza nel dibattito pubblico: in tal modo la Corte può pronunciarsi su tematiche che fino ad un recente passato erano avvertite – e lo erano di fatto – come di pertinenza esclusiva del circuito rappresentativo, e – ciò che è più importante – offrendosi come risorsa politica alternativa a quest'ultimo ovvero bypassando tutti gli inconvenienti derivanti dalla dialettica fra i partiti politici¹⁵.

In questa fase della sua storia – fino al termine degli anni Ottanta – la Corte Costituzionale consolida la posizione acquisita nel decennio precedente, ma sviluppa quella vocazione “politica” che in fin dei conti era *in nuce* anche quando il suo compito consisteva nel rimuovere dall’ordinamento giuridico il retaggio del passato autoritario. Si tratta, però, di una vocazione politica ben diversa da quella propria degli organi direttamente rappresentativi: adoperando un lessico concettuale kelseniano, il suo scopo non consiste nella scelta fra le possibili soluzioni offerte dal dettato costituzionale, ma di costruire attivamente la “cornice” entro la quale tale scelta può essere legittimamente effettuata dal legislatore¹⁶ – quello che i costituzionalisti definiscono “indirizzo politico-costituzionale”. A questo risultato contribuiscono due fattori, l’uno concernente la normatività costituzionale, l’altro derivante dal concreto assetto del sistema politico italiano in quegli anni: da un lato, infatti, la natura compromissoria della Carta costituzionale – nata dall’incontro-scontro fra partiti di ispirazione liberale, cattolica e socialista – impedisce di individuare una costituzione, per così dire, dei giudici (anche costituzionali) da contrapporre ad una costituzione del legislatore e chiama, invece, tutti i poteri pubblici all’attuazione di quel progetto di trasformazione economica e sociale da essa

15. Su questo ruolo della Corte cfr. almeno A. Chimenti, *Storia dei referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale*, Laterza, Roma-Bari 1999.

16. Sulla teoria kelseniana dell’interpretazione giuridica cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino 2000, pp. 117 ss.

promesso¹⁷; dall'altro lato, una classe politica piuttosto latitante nel mantenere queste promesse, unitamente alla ben nota *conventio ad excludendum* che impedisce l'alternanza, vieta alla Corte di assumere una postura classicamente antimaggioritaria e la spinge a leggere i principi costituzionali preservando una relativa equidistanza fra maggioranza e opposizioni¹⁸.

Questo quadro subisce uno scossone negli anni Novanta, a causa del “combinato disposto” della caduta del Muro di Berlino e di Tangentopoli. È un periodo in cui la Corte sperimenta un ruolo di vera e propria supplenza rispetto a un sistema politico che, con l'improvvisa dissoluzione dei riferimenti politico-culturali risalenti al periodo della cosiddetta guerra fredda, insieme a un effetto potentemente delegittimante delle inchieste giudiziarie che lo interessano, di fatto non è più capace di produrre un indirizzo politico in senso proprio. A dire il vero, non si tratta di una veste del tutto inedita: la Corte, sia quando aggiornava la legislazione del periodo fascista ai nuovi valori costituzionali che quando indicava alle forze politiche il sentiero per una normativa realmente attuativa della Costituzione, non faceva altro che svolgere un lavoro che sarebbe dovuto spettare al legislatore. Tuttavia, mentre in passato essa si trovava dinanzi a partiti che, per quanto insensibili ai suoi richiami, erano comunque capaci di produrre un orientamento politico, ora invece quei medesimi partiti hanno quasi del tutto smarrito il senso della propria esistenza sul palcoscenico istituzionale e sembrano badare più che altro quasi alla propria sopravvivenza.

