



UN RIACCENTRAMENTO DEL GIUDIZIO COSTITUZIONALE?

27 GENNAIO 2021

La Corte costituzionale alla ricerca di
legittimazione

di Diletta Tega

Professore associato di Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna



La Corte costituzionale alla ricerca di *legittimazione**

di **Diletta Tega**

Professore associato di Diritto costituzionale
Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Abstract [It]: Lo scritto sostiene che la diversità delle tendenze in cui si è articolata la giurisprudenza costituzionale e il mutare delle sue costruzioni interpretative riflettono anche il costante tentativo della Corte di continuare ad approvvigionarsi del massimo possibile di legittimazione delle proprie decisioni, tenuto conto del contesto – giuridico, politico, culturale e sociale – in cui esse dispiegano i propri effetti e che cambia al cambiare delle domande che vengono rivolte alla Corte e dei suoi rapporti con le altre istituzioni.

Abstract [En]: The paper emphasizes the idea that the *context* deeply affects the development of the Italian Constitutional Court's case-law and doctrines. Court reacts to the changing questions that are lodged, to the fluctuations that occur in its relationship with other institutions, and to the mutating paradigms that influence national constitutionalism. Although the national rules regulating the Court's functions remain unaltered, the latter's role and doctrines seem nevertheless to change across time. The article conveys the idea that the judicial seasons' diversities, as well as the doctrines' evolutions across time, reflect the Italian Constitutional Court's constant attempt to hoard as much *legitimization* as possible.

Sommario: 1. Premessa: la Corte tra *contesto* e ricerca di *legittimazione*. 2. Il *contesto*. 3. Le *dottrine* della Corte: Granital e le cd. rime obbligate. 4. In conclusione: la Corte come un equilibrista sul filo.

1. Premessa: la Corte tra *contesto* e ricerca di *legittimazione*

Il problema della *legittimazione* della Corte costituzionale rappresenta un tema mai esaurito. Più in generale, è stato sostenuto che la sua ricerca di *legittimazione* starebbe mettendo in pericolo la stessa separazione dei poteri, con le garanzie che essa implica. Le principali novità giurisprudenziali della stagione del cd. riaccentramento¹ – caratterizzata da una ridefinizione dei confini del sindacato costituzionale nei confronti

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo rappresenta una versione ampliata e aggiornata della relazione tenuta al Convegno webinar “Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni” del 13 novembre 2020, organizzato dall'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

¹ Usa il termine con accezione molto critica, descrivendo un «forte rigurgito di ‘riaccentramento’ del sindacato presso la Consulta», A. RUGGERI, *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna*, in *Giustizia insieme*, 2019. Sono ricorsi a tale espressione anche G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, in part. pp. 310 ss.; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2018, I, cc. 2227 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, pp. 644 ss.; R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva*, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Torino, 2020, pp. 13 ss. Non è del resto una casualità che il Seminario del 2018 del Gruppo di Pisa sia stato intitolato *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, e che il titolo del Convegno del 2019 di Federalismi (rimandato poi il 13 novembre 2020) sia stato ancor più esplicito, *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*.

sia della discrezionalità politica sia del ruolo del giudice comune – rappresenterebbero, volendo sintetizzare, l’ennesimo esempio di attivismo giudiziario, capace di alterare l’equilibrio tra poteri².

In riferimento allo sviluppo della giurisprudenza costituzionale più recente – all’incirca dal 2011, e con maggiore chiarezza dal 2014 – contrassegnata da una serie di scelte inedite che hanno riguardato tanto il merito quanto il rito, utilizzo il termine ri-accentramento in un duplice significato. Innanzitutto, intendo che la Corte costituzionale ha assunto o ri-assunto compiti che, attraverso le decisioni di inammissibilità, aveva “lasciato” o al legislatore o all’autorità giudiziaria³. In questa accezione il cd. ri-accentramento indica un’espansione della giurisdizione attraverso sia una sorta di produzione giurisprudenziale della norma, sia il ruolo crescente del giudice nella soluzione del conflitto politico⁴, sia una contrazione della valorizzazione dei momenti di diffusione, nel senso di attribuzioni riconosciute all’autorità giudiziaria. Mentre il significato tecnico allude, ovviamente, ad un rafforzamento dei profili di accentramento nel sistema di giustizia costituzionale. Numerosi indici confermano il superamento di filoni giurisprudenziali ben consolidati⁵.

Personalmente, non mi ascrivo tra gli studiosi che sostengono di rintracciare elementi giurisprudenziali davvero solidi nella direzione dell’attivismo, se per attivismo giudiziario si vuole indicare una consapevole strategia della élite giudiziaria mirante a sostituirsi ad un decisore politico democratico, paralizzato a causa dell’indebolimento dei partiti (o dei movimenti) politici e dell’esistenza di coalizioni di governo fragili. È del resto bene noto che la *legittimazione* del controllo di costituzionalità è stata messa in dubbio sin dalle sue origini e continua a esserlo in numerosi ordinamenti in Europa e nel mondo⁶. Richiamo sinteticamente due filoni di riflessione molto conosciuti.

² Si tratta di timori che hanno accompagnato tutto lo sviluppo della Corte costituzionale a partire dalle discussioni che intorno ad essa si ebbero in Assemblea costituente. Con riferimento alla stagione del cd. ri-accentramento ha argomentato una tale critica A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2019, pp. 251 ss.

³ Uso una definizione data da R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva*, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit.

Ricordo che nella Relazione sulla giurisprudenza del 2018, il Presidente emerito Giorgio Lattanzi ha sottolineato che «anche per favorire un sindacato accentrato, è opportuno che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali non trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, ma cerchi piuttosto di favorire il giudizio costituzionale, come è avvenuto con specifico riguardo alle zone d’ombra dell’ordinamento, ove è più difficile che possano essere sollevate questioni incidentali», ID., *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in www.cortecostituzionale.it, 2019, p. 8.

⁴ S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull’accesso ai giudizi costituzionali*, in federalismi.it, n. 13/2019, pp. 1 ss.

⁵ Rinvio per l’analisi di tali indici al mio studio sull’argomento, D. TEGA, *La Corte nel contesto*, Bologna, 2020, in part. pp. 23-60.

⁶ Mi riferisco a ciò che è stato definito potere di veto contro potere di voto, come icasticamente definisce il nodo teorico della compatibilità del controllo giudiziario sulle leggi con l’essenza stessa dei regimi democratici P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2008 (cui si rinvia anche per la dottrina *ivi* ricordata). La tematica in oggetto pur essendo molto diffusa, va contestualizzata a seconda delle peculiarità dell’ordinamento cui ci si riferisce. Oggi essa è spesso studiata attraverso la letteratura statunitense e le sue categorie. In riferimento al sistema statunitense, è ben nota (tanto da avere una funzione retorica, come ha scritto Michel Troper) l’espressione usata da Édouard Lambert nel suo celebre

Il primo è quello che si è sviluppato in reazione ad una enfaticizzazione del ruolo che il sindacato giurisdizionale è andato acquisendo⁷ in riferimento alla tutela dei diritti e alla riduzione delle inuguaglianze: esso è divenuto il terreno di elezione, più in generale, delle aspirazioni “ad avere diritti” dei singoli individui e dei gruppi minoritari. Ruolo che si è accompagnato ad un progressivo indebolimento degli organi rappresentativi e della loro capacità di mediare i conflitti. Si tratta di un filone di pensiero giuridico e filosofico che, a seconda delle diverse posizioni teoretiche espresse, viene definito *political constitutionalism* o *popular constitutionalism*⁸ e che, in entrambe le letture, svaluta il *judicial review* a favore invece di un ritorno alla valorizzazione dell’organo parlamentare (e di quello presidenziale nel *popular constitutionalism*) come rappresentativo della «volontà generale» del popolo, dei suoi bisogni, dei suoi interessi, in opposizione a decisioni giurisprudenziali prese da élites tecnocratiche⁹.

libro *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* edito nel 1921 (e ristampato da Dalloz nel 2005). Robert Dahl, a sua volta, era stato precursore nel far notare il problema già a fine anni ’50, ID., *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *Journal of Public Law*, 6, 1957, pp. 279 ss. Dieci anni prima Arthur Schlesinger Jr. aveva usato per la prima volta il termine *judicial activism* per criticare la US Supreme Court, espressione che poi ha avuto un’enorme diffusione, cfr. L. PEREIRA COUTINHO, M. LA TORRE, S.D. SMITH (eds.), *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer, 2015, p. V. Ineludibile è poi il riferimento a A. BICKEL, *The least dangerous branch: the Supreme court at the bar of politics*, Indianapolis, 1962; e a J.H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge-London, 1980. In lingua italiana sul tema si veda C. BOLOGNA, *La Corte Suprema*, in G. D’IGNAZIO (a cura di), *Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d’America*, Padova, 2020, pp. 283 ss.; anche in comparazione con l’ordinamento italiano si rinvia a C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016; A. SPERTI, *Corti supreme e conflitti fra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Torino, 2005.