L'effetto è spiazzante. Innanzitutto si assiste a una crescita – del tutto inattesa, data la tendenza precedente – del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato e, in particolare, tra il potere giudiziario e le Camere; ma soprattutto la Corte è costretta ad andare al di là dell'indirizzo politico costituzionale e a varcare la soglia di quella discrezionalità politica che fino ad allora rappresentava quasi una sorta di *hic sunt leones* della propria giurisprudenza¹⁹. Gli esiti sono alterni: nel 1993, con un ruolo che potrebbe dirsi “maieutico”, accetta di correre in aiuto a un sistema politico bloccato da veti incrociati e decide di ammettere a referendum – cosa che negherà

17. Lo ricorda Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., pp. 7 ss. e 87 ss.

18. Cfr. Bonini, *Storia della Corte Costituzionale*, cit., 191 ss. Si tenga presente, inoltre, che a partire dagli anni Sessanta e via via in maniera sempre più frequente questo ruolo della Corte viene alimentato da una sorta di competenza “di fatto” che essa si trova a svolgere a causa dell'incidere del processo di integrazione comunitaria. Si tratta del sindacato sulla compatibilità costituzionale della normativa comunitaria: una competenza in virtù della quale la Corte non si trova a fronteggiare una data maggioranza, ma – anzi – a farsi custode dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale a fronte della penetrazione di un diritto proveniente da fonti extranazionali (per un'analisi di questa “competenza” cfr. P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, il Mulino, Bologna 2008, pp. 165 ss.).

19. Cfr. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., pp. 55 ss.

quando, invece, il medesimo sistema riuscirà, non senza fatica, a trovare un proprio assetto – la legge elettorale del Senato, in modo da propiziare quella svolta maggioritaria che ha dominato fino ad un recentissimo passato²⁰; tuttavia, con la sentenza n. 361 del 1998 – con la quale, nonostante il Parlamento del 1997 avesse sconfessato taluni precedenti della stessa e avesse riconfermato l'inutilizzabilità probatoria delle dichiarazioni di un testimone-imputato in procedimento connesso che si fosse avvalso della facoltà di non rispondere senza il consenso della parti e quindi della difesa, ribadisce il suo precedente orientamento giurisprudenziale diametralmente opposto – scatena una reazione non della maggioranza al momento al governo, ma di un po' quasi tutto il ceto politico che, compatto ovvero a maggioranza dei 2/3, approva la ben nota riforma dell'art. III Cost. sul cosiddetto giusto processo²¹.

E infatti, il nuovo millennio segna un po' il tramonto di questa fase emergenziale e vede la Corte impegnata a trovare la misura per adeguarsi a una realtà che, per molti aspetti, è difficilmente riducibile alla prassi politico-costituzionale precedente il 1989²². Con l'avvento del cosiddetto bipolarismo il sistema politico sembra essere ritornato ad avere una propria stabilità, ma è una stabilità, da un lato, nuova, dall'altro, relativa: nuova, perché ormai l'alternanza al governo non è più un tabù e, quindi, la Corte si trova sempre meno a svolgere il “vecchio” ruolo di referente costituzionale *super partes* e sempre più è obbligata a sfidare la maggioranza del momento – ciò che i politologi definiscono la vocazione “antimaggioritaria” classicamente propria dei tribunali costituzionali –; relativa, perché comunque è un assetto che, in fin dei conti, dimostra di non avere solide fondamenta, se la Corte di recente è stata nuovamente richiamata a praticare la “maieutica” politico-costituzionale con la sentenza n. 1 del 2014 mediante la quale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale di quel sistema elettorale maggioritario che essa stessa aveva tenuto a battesimo circa un ventennio addietro. A ciò si aggiunga anche una palingenesi del suo ruolo di mediatore fra Stato e regioni a seguito della cosiddetta riforma del Titolo V della Costituzione, che ha completamente ridisegnato il regionalismo italiano: una riforma che, al di là dei giudizi che possono formularsi, ha accresciuto notevolmente il carico di lavoro della Corte non tanto per le nuove competenze che le sono state conferite, ma soprattutto per la sua pessima fattura – unanimemente riconosciuta dagli addetti ai lavori –, che ha costretto la Corte

20. Cfr. Chimenti, *Storia dei referendum*, cit., pp. 117 ss.

21. Cfr. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., pp. 235 ss.

22. Per una valutazione dell'operato della Corte negli anni Duemila cfr. Lamarque, *Corte costituzionale*, cit., pp. 101 ss.

a fungere quasi da co-legislatore costituzionale nel sanare le non poche incongruenze e superficialità²³.

2. Proviamo a rispondere alle due domande poste all'inizio di questo scritto, cominciando dalla seconda – l'impatto della Corte Costituzionale sulla vita politica e sociale italiana –, che sicuramente è quella alla quale è più agevole rispondere.

A giudizio degli osservatori il rendimento di questa istituzione è complessivamente positivo. Anche senza entrare nel merito del suo operato occorre ricordare che essa, al netto delle fisiologiche contestazioni che un'istituzione pubblica quasi mai riesce ad evitare, non ha mai conosciuto crisi di legittimazione come quelle che, ad esempio, investirono i partiti negli anni Novanta. Tra l'altro, proprio a partire da quegli anni, la Corte è riuscita a smaltire il proprio arretrato, ottenendo una rispettabile celerità di risposta – dato nient'affatto secondario in generale per qualsiasi potere pubblico, ma in particolare per quelli giudiziari o para-giudiziari che quasi mai agiscono *ex officio*²⁴.

Tale giudizio, poi, può essere confermato anche se ci si sofferma su quel merito. In linea di massima la Corte ha senza dubbio accresciuto il grado di tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione, giacché, senza il suo intervento, questi diritti o sarebbero rimasti sulla carta o avrebbero dovuto attendere un legislatore che certo non ha brillato per solerzia. Ciò vale – si badi – persino per i diritti sociali i quali, come noto, sono i più difficili a garantirsi non solo perché la loro applicazione, al contrario dei "tradizionali" diritti fondamentali di matrice liberale, richiede necessariamente un primo intervento legislativo, ma soprattutto perché comparativamente "costano" di più: anche in tal caso la Corte non si è sottratta al compito di rimediare alle omissioni del legislatore, soprattutto quando queste omissioni si sono tradotte in disparità di trattamento considerate prive di adeguata giustificazione costituzionale.

Ma non sono solo i diritti il terreno sul quale la sua azione si è dispiegata. Come illustrato in precedenza, la Corte ha svolto una meritoria opera di ammodernamento, pungolo e persino salvaguardia del sistema politico. Essa ha contribuito a contenere – ma certo non a estinguere – la tendenza tipica della nostra storia politico-costituzionale a non istituzionalizzare la conflittualità politica e ad affidarne la gestione alla dialettica – sicuramente più fluida e agile, ma anche meno prevedibile e più opaca – fra le

23. Cfr. i severi commenti riservati alla riforma del 2001 in Zagrebelsky, Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 451 ss.

24. Sull'importanza di questa circostanza cfr. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., pp. 38 ss.

forze politiche. Inoltre, sovente si è trovata ad agire come “motore ausiliario” della Costituzione, talvolta ricordando al legislatore le “promesse” di trasformazione politica, sociale ed economica in essa formulate, talaltra proponendosi quale canale alternativo ai partiti seduti in Parlamento per questa trasformazione, e giungendo persino a correrne in aiuto quando hanno manifestato preoccupanti indizi di disfunzione. Infine, soprattutto a seguito della revisione costituzionale del 2001 si è sobbarcata, anche più di quanto le spettasse, l’onere di gestire un assetto delle autonomie territoriali che non solo non ha ricevuto indicazioni affidabili da quella revisione, ma che ancora oggi nei fatti fatica a trovare una propria precisa identità.

Non è superfluo rimarcare quanto questo impatto sia andato ben al di là delle previsioni dei costituenti; anzi, se ci si volesse chiedere ove riposi il “segreto” di questo successo, la risposta andrebbe cercata proprio in quella che in precedenza si è definita l'*indefinitezza* del disegno costituente in tema di giustizia costituzionale.

Vero è che, in genere, la “genealogia” di un’istituzione non va vista come una sorta di destino inesorabile al quale non ci si può sottrarre, dal momento che niente le vieta di distanziarsi anche notevolmente dal suo impianto originario: in rapporto alla nostra Corte Costituzionale basterebbe a comprovarlo la circostanza per cui sin dappriincipio essa ha smentito quel “legicentrismo” che funse da punto di riferimento dei costituenti quando lavorarono agli art. 134 ss. Cost. Da questo punto di vista la rapidità di questa “smentita” potrebbe persino spingere ad attribuire ai costituenti – almeno in via preterintenzionale – una buona dose di lungimiranza e di spregiudicatezza nel conferire alla Corte una posizione defilata, ben sapendo che sarebbe stato necessario del tempo affinché un paese che aveva sempre sperimentato l’onnipotenza del legislativo potesse imparare a convivere con una novità così dirompente come la giustizia costituzionale²⁵.