⁷ Anche, ma non solo, sulla scorta dei principi affermati dal neo-costituzionalismo sul quale si veda almeno G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Milano, 2011, pp. 749 ss. Gli scritti di Ran Hirschl sulla *juristocracy* sono diventati seminali, «there is now hardly any moral, political, or public policy controversy in the new constitutionalism world that does not sooner or later become a judicial one», ID., *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 11, 1, 2004, pp. 71 ss.; ID., *Toward Juristocracy*, Cambridge-London, 2007; ID., *The Strategic Foundations of Constitutions*, in D. GALLIGAN, M. VERSTEEG (Eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge, 2013.

⁸ Si veda M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2010, pp. 733 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, pp. 201 ss. Le critiche al *judicial review of legislation* sono state elaborate da molteplici e diversi punti di vista dalla dottrina del Commonwealth e nel contesto statunitense si richiamano, in ordine cronologico, almeno le posizioni di D. BELLO HUT, *Against judicial supremacy in constitutional interpretation*, in *Revus, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 31, 2017, pp. 1 ss.; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2008; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007; J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1346 ss.; J.E. FLEMING, *Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts*, in *Fordham Law Review*, 73, 2005, pp. 1377 ss.; L.D. KRAMER, *The people Themselves-Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004; J. WALDRON, *Law and disagreement*, Oxford, 1999; M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, 1999; C. NINO, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, in M. Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives*, Durham-London, 1994, pp. 295 ss. Da ultimo sul dibattito intorno al *judicial review of legislation* si veda D. KYRITSIS, *Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*, Oxford, 2017.

⁹ Alcuni, per esempio, hanno sostenuto che il trasferimento di policy making alle Corti sovranazionali sia stato un modo delle élites per difendere interessi consolidati in pericolo a causa delle differenze culturali ed economiche che emergono nelle società, cfr. gli scritti di Ran Hirschl nonché M. MANDEL, *A Brief History of the New Constitutionalism, or “How We Changed Everything So That Everything Would Remain the Same”*, in *Israel Law Review*, vol. 32, 2, 1998, pp. 250 ss. Questa

Il secondo filone di riflessione è quello esemplificato dal saggio che nel 2018 Weiler e Lustig hanno pubblicato, *Judicial Review in the Contemporary World: Retrospective and Prospective*¹⁰, dedicato proprio a come si sono sviluppati i rapporti tra ordinamenti e corti. Più in particolare gli Autori hanno enucleato e discusso tre momenti cruciali legati allo sviluppo e alle implicazioni del *judicial review* attraverso la metafora delle ondate. La prima ondata ne fotografa il successo e la diffusione, dal secondo dopo guerra in poi. La seconda registra l'inizio della porosità tra ordinamenti: risale ad allora la fortunata espressione “sistema di protezione multilivello dei diritti” che, pur proponendo una novità molto significativa nel modo di intendere le garanzie dei diritti, in qualche modo risultava rassicurante perché restituiva l'immagine di una tutela sia potenziata sia ben coordinata. La terza ondata, a noi contemporanea, testimonia l'ambizione del diritto internazionale a trasformarsi in una sorta di cd. diritto pubblico globale¹¹ – ambizione già realizzatasi probabilmente in alcuni settori del diritto. Essa però svela anche la reale e profonda problematicità delle ricadute sugli ordinamenti nazionali della seconda ondata: le corti nazionali iniziano a contrapporsi, grazie alla maggior consapevolezza acquisita negli anni, agli organi internazionali, sovranazionali e dell'Unione europea, a tutela delle peculiarità dei propri ordinamenti interni.

Nemmeno sono d'accordo con chi ricorre all'argomento della natura contro-maggioritaria delle Corti per giustificare, ad esempio, un recente filone di giurisprudenza costituzionale meno deferente rispetto alla discrezionalità legislativa in materia penale - mi riferisco alle decisioni che avrebbero operato il superamento della teoria delle cd. rime obbligate. Nemmeno tale richiamo è sufficiente a spiegare, in generale, la parabola della Corte costituzionale e, in particolare, la stagione del cd. ri-accentramento. Non nego che la natura contro-maggioritaria emerga di quando in quando nella giurisprudenza costituzionale, ad esempio, nelle decisioni che hanno progressivamente “smantellato” la legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione assistita. Probabilmente può considerarsi un richiamo a tale natura anche un passaggio della Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018 nel quale si legge che: «[...] è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla

tendenza avrebbe fornito ai movimenti populistici a livello europeo e globale un assist importante, essendo coerente con la loro retorica anti-elitista, cfr. L.P. VANONI, B. VIMERCATI, *Dall'identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2020, pp. 31 ss., in part. pp. 39-40.

¹⁰ D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, 2, 2018, pp. 315 ss. Si veda il dibattito ospitato in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2020, pp. 187 ss. in cui è ricompreso anche un intervento dello stesso Weiler, ID., *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, pp. 235 ss.

¹¹ Rinvio tra i numerosi scritti sul tema, almeno a quelli di S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; ID., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; M.R. FERRARESE, *Dalla concorrenza tra ordinamenti alla competizione giuridica diffusa*, in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, pp. 123 ss.; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006; G. DE BÚRCA, O. GERSTENBERG, *The Denationalization of Constitutional Law*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 1, 2006, pp. 243 ss.; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, Bologna, 2011.

potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una *rinnovata sensibilità* [corsivo nostro] impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati a cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale»¹².

Non nego che elementi di attivismo giudiziario e di natura contro-maggioritaria si possano rinvenire nella giurisprudenza costituzionale, sostengo però che tali elementi non bastino a “spiegare” le ragioni alla base di una giurisprudenza che ciclicamente crea nuovi moduli decisorii e supera precedenti regole processuali (che essa stessa si era data), producendo anche una sorta di ‘restringimento’ della discrezionalità politica. I cambiamenti di giurisprudenza non vanno sempre liquidati come “sconfessioni” improvvise e arbitrarie di assetti consolidati, dei quali, quindi, svelano il carattere contingente e pretorio, ma devono essere fatti risalire alla ricerca di *legittimazione* nel *contesto* in cui di volta in volta opera la Corte.

Legittimazione e contesto, rappresentano, come ho cercato di argomentare nel mio recente volume, *La Corte nel contesto*, due concetti chiave che andrebbero maggiormente valorizzati al fine di comprendere la centralità acquisita dalla Corte costituzionale dal 1956 ad oggi. Attraverso questi due concetti è possibile capire come il ruolo del giudice delle leggi cambia nel tempo e così cambiano le dottrine (volendo usare una terminologia anglosassone) della giurisprudenza costituzionale, perché a cambiare non sono (se non in minima parte) le disposizioni dedicate alla Corte, ma l’ordinamento costituzionale, inteso in senso più lato¹³, e soprattutto il *contesto* istituzionale e sociale complessivo in cui la Corte opera, nell’ambito di una Costituzione strutturalmente aperta e pluralista. In riferimento alla mutazione del *contesto* complessivo e a che cosa si intenda per esso può essere interessante ricordare le quattro oggettivazioni, individuate da Häberle, ritenute capaci di condizionare il lavoro degli interpreti della Costituzione: i) «le opere della legislazione, dell’esecutivo e della giurisdizione» e «le decisioni definitivamente vincolanti del Tribunale federale costituzionale»; ii) «la cultura dei pareri e delle memorie delle parti, espressi su diversi piani e in diverse forme, incluse le commissioni d’inchiesta, le audizioni del legislatore e quelle del potere esecutivo»; iii) «partiti politici, federazioni ed associazioni, chiese, comitati e iniziative dei cittadini e mass media»; iv) la «dottrina del diritto costituzionale come scienza e cultura» ed, in particolare, «le opere prodotte in cooperazione con le funzioni statali», le «opere e prestazioni dedicate alla sfera pubblica scientifica e

¹² Cfr. G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, cit., pp. 15.

¹³ Cfr. A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2015, pp. 263 ss.

culturale restante» e le «prestazioni di costituzionalisti europei di altri paesi (comparazione giuridica) come prodromi di una dottrina costituzionale europea»¹⁴

In ultima analisi, alla base di questa sorta di fluidità e di mutare degli orientamenti giurisprudenziali sta il costante tentativo di approvvigionarsi del massimo possibile di *legittimazione*: come scriveva Leopoldo Elia la Corte, al pari di tutti gli istituti delle democrazie moderne, ha bisogno di una continua ri-legittimazione ed occorre soddisfare tale bisogno¹⁵.

A mio modo di vedere proprio la perenne ricerca e conservazione della *legittimazione* costituiscono l'impulso sotterraneo con cui il giudice costituzionale si confronta costantemente e che lo porta talora ad assumere posizioni che possono apparire – e possono essere legittimamente criticate – come imprecise, oscillanti e talora come veri e propri sconfinamenti in campi altrui. In questa ottica, la ricerca di *legittimazione* è la più convincente motivazione alla base dell'agire del Collegio costituzionale e, di conseguenza, della attuale configurazione del ruolo della Corte. Come si vedrà di seguito una tale ricerca assume molteplici *forme*, ma una in particolare sembra emergere con forza nella stagione del cd. ri-accostamento: il *rendere giustizia*, cioè «contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell'ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme “super-primarie”, per farla diventare materia viva della convivenza sociale, presente negli accordi e nei conflitti, garanzia molecolare di libertà e di eguaglianza nella società civile e nei rapporti tra questa e l'autorità dello Stato»¹⁶.

Le decisioni giurisprudenziali possono e devono essere criticate, certo: ma anche queste critiche, per essere davvero utili, devono tenere conto dell'importanza della *legittimazione* e della sua ricerca in ciascun *contesto*.

2. Il contesto

La scansione per stagioni giurisprudenziali dimostra molto bene come il ruolo della Corte, nell'interpretazione che essa stessa ne dà attraverso la propria giurisprudenza (e in misura minore attraverso le norme integrative), cambia nel tempo, anche se non cambiano le disposizioni costituzionali ad essa dedicate.

Ciò che muta, come si diceva in Premessa, è il *contesto* complessivo: il tipo di domande rivolte alla Corte da una società che è sempre più insoddisfatta delle risposte della politica e si rivolge agli organi di garanzia,

¹⁴ ID., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della Cultura* (1982), J. LUTHER (ed. it. a cura di), Roma, 2001. Devo la citazione all'interessante volume di G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, pp. 123-124.

¹⁵ L. ELIA, *Intervento*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Milano, 2019, p. 130.

¹⁶ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 13 novembre 2020, p. 15.

chiedendo loro di intervenire a tutela, ad es., delle libertà civili e sociali, della famiglia, del lavoro, del processo, in sostituzione temporanea o talora addirittura definitiva del legislatore¹⁷; i rapporti della Corte con le altre istituzioni di garanzia e con quelle di governo, alla luce dei rispettivi modi di funzionare (o di non funzionare...); l'affermazione di nuovi paradigmi giuridici – penso soprattutto a quelli sovranazionali – che, se non rivendicano esplicitamente una natura costituzionale, sicuramente influenzano il costituzionalismo nazionale.

E così, per esempio, l'attuale stagione del cd. ri-accentramento si può interpretare anche come una reazione a un *contesto* nel quale si stagliano: l'inerzia del legislatore e dal mancato seguito legislativo delle decisioni¹⁸; il crescente disordine normativo, dovuto a una legislazione spesso *impulsiva* (si pensi a questo riguardo alle scelte di politica criminale venate di populismo penale¹⁹) e mal coordinata con l'ordinamento costituzionale; l'*inaridimento* del giudizio in via incidentale²⁰; la dilatazione del ruolo di altre istanze di garanzia dei diritti – Corte EDU, Corte di giustizia, giudici comuni anche in relazione al diritto CEDU e UE e attraverso l'interpretazione conforme – che però hanno caratteristiche differenti, in particolare una minore (o nulla) prospettiva sistemica²¹.

Mettendo da parte per il momento l'attualità, anche tornare a porre l'attenzione su alcuni *momenti* inerenti al processo storico, sociale e normativo di stratificazione attraverso cui si sono contestualizzati la nascita e il primo sviluppo del giudice delle leggi si rivela utile per comprendere come nasce la concezione che la Corte ha del proprio ruolo, degli strumenti che possiede per realizzarlo e della messa in pratica degli strumenti stessi²². Utile anche per capire che la dualità originaria del disegno costituente così come le

¹⁷ Così, per esempio, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici dell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, p. 57. A tal proposito vale la pena ricordare le parole del Presidente emerito Silvestri: «Tra una Corte amante del quieto vivere, che spende il suo ingegno a trovare buone motivazioni per non decidere su questioni di grande rilevanza etico-sociale, civile e politica, e una Corte che si sforza – anche eccedendo, talvolta! – di non frustrare l'aspettativa di giustizia di cittadini che ad essa si rivolgono fiduciosi, preferisco nettamente la seconda», ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., p. 15.

¹⁸ Gli studi sul seguito parlamentare tratteggiano, in modo costante, un disegno a tinte spente cfr. C. TUCCIARELLI, *Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito*, *Quaderni costituzionali*, n. 2/1996, pp. 293 ss., in part. p. 310-311; R. BIN, C. BERGONZINI, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 215 ss.; N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, *Quaderno n. 21*, 2012, pp. 109 ss.

¹⁹ Sul tema si veda almeno, S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015; L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in questionegiustizia.it, n. 1/2019, pp. 1 ss.

²⁰ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, IX, Milano, 2016, pp. 391 ss., spec. p. 470; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, pp. 35 ss. in part. p. 39 e ss.

²¹ Sulla diversa prospettiva sistemica e sulle difficoltà del dialogo tra giudici, sia permesso rinviare a D. TEGA, *I diritti in crisi*, Milano, 2012.

²² Come scriveva A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici, I. Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, p. 688.

diverse anime che la Corte ha sviluppato ne caratterizzano tutta la giurisprudenza²³, anche quella del cd. ri-accentramento. Utile per rendersi conto che la crisi del legislatore che tanto influenza l'attività della Corte era un elemento presente sin dall'inizio. Utile, infine, per essere consapevoli che i timori manifestati dalla dottrina nei confronti di alcune decisioni ritenute, per esempio, non rispettose della discrezionalità politica o del processo costituzionale, si ripetono identici a distanza di anni, come si è anticipato in Premessa.

Ad esempio, i primi anni di attività della Corte, anche alla luce di quanto fu tormentato, frettoloso, ingenuo e persino a tratti “inconsapevole” il processo che portò alla sua istituzione, evidenziano non solo la sua inattesa performance, ma anche le capacità *stra-ordinarie* di autodefinizione. Capacità che la Corte ha continuato a sviluppare e che le hanno permesso di intraprendere anche l'attuale stagione del cd. ri-accentramento.

Si pensi alla latitudine con la quale la Corte esercitò il potere regolamentare, ben oltre il dettato della legge n. 87 del 1953, per adottare le norme integrative del 1956, a dimostrazione della concezione che i primi giudici costituzionali avevano del significato e delle caratteristiche delle funzioni che essa avrebbe esercitato e della consapevolezza delle innovazioni che stavano introducendo. In sostanza, il primo Collegio arrivò nel giro di poche settimane ad integrare direttamente la legge n. 87, risultata frammentaria e incompleta anche dal punto processuale. È già a questo momento che può essere fatta risalire la disinvoltura con cui il giudice delle leggi è abituato a fare uso del processo costituzionale (disinvoltura che troverà di nuovo un momento di formidabile importanza all'epoca dello “smaltimento dell'arretrato”, governato con maestria dal Presidente Saja, e che conduce ad una ricostruzione delle funzioni e del ruolo della Corte che la porta, come a noto, direttamente a «ridosso della politica»²⁴).

In quegli anni inizia già a delinearsi, da un lato, il rapporto non sempre facile con le altre istituzioni e, dall'altro, la consapevolezza della “crisi” del Parlamento: siamo nel 1965 quando Maranini afferma (nell'ambito del convegno fiorentino del 1965 che, insieme a quelli seguenti di Parma del 1976 e di Firenze del 1981, segna l'occasione per esprimere riflessioni sulla Corte che, quanto meno nel loro impianto fondamentale, non sono più state smentite), che in Italia ci si trovava di fronte ad una situazione di gelosia e avversione del Parlamento e del Governo nei confronti di tutti gli organi giurisdizionali (sia dell'autorità giudiziaria, sia della Corte costituzionale) e nello stesso tempo di relativa inefficienza del meccanismo

²³ Si rinvia alle esemplificazioni di M. LUCIANI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in AA.VV., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Milano, 1989.

²⁴ M. LUCIANI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, cit., p. 78.

parlamentare, di fronte a una organica tendenza piuttosto al non fare che al fare²⁵. Nel Convegno fiorentino del 1981, Franco Modugno parlò di *sconfinamenti* che mettevano a rischio la tenuta della stessa separazione dei poteri, utilizzando un richiamo fatto da Crisafulli nel 1958 nello scritto *Corte costituzionale e potere legislativo*²⁶.

Si presti attenzione a come già allora l'opera di *bonifica* della legislazione pre-repubblicana – la cd. grande supplenza²⁷ – sia stata giustificata dall'inerzia o dalla lentezza del legislatore. Leopoldo Elia ne parlò come di una supplenza in senso a-tecnico, nella quale i giudici erano rimasti nei limiti di quella che chiamava “giurisdizione di amputazione”: la Corte non esercitava poteri altrui, bensì propri, per fare l'opera che altri trascuravano di compiere.

Perché ciò sia avvenuto, è allo stesso tempo facile da comprendere e cruciale da tenere a mente: l'istituzione neonata è sensibile al mutato *contesto* sociale, più che a quello politico²⁸ e, rispetto a un sistema politico ancora in un certo senso disorientato, è un *outsider* più omogeneo, agile ed efficiente²⁹. Non stupisce dunque che a fine anni '70 del secolo scorso – quando ormai era acclarata la crisi della rappresentanza politica, del ruolo dei partiti e delle assemblee elettive – Carlo Mezzanotte rilevò che non vi era stato tema del dibattito pubblico su cui la Corte non si fosse pronunciata perché, «in un sistema politico in cui gli strumenti di selezione e di sintesi degli interessi stentano a funzionare, dinanzi a un modo di legiferare quanto mai disarticolato e frammentario, il groviglio degli antagonismi diffusi nella comunità tende ad infittirsi, e le molteplici e contraddittorie istanze che non trovano un momento di mediazione politica finiscono con l'indirizzarsi disordinatamente verso organi imparziali»³⁰. Valutazione

²⁵ G. MARANINI, *Intervento*, in ID., (a cura), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, che però rassicurava sul fatto che il controllo di legittimità della Corte si sarebbe svolto senza reazioni efficaci, «Di questo siamo tutti certi, perché ormai abbiamo capito quale sia la singolare dinamica della vita pubblica italiana», pp. 353-354.