Eppure, è stata questa scelta – presbite o meno che fosse – a permettere lo straordinario sviluppo di questa istituzione, proprio perché ha lasciato un “vuoto” che la Corte è stata costretta a colmare a propria discrezione. E invero, al di là del limite rappresentato da un controllo di legittimità (e non di merito)²⁶, la Costituzione non offre e non offre tuttora affidabili punti di riferimento per la sua attività e non le ha ritagliato una funzione specifica, soprattutto in rapporto alla messe di principi dichiarati nella sua Parte I. Di qui la necessità di ricavare questa funzione a partire non tanto

25. Si tratta della tesi della cosiddetta presbiopia dei costituenti avanzata da Cheli in *La Costituzione alla svolta del primo ventennio* (1971), in Id., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, il Mulino, Bologna 1978, pp. 69 ss.

26. Limite espresso dal ben noto art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 che – a giudizio di Cheli (*Il giudice delle leggi*, cit., p. 45) – «di fatto, non ha mai operato».

dal dover-essere costituzionale, ma più che altro dalle effettive reazioni del legislatore, da un lato, e della giurisdizione comune, dall'altro; ma di qui anche una sorta di coazione alla “creatività” che sapesse accompagnare e mettere adeguatamente in forma istituzionale questa ricerca. Dalle svariate tipologie di pronunce alla definizione dei soggetti legittimati a sollevare il conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato; dai criteri di ammissibilità costituzionale dei quesiti referendari al principale metro di valutazione della legittimità delle leggi – la ragionevolezza -: innumerevoli sono le manifestazioni di quella “creatività”, che non è stato possibile esercitare secondo un disegno organico e minimamente predefinito, ma a seconda del variabile atteggiarsi del contesto politico-istituzionale in seno al quale essa si è dispiegata.

Se, quindi, la risposta all'interrogativo sul portato di un tribunale costituzionale come il nostro è possibile ed è pure tutto sommato positiva, che cos'è, allora, la Corte Costituzionale?

È qui che la risposta si fa più complicata e tale difficoltà è da ascriversi in parte alla *indefinitezza* costituente di cui già si è detto e in parte a una relativa inadeguatezza dell'apparato concettuale adoperato dalla scienza politica e giuridica a tale scopo.

In primo luogo, in generale non è certo agevole fornire una chiara e precisa descrizione di un'istituzione allorquando i suoi stessi artefici non hanno usato altrettanta perspicuità nello strutturarla. D'altronde – come rilevato in precedenza –, la Corte, non avendo dinanzi a sé un solco ben tracciato in Costituzione, ha finito con l'arare il terreno a propria disposizione secondo linee molto spesso autonome e ciò ha obbligato gli studiosi a seguire più che a prevedere con un accettabile grado di affidabilità l'identità che la Corte ha assunto di volta in volta. A ciò si aggiunga che la natura presuntivamente giurisdizionale che i costituenti attribuirono alla Corte insieme al “legicentrismo” sottostante a tale etichettatura ha alimentato un senso comune su di essa quale organo “tecnico”, poco o per niente “politico” e, quindi, scarsamente influente nelle decisioni più significative del dibattito pubblico: lo testimonia la semplice circostanza per cui anche solo l'elezione dei membri della Corte di spettanza del Parlamento – per non parlare di quelli provenienti dalle alte magistrature comuni, come pure la nomina da parte del Capo dello Stato – continua ad avere scarsissima eco nella stampa periodica – tutt'al contrario della risonanza che ha, invece, il processo di nomina dei *Justices* della Corte Suprema statunitense.

Occorre ammettere, però, che la scienza politica e giuridica – in forme sicuramente diverse – si sono forse lasciate condizionare oltre misura da questo insieme di circostanze, limitando i pur indubbi apporti conoscitivi che esse hanno fornito nel rispondere al quesito qui in esame.