²⁶ ID., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, pp. 19 ss., in part. p. 47; V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, IV, Padova, 1958, il sindacato della Corte sulle leggi modifica lo schema tradizionale della separazione dei poteri e «più specialmente intacca lo schema del governo parlamentare, ove questo si intenda nel senso più largo, come quella forma di governo in cui il centro del potere sia il Parlamento», p. 277.

²⁷ La Corte costituzionale si dimostra rapidamente molto attiva: non solo nella già citata opera di bonifica e nell'affermazione della sindacabilità delle leggi anche in relazione alle cd. disposizioni programmatiche (sent. 1/1956, si veda, a questo proposito, l'utile precisazione sulle posizioni dottrinali che svolge A. BARBERA, *Costituzione della repubblica italiana*, cit., pp. 322-323); ma anche nel ritenere possibile l'auto-rimessione d'ufficio di una questione di legittimità costituzionale in tutti i procedimenti nei quali risolvere tale questione sia pregiudiziale alla definizione della questione di costituzionalità principale (sentt. 73/1965, ancor prima nn. 22/1960 e 57/1961); nonché nel rivendicare la competenza a interpretare autonomamente la legge e a controllare la conformità della formazione delle leggi alle norme procedurali previste direttamente dalla Costituzione (sent. n. 9/1959).

²⁸ A. CERRI, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2001, pp. 1325 ss.

²⁹ A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2004, pp. 3065 ss., in part. p. 3078.

³⁰ C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: attività e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, pp. 149 ss., in part. pp. 170-71.

del resto perfettamente riproponibile oggi. Si tratta del fenomeno della attuazione della Costituzione per via giurisdizionale, cioè l'interpretazione delle norme costituzionali direttamente prodotta nell'esercizio della funzione giurisdizionale, tale da attribuire a quelle norme un significato conforme a Costituzione, «che è poi quello su cui si determina l'esistenza di una regola, e dunque la disciplina del caso concreto in senso conforme alla Costituzione»³¹.

3. Le dottrine della Corte: Granital e le cd. rime obbligate

Un *contesto* così composito e stratificato condiziona fortemente quelle che si possono chiamare, sulla falsariga americana, le *dottrine* della giurisprudenza costituzionale: cioè quelle costruzioni interpretative, intermedie tra il diritto positivo e i singoli casi, che stanno al centro delle decisioni, e che risentono appunto del *contesto* in cui la Corte opera, del ruolo che essa assume al suo interno, ma anche della consapevolezza che il giudice costituzionale viene a maturare nel tempo³².

Anche le *dottrine* elaborate dal giudice costituzionale (spesso *a posteriori*) costituiscono una modalità di rinnovazione costante della *legittimazione* dell'organo in un *contesto* istituzionale e sociale in cambiamento. Anche quando si tratta di *dottrine* processuali – teoricamente, tutte interne a un settore neutro, tecnico, separato del diritto costituzionale, quale dovrebbe appunto essere il processo costituzionale – esse hanno spesso risvolti sostanziali, istituzionali o comunque di sistema, nei quali si avverte con chiarezza l'influenza dei fattori di cui sopra.

Poiché tale tipo di *imprinting* condiziona la vita delle teorie elaborate dalla Corte, può capitare che, di fronte a casi nuovi o a contesti mutati, queste costruzioni evolvano. Si tratta di teorie molto simili, se si vuole, a quelle elaborate dalla dottrina nel campo della interpretazione scientifica, ma poiché non sono create in sede di interpretazione scientifica, bensì in sede di applicazione giudiziaria del diritto operano in modo peculiare: se si vuole, meno dogmatico e sistematico, più pragmatico e talora persino empirico. A tal proposito risulta calzante la distinzione che Zagrebelsky traccia tra come opera e pensa uno studioso di diritto costituzionale e come opera e pensa un giudice costituzionale: la sua ipotesi di una differenza di natura tra il diritto nella dimensione teorica e il diritto nella dimensione pratica mi pare trovi conferma

³¹ M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, cit., p. 104.

³² Mi trovo d'accordo con quanto scrive M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Sistema penale*, 2019, pp. 1 ss., in part. p. 27: «Dottrina vs. giurisprudenza non equivale a interpretazione vs. diritto. La giurisprudenza fa dottrina e fa diritto, al pari dello studioso. Con una differenza principale: che produce in documenti pubblici un diritto casistico nel segno della divisione dei poteri, mentre il raccordo dei casi col ius non è opera solo giudiziale. Il vero potere giudiziale non è di costruire regole generali, ma regole concretizzate, adattando al caso regole rilette dentro e attraverso un ius che non appartiene a una singola istituzione».

nella genesi delle due dottrine, delle cd. rime obbligate e dell'anticipazione della pregiudiziale comunitaria, che la stagione del cd. ri-accentramento ha aggiornato³³.

Dall'esperienza storica che caratterizza la nostra Corte, emerge chiaramente che tutto, o quasi, sia stato lasciato alle sue *doctrines*, mano a mano che mutava il *contesto* e, con esso, il ruolo della Corte mutava, sicché si rendevano necessari interventi di manutenzione più o meno estesi.

In particolare, credo che l'elaborazione e il recente superamento di due dottrine tradizionali testimonino chiaramente il peso del *contesto* e della ricerca di *legittimazione*. Ripercorro dunque, sinteticamente, le ragioni alla base della dottrina cd. Granital, e, in seconda battuta, di quella delle cd. rime obbligate.

Un suggerimento sul ruolo del giudice nello sviluppare le *doctrines* è forse arrivato al Collegio italiano dal maestro americano di La Pergola, Paul Freund, secondo il quale: «The Courts are the sub-stations that transform the high-tension charge of the philosophers into the reduced voltage of a serviceable current», ovvero (come tradusse La Pergola) «il giudice deve saper ridurre l'alta tensione delle sue riflessioni e convinzioni teoriche al voltaggio che gli serve per poter risolvere la concreta controversia di cui è investito»³⁴.

Sarei portata a credere che La Pergola abbia utilizzato tale insegnamento³⁵ quando guidò il Collegio nell'elaborazione della cd. dottrina Granital (pronuncia n. 170 del 1984), per risolvere un problema di carattere eminente pratico e di politica costituzionale, ovvero cercare di dirimere il contrasto fra l'indirizzo monista della Corte di giustizia (che, a parere di La Pergola stesso, si atteggiava *come se vi fosse* uno stato federale, ma lo stato federale non c'era³⁶) e il tipo di dualismo che la Corte italiana aveva seguito sino ad allora³⁷, anche al costo di un ritiro dal compito di verificare la compatibilità delle leggi con il diritto

³³ ID., *La Corte costituzionale italiana*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, cit., pp. 65-68.

³⁴ P.A. FREUND, *The Supreme Court of the United States*, Cleveland, Ohio, 1961, p. 114, ho utilizzato l'efficace traduzione che ne fece La Pergola, abilissimo conoscitore della lingua anglosassone, in ID., *L'articolazione del diritto comunitario e di quello interno*, *Rivista di diritto europeo*, n. 4/1994, pp. 651 ss., in part. pp. 660-664.

³⁵ Infatti, La Pergola in seguito, scrisse che il voltaggio «professato dalla Consulta è stato, per così dire, convertito nella corrente di servizio che occorre per far funzionare il rapporto dell'ordinamento interno con il sistema monista della Corte di giustizia», ID., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2003, pp. 2419 ss., in part. p. 2441.

³⁶ A. LA PERGOLA, *L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di Confederazione. Osservazioni di un costituzionalista*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1/1993, pp. 1 ss. Il testo riproduce le osservazioni introduttive che l'A. tenne all'annuale convegno dell'Associazione dei costituzionalisti del 1992 a Milano.

³⁷ La riflessione di Tizzano conferma che ciò che stava a cuore alla Corte costituisce l'autentica motivazione del *revirement*: affermare cioè una soluzione che consentisse di por fine ad una situazione ritenuta generalmente insoddisfacente e di conformarsi alle esigenze rappresentate con forza da dottrina e Corte di giustizia, ID., *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo ...*, in *Il Foro italiano*, I, 1984, cc. 2063 ss., in part. c. 2073. Come ha ricordato C. PINELLI, *Intervento*, in *Atti della giornata in ricordo del Presidente emerito della Corte costituzionale Antonio La Pergola*, Palazzo della Consulta, 17 dicembre 2008, pp. 43 ss., «In proposito, si potrebbe instaurare una connessione fra il volume “*Costituzione e adattamento del diritto interno all'ordinamento internazionale*” (1962) e la sentenza n. 170 del 1984. Come ha detto adesso il Presidente Tesaurò, la disputa monismo/dualismo non lo appassionava affatto ed il libro ne è una testimonianza, ma ne è una testimonianza in positivo. Perché La Pergola vi dimostra come l'istituto dell'adattamento, in quanto tale, alla fine

comunitario che in precedenza il giudice costituzionale aveva perseguito³⁸. La posizione italiana viene spiegata in Granital anche attraverso suggestioni romane tratte da *L'ordinamento giuridico*³⁹: essa consiste sostanzialmente nel distinguere i due ordinamenti, riconoscendo la prevalenza del diritto comunitario in quella sfera in cui l'ordinamento interno deve ritrarsi per lasciar operare il Trattato di Roma.

Al profondo mutamento (dell'orientamento sedimentato) inaugurato da Granital corrisponde uno stile decisorio molto misurato, senza nette cesure e senza enfasi. Lo stile, del resto, che da sempre la nostra Corte utilizza quando opera mutamenti significativi. In questa direzione va, a mio parere, il richiamo delle tappe della giurisprudenza precedente a dimostrazione di come la *svolta* si innestasse su di esse, portando «alle ultime conseguenze» un «punto di vista sottinteso anche nelle precedenti»; ma anche la puntualizzazione che la soluzione cui si arrivò era già stata adottata, almeno quanto agli esiti, da tutti «indistintamente gli ordinamenti degli Stati membri».

Ma come ha pesato il *contesto* nella decisione? Il *contesto* in cui il Collegio si trova a decidere è caratterizzato, esternamente, dalla cd. dottrina Simmenthal e da ulteriori pressioni delle Istituzioni comunitarie⁴⁰ che se

consenta di smontare questa disputa puramente teorica. In fondo, questo stesso procedimento – naturalmente in nuce, perché si tratta di una sentenza di una Corte costituzionale, non di un volume di 400 pagine – lo troviamo nella sentenza 170 dell'84: anche qui egli smonta la disputa, questa volta riferita all'ordinamento comunitario, fra monismo e dualismo, a favore di un altro tipo di dualismo, che ricalcava la teoria della rilevanza di un ordinamento per un altro, con particolare riguardo al diritto internazionale privato, enunciata da Santi Romano nella seconda parte de *“L'ordinamento giuridico”* [...] La Pergola, dunque, riuscì a risolvere il problema, ottenendo per giunta l'adesione di autorevolissimi colleghi della Corte, da Livio Paladin a Virgilio Andrioli allo stesso Presidente Elia. Il procedimento era lo stesso del saggio del '62, perché eguale fu la sua capacità di smontare una disputa che sembrava irrisolvibile per una via di uscita apparentemente laterale, che consentiva di risolvere il problema in altro modo. Sulle sue intuizioni non di rado fulminanti, egli costruiva poi, più che delle teorie, delle soluzioni razionalmente argomentate», p. 44.

³⁸ Si veda, da ultimo, anche per una comparazione tra i diversi atteggiamenti delle corti costituzionali europee, D. PARIS, *Il parametro negletto. Diritto dell'Unione europea e giudizio in via principale*, 2018, Torino, pp. 47 ss. L'A. dimostra che è «evidente la prevalenza fra i giudici costituzionali di Spagna, Francia e Germania dell'orientamento, opposto a quello fatto proprio dalla Corte costituzionale italiana, secondo cui il diritto europeo in via di principio non può essere invocato come parametro nei giudizi costituzionali. È interessante aggiungere che tale diversità di orientamenti non sembra potersi giustificare alla luce della diversità delle norme costituzionali di riferimento ed appare piuttosto una precisa e consapevole scelta dei giudici costituzionali di farsi, o di non farsi, giudici della conformità dell'ordinamento interno a quello europeo», pp. 54-55.

³⁹ A. LA PERGOLA, *L'articolazione del diritto comunitario e di quello interno e di quello interno*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 4/1994, pp. 651 ss., in part. nota 1; ID., *Costituzione e integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, in part. pp. 830-831. Il riferimento al pensiero romano nella cd. dottrina Granital è ancor meglio esplicitato in C. PINELLI, *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1986, pp. 1856 ss.; ID., *Antonio La Pergola, giurista costruttore*, in *Diritto Pubblico*, 2/2007, pp. 571 ss. e in part. pp. 578-579.

⁴⁰ Così L. ELIA, *Ricordi di Corte*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, 2008, pp. 184 ss., in particolare vale la pena riportare per intero il ricordo di Elia «[...] la n.170 del 1984, in tema di rapporti tra fonti comunitarie e ordinamento italiano, fu preceduta da forti sollecitazioni che venivano da Bruxelles e dalla stessa Corte di giustizia di Lussemburgo; specie i componenti italiani di quell'organo comunitario venivano a trovarsi in una posizione imbarazzante perché i principali stati della Comunità si erano adeguati alla esigenza di simultaneità dalla entrata in vigore degli atti normativi CEE nel territorio di tutti gli Stati membri. Una particolare resistenza derivava dalla mentalità di alcuni giudici della Corte costituzionale, informata a quel dualismo degli ordinamenti che Tomaso Perassi aveva sviluppato con rigore nella sua produzione scientifica e poi anche nella prima giurisprudenza della Corte. Il maggior peso della concordantia discordantium canonum ricadde sul relatore prof.

accolte avrebbero portato ad un cruciale sviluppo dell'integrazione europea, mentre, internamente, l'indifferenza del Parlamento era plateale⁴¹. Tanto è vero che, nell'ambito della Commissione per le riforme istituzionali cd. Bozzi (che tenne la prima seduta il 30 novembre 1983, solo qualche mese prima della pronuncia Granital), non si trovò l'accordo che portasse a proporre di sancire in Costituzione il primato del diritto comunitario⁴².

La spietata testimonianza di Tizzano fotografa un *contesto* interno caratterizzato «dalla prassi di un legislatore e di un'amministrazione non sempre coerenti e a volte schizofrenici nella vistosa contraddizione tra un europeismo labiale in servizio permanente effettivo e un comportamento di segno diverso, se non addirittura opposto» e da «contrastanti sollecitazioni di una dottrina fortemente coinvolta, ma divisa, oscillante, straordinariamente logorroica e al limite quasi deviante per la incredibile quantità e varietà delle soluzioni ipotizzare e delle motivazioni ad esse offerte»⁴³. I margini di azione della Corte erano obiettivamente limitati.

Quanto alla ricerca di *legittimazione*, il cambiamento di atteggiamento contenuto nella pronuncia Granital permise alla Corte costituzionale di “guadagnare” accanto alla tipologia di *legittimazione a posteriori*, “costruita” cioè nei primi anni di attività, anche una *legittimazione europea*, mostrando alle istituzioni comunitarie di volersi adattare alla linea dettata dalla Corte di giustizia e di voler assecondare il grande progetto comunitario. Se si vuole, si tratta di un tipo di *legittimazione* che guarda al risultato.

Se è vero che la svolta del 1984 ha dato davvero prova che i limiti delle potenzialità creative della giurisprudenza costituzionale potevano conoscere una nuova frontiera⁴⁴, non da meno è stato il mutamento di tale dottrina nel 2017.

Come è noto la dottrina cd. Granital ha subito un superamento o quantomeno un profondo aggiornamento attraverso l'inversione dell'ordine tra pregiudizialità comunitaria e costituzionale che la

Antonio La Pergola, dotato di grande preparazione sia internazionalistica che costituzionalistica. Risultato: la riuscita conciliazione tra immediata entrata in vigore delle norme comunitarie anche in Italia e insieme il mantenimento di quella dualità degli ordinamenti che tanto stava a cuore ai giudici più sospettosi, mossi dalla giusta preoccupazione che la stessa Costituzione nazionale potesse diventare un complesso di norme cedevoli di fronte a quelle della Comunità», pp. 186-187.

⁴¹ Offre una spiegazione del perché a sorreggere i rapporti tra ordinamenti siano stati i percorsi di coordinamento tra giudici nazionali e giudici A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2019, pp. 859 ss., in part. p. 875.

⁴² A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., pp. 352-353, l'A. ricorda che sia in Commissione Bozzi, sia in Parlamento, sia tra i costituzionalisti (attenti ad aspetti marginali) continuava quella disattenzione che Paladin denunciò alcuni anni dopo «quasi che il Trattato non incidesse sull'ordinamento costituzionale e sull'intero sistema normativo dello stato italiano», ID., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004., p. 157.

⁴³ ID., *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo ...*, cit., in part. cc. 2064-2065.

⁴⁴ C. PINELLI, *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, cit.,

precisazione, contenuta nella sentenza n. 269 del 2017, ha sembrato compiere⁴⁵. Tante reazioni, anche molto critiche, hanno accolto questa precisazione. Ma alla base di questo cambiamento oggi, come allora, c'è una mutazione di *contesto* e una ricerca di *legittimazione*: non è l'interventismo giudiziario che muove la Corte né nel 2017, né nel 1984.