Cominciando dalle ricerche politologiche – ci occuperemo di qui a poco di quelle giuridiche –, esse hanno avuto il merito di gettare una luce empiricamente fondata sulla “politicità” della Corte Costituzionale e di sottolineare come essa non vada sottovalutata – magari pensando che l’unica considerazione che la muova siano i principi e i valori consacrati in Costituzione –, ma nemmeno esagerata, quasi che essa sia un attore politico paragonabile, per autonomia decisionale e capacità d’azione, al legislatore²⁷. Detto altrimenti, la “politicità” della Corte – come di un po’ tutti i tribunali costituzionali – è funzione della “politicità” del sistema politico: se quest’ultimo è stabile e in grado di esprimere maggioranze compatte, allora la Corte tende ad assumere un ruolo “interstiziale” e modera la tentazione per il cosiddetto attivismo; quando, invece, il medesimo sistema è precario e incapace di produrre una linea politica ben identificabile, allora quella tentazione si fa più appetibile e maggiori sono i margini per decisivi interventi senza il timore di reazioni politico-costituzionali particolarmente ostili e problematiche. Ciò – si badi – è un rilievo che si attaglia ancor di più per la nostra Corte Costituzionale, la quale in misura maggiore rispetto ad altre sue omologhe continentali, risente delle condizioni in cui si trova il sistema politico, a causa di tutte le incertezze dei costituenti circa il “posto” che il giudice delle leggi avrebbe dovuto avere nel funzionamento dell’apparato pubblico.

Al tempo stesso, però, è pur vero che questi studi – complice quel “legicentrismo” costituente che ancora oggi, nella cultura politica comune, porta a separare i giudici, anche quelli costituzionali, dalla “politica” – sono giunti con un notevole ritardo, il che ha impedito la formazione di concetti consolidati dal tempo e calibrati sulla pratica della giustizia costituzionale italiana e ha costretto a “importarli” – soprattutto da quella esperienza più collaudata che è la Corte Suprema USA – con tutti i problemi di adattamento derivanti dalla comparazione²⁸. Ma soprattutto l’*indefinitezza* costituente ha fatalmente indotto la scienza politica a svalutare il diritto nella propria riflessione teorica intorno alla Corte. Non v’è dubbio che la carenza di indicazioni univoche nel suo impianto originario non aiuti a decifrare il senso della sua presenza, ma è bene ricordare che la Corte – come un po’ tutti i poteri pubblici – è un’istituzione che agisce sulla base di regole. Esse, a meno che non si voglia sposare un radicale scetticismo interpretativo, contano non solo per quel che dispongono – ciò che può essere interpretato variamente nel tempo –, ma nel nostro caso soprattutto

27. Cfr. soprattutto Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., pp. 207 ss.

28. In effetti, il già citato lavoro di Pederzoli può essere considerato il primo lavoro organico dedicato dalla scienza politica *specificamente* alla giustizia costituzionale italiana, come attestato, peraltro, dalla ricca bibliografia ivi citata (cfr. ivi, pp. 265 ss.).

per quello che *non* hanno disposto, tanto più, poi, se si tiene presente che questo “vuoto” è stato colmato dalla Corte con una propria normatività, che non sempre è riducibile a una variabile dipendente dell’azione degli altri attori politici. La conseguenza sono analisi molto schiacciate sul dato empirico e tendenzialmente strutturali, ove l’identità della Corte viene individuata semplicemente come “antimaggioritaria”: una fisionomia che – come si è notato in precedenza – la Corte ha assunto non molto spesso sia nel suo primo decennio di vita – quando si è incaricata di svecchiare la legislazione fascista – sia nei vent’anni successivi – durante i quali, a causa della cosiddetta *conventio ad excludendum* la Corte gioco-forza non ha potuto e voluto essere costantemente antimaggioritaria²⁹.

Da questo punto di vista la prospettiva dei giuristi – in quanto “naturalmente” predisposta a vedere nel diritto una specifica e autonoma istanza regolativa – è forse più avvantaggiata, ma anche qui valgono osservazioni non dissimili da quelle formulate all’indirizzo degli scienziati della politica.