Nel perdurante silenzio del legislatore, ci si è accorti cioè che le mura dentro cui dal 1984 il Collegio aveva tentato di trincerare i valori essenziali costituzionali, rappresentavano una soluzione non più in grado di intercettare le frequenti erosioni⁴⁶ segnalate dalla dottrina più attenta e determinate da un diritto UE molto cambiato nella sua fisionomia e nel suo ambito d'azione (anche per via del ruolo assunto via via dalla Corte di giustizia e dai giudici comuni in qualità di giudici europei). Le esigenze di sistema inerenti alla messa in sicurezza della natura e degli scopi del sindacato accentrato di costituzionalità (indebolito all'effetto derivante dai vincoli provenienti dalla giurisprudenza della Corte EDU e dagli effetti che il Trattato di Lisbona e la Corte di giustizia riconoscono alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) sono apparse tali da imprimere un mutamento nella dottrina consolidata. Così nel 2017 il Collegio, influenzato anche dalle riflessioni negli anni sempre più argomentate di un suo componente, Augusto Barbera⁴⁷, ha ritenuto maturo il momento di svelare l'artificiosità della dottrina. Artificio di cui molti studiosi erano avvertiti sin dall'inizio, come riconosce oggi, dopo la svolta giurisprudenziale anche Gaetano Silvestri: molta «acqua è passata sotto i ponti da allora e forse ci si può arrischiare a dire che il contrasto tra le concezioni monista e dualista è stato aggirato – per quanto riguarda l'Italia – dalla sentenza *Granital* con una *fiction*, utilissima per superare una grossa difficoltà, ma destinata, prima o poi, a svelare la sua effettiva natura»⁴⁸.

⁴⁵ C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited*, Bologna, Bononia University Press, 2020; sia permesso rinviare anche a D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, pp. 197 ss.; Poi precisata dalle pronunce nn. 20, 63, 112 e 117/2019 e 11 e 44/2020.

⁴⁶ Sugli effetti di questa erosione sul modo di operare dei giudici cfr. R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, pp. 363 ss., in part. pp. 374 ss.

⁴⁷ A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2007, pp. 335 ss.; ID., *I (non ancora chiari) «vincoli» internazionali e comunitari nel primo comma dell'art. 117 della Costituzione*, in AA.VV. *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta il 20 aprile 2007, Milano, 2008, pp. 107-121; ID., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *La tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), Milano, 2004, pp. 89 ss.; ID. *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, pp. 149 ss.

⁴⁸ Così, da ultimo, G. SILVESTRI, *L'integrazione normativa tra ordinamento italiano ed europeo*, in *Nuova Antologia*, 2020, pp. 89 ss. L'A. continua precisando che tale «*fiction* degli ordinamenti separati, coordinati e comunicanti, fruttuosa invenzione in un certo periodo storico, sembra oggi aver dato tutto ciò che poteva dare e potrebbe ormai essere abbandonata senza timore, anche se con un po' di nostalgia da parte di quelli della mia generazione, che di essa si sono serviti per decenni nel loro lavoro». Anche Antonio Tizzano, all'epoca, riconobbe che se il risultato conseguito dalla pronuncia n. 170 appariva chiaro, meno chiaro appariva il perché si cambiava, visto che le premesse teoriche del *revirement* non erano state modificate, ID., *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo ...*, cit., c. 2072.

Venendo alla dottrina delle cd. rime obbligate, si tratta di creazione giurisprudenziale ideata da illustre dottrina, *a posteriori*, per giustificare scelte già compiute⁴⁹. Tale teoria rappresenta un caso esemplare di alleanza fra pragmatismo giurisprudenziale ed elaborazione scientifica, in cui la dottrina si fa letteralmente *amica curiae* e delinea il fondamento, la giustificazione e i limiti di quanto la Corte costituzionale si era trovata a fare. Superare lo iato tra la concretezza dei problemi giudiziari e le altezze dogmatiche è stato possibile, grazie all'intervento di Vezio Crisafulli, il cui metodo – secondo un'autorevole ricostruzione del suo lavoro scientifico sulla giurisprudenza costituzionale – è essenzialmente logico-sistematico⁵⁰, ma guarda con attenzione alle esigenze pratiche e alle conseguenze delle costruzioni teoriche, nella convinzione che debbano essere queste ultime ad adeguarsi «ai dati normativi della realtà, e non viceversa»⁵¹.

Il risultato di questa alleanza è stato imponente: le decisioni, che in base all'art. 136 Cost. avrebbero dovuto essere semplicemente di accoglimento o di rigetto⁵², si sono articolate negli anni, attraverso un vero e proprio effetto domino, in un efficace armamentario di tipologie multiple, che ancora di recente ha suscitato originali tentativi di classificazione⁵³.

A proposito delle critiche che hanno accolto tale dottrina vale la pena ricordare la parabola vissuta da Gaetano Silvestri: da giovane studioso è stato tra i suoi più raffinati critici, per la creatività solo in parte velata dalla dottrina, mentre molti anni dopo, al termine del suo servizio a Palazzo della Consulta, ha ribaltato la critica nel senso opposto, per gli impacci eccessivi che questa stessa dottrina oppone alle possibilità di intervento del giudice costituzionale, dinanzi a patologie conclamate e troppo a lungo trascurate dal legislatore: «[q]uando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*»⁵⁴. Crisafulli trova la sua rivincita: o meglio, la logica del *magis ut valeat* fa apparire le cd. rime obbligate persino troppo costrittive.

⁴⁹ Sia permesso rinviare al mio studio, D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., dove ho provato a ricostruire pp. 122-140.

⁵⁰ S. BARTOLE, *Introduzione al Convegno*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993, Padova, 1994, pp. 15 ss., in part. pp. 21-22.

⁵¹ F. MODUGNO, G. D'ALESSANDRO, *Il contributo di Vezio Crisafulli alla rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, pp. 560 ss., in part. p. 623.

⁵² A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo*, cit., in part. pp. 3096 ss.

⁵³ C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della corte costituzionale*, Napoli, 2013, p. 105.

⁵⁴ Silvestri si riferisce alla sofferta sentenza n. 279/2013, che definisce come un «estremo atto di deferenza verso il legislatore». La pronuncia venne adottata in seguito alla decisione della Corte EDU nel caso Torregiani in merito al tema del sovraffollamento carcerario. Si trattò di una delle ultime classiche decisioni di inammissibilità in cui, pur riconoscendo «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato [...] e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo», la Corte si era arrestata dinanzi alla «pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate e che aveva escluso l'asserito carattere "a rime obbligate" dell'intervento additivo». E dunque la Corte si era limitata ad osservare che non sarebbe stato tollerabile «l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato», ID., *La dignità umana*

Anche in riferimento al superamento della dottrina delle cd. rime obbligate, dovuto in particolare alle decisioni nn. 222 e 233 del 2018 e 40, 99, 112 e 242 del 2019, molte sono state le critiche, in alcuni casi miranti a segnalare il collegamento con motivazioni tipiche dell'attivismo giudiziario. Al contrario, a mio parere anche alla base di questo cambiamento oggi, come allora, c'è una mutazione di *contesto* e una ricerca di *legittimazione*. L'evoluzione di questa dottrina a me pare veramente esemplare delle tesi più generali che sostengo: 1) è evidente la connessione tra il profilo processuale (ammissibilità, sotto il profilo del tipo di intervento praticabile dalla Corte costituzionale) e quello sostanziale (aree e decisioni riservate alla politica); 2) tanto la genesi, quanto le vicissitudini e gli ultimi approdi di questa teoria sono relativamente indipendenti da norme positive, scritte, e si svolgono su di un piano eminentemente interpretativo e giurisprudenziale; 3) su questo piano, si sono sovente intrecciate, e talora, contrapposte le esigenze dogmatiche, da un lato, e, dall'altro, le sollecitazioni derivanti dai problemi riscontrati concretamente, nelle varie situazioni normative, e dalle soluzioni che a tali problemi apparivano possibili in ciascun momento; 4) proprio il mutamento del *contesto* complessivo (la crisi della legalità penale) spiega le diverse stagioni della dottrina delle cd. rime obbligate.

4. In conclusione: la Corte come un equilibrista sul filo

«Il futuro della Corte si gioca su questo delicato ed instabile equilibrio tra astratto e concreto, legislativo e giurisdizionale, formale e sostanziale, politico e neutrale». La frase di Gaetano Silvestri⁵⁵ descrive bene come la Corte costituzionale si sia mossa con la perizia di un equilibrista sul filo, sin dall'inizio del proprio operato. La sua presenza si è rivelata una variabile determinante nel quadro della forma di governo parlamentare. Spesso si è evidenziata la scarsa consapevolezza che avrebbe caratterizzato la genesi di questa istituzione, e la conseguente ambiguità del mosaico normativo costituito dalle sue fonti di riferimento. Eppure, dal punto di vista del rendimento, le indecisioni e le ambiguità si sono rivelate, tutto sommato, felici. La Corte ha certamente modificato la forma di governo italiana, ma lo ha fatto rafforzando molte delle garanzie previste dal Costituente a favore della persona e della democrazia.

Alla domanda su dove vada ricercato il fondamento di «una legittimazione che consente di affidare, fuori dagli schemi della rappresentanza politica, un potere il cui esercizio è in grado di bloccare l'azione degli organi attraverso cui si esprime la volontà della maggioranza», Enzo Cheli ha risposto che certamente va trovata nella supremazia della Costituzione, ma anche «nella storia e nella cultura giuridica di un determinato paese, in elementi che risultano legati all'accumulazione giurisprudenziale, all'autorevolezza

dentro le mura del carcere, intervento conclusivo del seminario *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU* tenutosi il 28 maggio 2014 nella Sala Teatro del carcere di Rebibbia, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, 2014.

⁵⁵ G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in ID., *Le garanzie della Repubblica*, Torino, 2009, pp. 131 ss.

dei precedenti, alla trasparenza degli argomenti addotti a sostegno di pronunce, che, per la materia trattata, devono poter trovare una rispondenza nel senso comune che si esprime attraverso i comportamenti della collettività»⁵⁶.

La Corte ha dovuto acquisire e poi conservare, e quando possibile incrementare, la propria *legittimazione*: intesa nel senso sociologico di quel «prestigio di esemplarità e obbligatorietà»⁵⁷, che le era indispensabile per ottenere la materia su cui decidere (attraverso i vari canali disponibili, tra i quali non è previsto quello che, in altri sistemi, si è rivelato più copioso, ossia il ricorso diretto del cittadini) e per vedere, in qualche modo, le proprie decisioni tradotte in realtà (pur non avendo strumenti formali per vigilare direttamente sulla loro esecuzione).

Come si è visto lo stesso superamento delle due dottrine tradizionali – Granital e cd. rime obbligate – riflette non soltanto il mutare del *contesto*, ma il costante tentativo della Corte di continuare ad approvvigionarsi del massimo possibile di *legittimazione* delle proprie decisioni, tenuto conto del *contesto* in cui esse dispiegano i propri effetti.

Nella stagione del cd. ri-accentramento il Collegio sembra aver rafforzato ancor di più le basi della propria *legittimazione*⁵⁸: quella *a priori* che si fonda sulla Costituzione (nonostante la richiamata confusione che pesa sul periodo costituente) e sull'esigenza della sua difesa (la Costituzione come limite al potere)⁵⁹; quella *a posteriori* che le deriva dalla sua *saggezza*⁶⁰, da come esercita i suoi poteri, da come motiva le sue decisioni e dal rispetto dei limiti che la Corte stessa incontra (compreso anche il limite del cd. self restraint); quella che si costruisce attraverso rapporti diretti con l'opinione pubblica e grazie al consenso sociale; quella che si è andata sviluppando nel rapporto con l'altra grande istituzione deputata alla garanzia del sistema costituzionale, la Presidenza della Repubblica.

Anche da questa angolazione si vede quanto sia cruciale il rapporto tra la Corte e i suoi interlocutori: se, come si è detto, la *legittimazione* consiste in prestigio e autorevolezza, tali da dare forza concreta a

⁵⁶ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, p. 16.

⁵⁷ M. WEBER, *Economia e società* (1922), Milano, I, 1974, p. 29: qui riferita, come è ben noto, agli ordinamenti nel complesso e alla necessità che essi si fondino su basi più solide della razionalità rispetto allo scopo o della consuetudine.

⁵⁸ Che non è mai stata nella ascendenza partitica o dentro la rappresentatività politica.

⁵⁹ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, scrive che «La tenuta della corte, sulla cui crescita probabilmente non tutti avrebbero scommesso all'atto del decollo dell'esperienza repubblicana, concorre alla tenuta della Costituzione, da cui, del resto, trae vantaggio nella misura in cui sulla carta si fonda e perpetua il suo stesso potere», p. 443. Elia scriveva che la Corte si legittima per la sua diretta derivazione dalla Costituzione e in particolare dalla scelta del Costituente a favore di una costituzione rigida e soprastante le altre fonti, cfr. ID., *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in M. OLIVETTI, T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, pp. 137 ss., in part. p. 138. Per l'A. funzione della Corte era quella di *remedium omnipotentiae*, basata sulla consapevolezza degli errori che le maggioranze politiche possono commettere nell'attuare la Costituzione.

⁶⁰ Il riferimento è ad una riflessione condotta sulle varie espressioni di “saggezza” della Corte, intesa come esercizio di prudenza ed equilibrio, alla luce dell'esperienza, Q. CAMERLENGO, *La saggezza della Corte*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2011, pp. 647 ss.

un'istituzione, ai suoi poteri e alle sue decisioni, evidentemente è presso i propri interlocutori che si deve cercare e ricercare un tale accreditamento, tenendo conto anche dei punti di vista reciproci che ciascuno di essi intrattiene con gli altri.

In questa prospettiva, mi limito a ricordare il rilievo, del tutto condivisibile, secondo cui la pretesa della Corte, per così dire, di mutare il proprio ruolo e i lineamenti delle proprie funzioni dipende dal *contesto* (relativamente) nuovo, contrassegnato dalla crisi di capacità di decisione dei soggetti titolari del potere politico di produzione del diritto e dalla conseguente accelerazione di alcuni processi latenti: per questo il ruolo del giudice delle leggi è gradualmente passato dalla garanzia dei valori affermati nel patto costituzionale originario, in “naturale” tensione con le sedi dell'indirizzo politico, alla garanzia dei diritti fondamentali – affermati a ogni livello, nazionale ed europeo – assunti come fine ultimo. È sempre più la garanzia di tali diritti che il Collegio percepisce come il fondamento della *legittimazione* propria e dei propri giudizi. È questa la base principale di molte delle nuove pretese che essa stessa coltiva. È in virtù di tale sua *legittimazione* che la Corte può sottrarsi a regole processuali troppo stringenti, a partire da quelle sull'accesso, quando premano «ragioni sostanziali di giustizia»⁶¹.

Nel convegno pisano del 1990 sulla giustizia costituzionale a una svolta, Bettinelli rifletté acutamente sul rapporto con l'opinione pubblica⁶², con valutazioni, a mio parere, valide anche oggi: in un *contesto* nel quale è acclarata la complessiva debolezza del sistema politico istituzionale, inefficiente anche sotto il profilo della capacità e tempestività decisionale, qualsiasi manifestazione di efficienza di altri poteri ne rafforza la *legittimazione*. Esempio preclaro è appunto la Corte: sensibile all'evoluzione del sistema politico e da subito portata a intervenire per regolare i conflitti politico sociali. La Corte occupa spazi innanzi ritenuti di mera supplenza: nel più generale disimpegno, essa si pone come fonte di prezioso, irrinunciabile equilibrio, anche in maniera spregiudicata. Il giudice costituzionale appare propenso a scendere nell'arena, alla ricerca di una propria *legittimazione* popolare, magari a soccorso della già segnalata crisi di *legittimazione* di altre istituzioni.

In conclusione sostengo che: 1) non è un fuor d'opera ragionare della Corte costituzionale in termini di *legittimazione*; 2) la diversità dei canali di *legittimazione* disponibili al Collegio, che spaziano dall'osservanza dei canoni processuali e dei precedenti, ai valori costituzionali di cui esso è al servizio, sino ai risultati concreti che la sua azione è in grado di offrire dinanzi ai conflitti sociali e alla necessità di una loro mediazione; 3) in ciascuna stagione – e forse in ciascun caso, o quantomeno in quelli di maggiore rilievo – si deve considerare ciascuno di questi canali, anche se non sempre si riesce ad attingere a tutti, o a tutti

⁶¹ S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, cit., in part. p. 12.

⁶² E. BETTINELLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica (in un sistema politico debole)*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, pp. 39 ss., in pp. 39-41.

in egual misura, e talora si deve sacrificarne uno a scapito di altri. In questi limiti, a mio avviso, è consentito parlare della politicità della Corte: nella misura in cui la si intende come entità in-politica, secondo la fortunata formula di Zagrebelsky⁶³, che deve tenere conto del complessivo *pactum societatis* al fine di garantire le pre-condizioni indispensabili per l'attività di governo; e, in questa prospettiva, deve anche preservare la propria legittimazione e tenere conto di tutti i profili di impatto delle proprie attività⁶⁴.

Quanto ai rapporti con la discrezionalità politica, l'aggiornamento delle dottrine discusse ha certamente aperto la via a possibili confronti con il legislatore, oltre che con la magistratura comune, con l'ordinamento UE e con la dottrina. Di nuovo, si tratta di tensioni che, in maniera carsica, riemergono periodicamente nella storia del nostro ordinamento.

La crescita del peso del potere giudiziario e della sovrapposizione tra discrezionalità politica e giustizia costituzionale nell'evoluzione del diritto costituzionale – di cui la stagione giurisprudenziale del cd. riaccostamento è certamente esemplificazione – è un dato noto (di cui si era in qualche modo consapevoli, pur con altre coordinate, già in Costituente). Come del resto, e più in generale, è noto che la separazione tra giurisdizione e politica storicamente è entrata in crisi ben prima del cd. fenomeno dell'attivismo giudiziale (sul quale ho accennato in Premessa): è con l'avvento dello Stato sociale e della supremazia della Costituzione sulla legge, entrambi elementi caratterizzanti lo Stato costituzionale di diritto, che si sgretola l'ideale di una giurisdizione *passiva e impolitica*⁶⁵.