La dottrina giuridica ancora oggi tende in gran parte a riconoscere nella Corte un organo giurisdizionale, per quanto speciale a causa della peculiarità delle sue funzioni istituzionali. Si tratta di una qualificazione assai risalente, nata con la Corte Costituzionale stessa e che, almeno alle sue origini, aveva una propria ragion d’essere non foss’altro perché dinanzi a un testo costituzionale poco coerente e un apparato concettuale, invece, solido e collaudato è comprensibile – sebbene non proprio giustificabile – preferire quest’ultimo e calarlo sul primo nonostante tutte le perplessità. Anzi, si può dire che questa qualificazione nella prima fase di sviluppo istituzionale della Corte ebbe persino un effetto positivo: pur intuendo le notevoli potenzialità che essa avrebbe avuto – e che, come rilevato, finì poi con l’avere – sul funzionamento della forma di governo, i giuristi preferirono farle indossare una “veste” più dimessa – quella giurisdizionale, appunto – allo scopo di permetterle di aprirsi silenziosamente un varco fra grandezze giuridico-costituzionali –, la magistratura comune, da un lato, il Parlamento, dall’altro – che non solo erano pre-esistenti, ma erano oggetto di una considerazione politico-istituzionale che per la Corte era ancora tutta da costruire³⁰.

Attualmente, però, tutti quei fattori che sia sul piano normativo che su quello fattuale spingevano a una qualificazione del genere sembrano del tutto tramontati. La Corte ormai gode di una legittimazione indiscus-

29. Cfr. le notazioni critiche di P. Pasquino, recensione a Pederzoli, *La Corte costituzionale*, cit., e *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1993)*, Dalloz, Paris 2009, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2009, pp. 1076 ss.

30. Su questo punto mi permetto di rinviare a G. Bisogni, *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico*, Mimesis, Milano-Udine 2012.

sa, che non richiede più di essere sfumata di fronte all’“ingombranza” politica di altre istituzioni; il sistema politico in senso stretto permette, sebbene in maniera affannosa, un’alternanza che non obbliga più a essere necessariamente equidistanti tra una maggioranza sempre al governo e una minoranza che non avrà mai *chance* di esserlo; il “legicentrismo” sembra lo sbiadito ricordo di un’epoca in cui davvero le decisioni di vitale importanza di una data collettività si prendevano a livello nazionale e dal suo organo massimamente rappresentativo – e non si dimentichi il contributo delle dinamiche europee e globali in direzione di questa “scoloritura” –; infine, la Corte Costituzionale ha rappresentato e rappresenta tuttora un potente fattore di trasformazione di *tutta* la giurisdizione comune, conferendole un ruolo di co-gestione normativa che è considerato, per opinione unanime, il riflesso di un più ampio ed inarrestabile processo di avvicinamento non solo dell’Italia, ma di tutti i sistemi di *civil law*, al mondo della *common law*³¹... Insomma, non vi sarebbero molti elementi per sostenere che la Corte ancora oggi non sia altro che una giurisdizione, quantunque speciale – un’interpretazione che può ingenerare il sospetto di esser dettata più dalla carenza di valide alternative concettuali che da una franca e spassionata indagine sulla realtà della Corte. Perseverare in essa, pertanto, può esporre al rischio di cadere nel limite esattamente speculare a quello della scienza politica, ovvero trascurare un dato empirico che non solo rende inadeguata la qualificazione in termini giurisdizionali della Corte, ma che sta spingendo sempre più a una profonda trasformazione della stessa giurisdizione comune.

Sembra, quindi, che siano trascorsi i tempi in cui quella “cenerentola” che era la Corte Costituzionale non dovesse far altro che rimanere nell’ombra; forse i tempi si son fatti maturi perché essa possa finalmente “andare al ballo”, ma le occorre un “vestito”. Fuor di metafora, sarebbe giunto il momento di risolvere l’indeterminatezza che ha sempre afflitto quest’organo: se non proprio mettendo mano al disegno costituente – il che potrebbe aiutare il sistema politico ad essere più stabile grazie a una più chiara identità della Corte stessa –, quantomeno attraverso una revisione delle categorie concettuali fino a ora adoperate – a cominciare da quella di giurisdizione –, allo scopo di mettere più chiaramente in forma una istituzione che, oltre ad aver cambiato se stessa rispetto all’immagine datane dai costituenti, sta cambiando la faccia di tutta la funzione giudiziaria.

31. Si tratta ormai quasi di una sorta di luogo comune in letteratura: cfr. fra i tanti – dal punto di vista giuridico – F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2013, e – sul versante politologico – C. Guarneri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari 2002.