Del resto, la Corte costituzionale non ha mai inteso il proprio ruolo come quello di un *custode museale* di formule imbalsamate di regole e principi o di un *entomologo* della Costituzione, come rispettivamente hanno scritto Lattanzi e, ancor prima, Elia e che anzi rifugge da quello in cui di tanto in tanto si ritrova di *agrimensore* da cui Cassese ha messo in guardia⁶⁶. Al contrario, essa ha interpretato il proprio ruolo non solo come un garante della perfettibilità dell'indirizzo politico⁶⁷, ma anche «[...] di quei modi o di quegli strumenti attraverso i quali le “sostanze” – e cioè, i valori costituzionali, i vecchi e i nuovi, e dunque i

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, pp. 273 ss.

⁶⁴ A questo proposito parafrasando quanto scritto da Zagrebelsky, dopo la fine della sua esperienza a Palazzo della Consulta, va ricordato che i tribunali costituzionali non decidono solo casi singoli: sia perché le loro pronunce hanno, o possono avere, effetti – di annullamento o di precedente – ben oltre le singole vicende; sia perché esse, più in profondità, hanno la funzione di promuovere la legittimità della Costituzione, cioè l'accettazione di quest'ultima come carta fondamentale. Non solo la *legalità* costituzionale: anche la *legittimità* costituzionale. Occorre evitare che decisioni, pur giustificate in nome della Costituzione, determinino conflitti tali da scuotere le basi di legittimità della Costituzione stessa, ID., *La Corte costituzionale italiana*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, cit., pp. 59, in part. pp. 69-70.

⁶⁵ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, n. 3/1998, pp. 365 ss., in part. p. 370.

⁶⁶ G. LATTANZI, *Attualità della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, p. 402; L. ELIA, *Intervento*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, p. 329; S. CASSESE, *Dentro la Corte*, Bologna, 2015.

⁶⁷ G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2018, pp. 725 ss., p. 773.

vecchi e nuovi diritti e doveri – possono essere ancora una volta riconosciuti, affermando la loro attualità»⁶⁸.

A me pare che Dogliani abbia ben colto la percezione che ha di sé oggi la Corte: il giudice costituzionale, attraverso interventi arbitrari necessari ad attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità che il legislatore non è riuscito a imprimerle, svolge un controllo non nemico, ma cooperativo di fronte al grande malato rappresentato dal Parlamento e dal principio rappresentativo (tanto che l’A. avanza l’ipotesi che il controllo di costituzionalità potrebbe essere inserito come elemento integrante il procedimento legislativo)⁶⁹.

Anche in questa attuale stagione emerge, di nuovo, la natura ibrida della Corte. Essa è certamente organo di giustizia che opera per togliere efficacia agli atti del potere legislativo che si pongono in contrasto con la Costituzione, in modo da rendere compiutamente obbligatoria ed operante la stessa Costituzione⁷⁰. Ma non solo. Essa agisce sotto la spinta di esigenze pratiche, imponendo, in primo luogo, al potere legislativo il rispetto delle norme, dei principi e dei valori posti a fondamento della società e dello Stato⁷¹. Lo fa maneggiando con crescente ed estrema disinvoltura gli strumenti processuali, superando continuamente i limiti cui prima si era attenuta, attraverso una costante espansione dei suoi poteri di intervento nella sfera discrezionale, venendo a confezionare soluzioni legislative alternative. Per quanto concerne in particolare la Corte essa è immersa davvero nell’ambiguità sin dall’inizio della sua genesi, come ha ricordato Luciani in forma elogiativa: un’ambiguità in cui essa alterna una *legittimazione* strutturale di individuazione di contenuti e valori fondanti, ad una *legittimazione* funzionale di assicurazione del buon funzionamento del sistema⁷².

Per capire la sua attuale fisionomia va fatto riferimento ai vari elementi del *contesto* in cui è calata. Tra questi vanno considerati anche la ben nota destrutturazione del sistema politico, conseguente alla crisi dell’impianto dei partiti e la fluidificazione del disegno costituzionale, nella parte relativa all’organizzazione dei poteri⁷³. Pur a Costituzione invariata, il peso dei poteri nella forma di governo si è modificato profondamente: si è assistito a un crescente depotenziamento degli organi di indirizzo, del

⁶⁸ G. LATTANZI, *ibidem*.

⁶⁹ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso, «Il pendolo della Corte». Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, pp. 84-85, conseguenzialmente arriva a chiedersi se in base ad una logica cooperativa non sarebbe più coerente un controllo di tipo preventivo. Mi pare che anche Modugno nel convegno fiorentino del 1981 avesse già delineato questa valutazione, ID., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 101.

⁷⁰ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit. p. 9.

⁷¹ E. CHELI, *ibidem*.

⁷² M. LUCIANI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in AA.VV., *La Costituzione italiana quarant’anni dopo*, cit., in part. pp. 78 ss.

⁷³ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 69.

Parlamento e del Governo, e a un progressivo accrescimento del peso degli apparati di garanzia, Capo dello stato e Corte costituzionale, incentivati sempre di più verso l'esercizio di poteri attivi dal vuoto nei poteri di indirizzo⁷⁴ (in linea con quanto è avvenuto anche per le altre corti costituzionali europee).

La lettura degli Atti dei tre storici convegni sulla giurisprudenza costituzionale (già richiamati) è davvero significativa per la già matura descrizione del grande malato, rappresentato dal Parlamento⁷⁵ e dal principio rappresentativo, così come per le critiche anche sferzanti ad alcune decisioni cruciali, basti pensare a quelle che “riscrissero” la disciplina del referendum, come la pronuncia n. 16 del 1978⁷⁶, ed infine anche per il riferimento alla resistenza nei confronti della *judicial review* da parte del potere politico, spesso non disposto a comprendere la funzione del giudice delle leggi, forse perché ancorato a una visione liberale tipica dello Stato di diritto ottocentesco. Sarebbe evidentemente opportuna una reazione diversa da quella abituale che ha sempre oscillato tra l'indifferenza (in alcuni frangenti anche l'opportuno) e la polemica. A proposito dei toni polemi, essi ci sono stati sempre, e sempre hanno fatto parte della dinamica comunicativa. L'accusa di emanare sentenze-leggi, reiterata in occasione delle decisioni sul cd. caso Antoniani/Cappato, non è nuova; anche in passato si era scritto di decisioni legge-delega, in cui la Corte “dettava” al legislatore i principi normativi cui dare attuazione⁷⁷.

Non sarebbe certo sbagliato, a questo proposito, come è stato suggerito anche dalla Relazione sulla giurisprudenza del 2019 della Presidente emerita Cartabia, sfruttare i canali di comunicazione formali previsti dall'ordinamento ed eventualmente rinnovarli e arricchirli, anche alla luce delle esperienze straniere e intensificare l'esperienza di approfondimento delle decisioni, (non solo di quelle di

⁷⁴ E. CHELI, *ibidem*.

⁷⁵ Già nel 1965, per es., si mettevano in evidenza le difficoltà del legislatore nel convegno di Firenze del 1965 (si veda capitolo I, § 3).

⁷⁶ Ad esempio, si veda S. RODOTÀ, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., pp. 489 ss., in part. p. 494.

⁷⁷ Cfr. A. PREDIERI, *Parlamento*, in Id. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, 1975, pp. 67, in part. pp. 69-70.

Lo si disse, per esempio, anche in riferimento alla decisione n. 69 del 1978 sulla trasferibilità del quesito referendario a normativa ripetitiva nei principi e nei contenuti, adottata prima del referendum A. BARBERA, *Art. 2*, in *Principi fondamentali, Commentario della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Principi fondamentali, Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 ss., nota 3, p. 93. Lo stesso si affermò per la sentenza n. 202/1976 sul sistema radiotelevisivo. Mentre la pronuncia n. 225/1974 venne etichettata con fastidio come “decisione comandamento” o “sette comandamenti” perché si rivolgeva al legislatore, indicando in modo preciso la road map da seguire. Lo stesso giudice Spagnoli definì le decisioni nn. 225 e 226/1974 sentenze-legge che fissano punti, velocemente recepiti dal legislatore nella legge n. 103/1975, cfr. Id., *I problemi della Corte. Appunti di giustizia costituzionale*, cit., p. 89. Aldo M. Sandulli ricordò che invece la sentenza n. 16/1978 destò ben poche reazioni da parte del Parlamento perché esso può essere disposto ad accettare una «politica» della Corte invasiva della propria sfera, *secundum eventum*, quando i grossi partiti siano concordi, ID., *Scritti giuridici, I. Diritto costituzionale*, cit., p. 691.

accogliamento)⁷⁸. Da tempo e da più parti si è evidenziata tale necessità senza aver trovato ancora una modalità efficace⁷⁹.

Tuttavia, per porre rimedio alla tendenza allo sconfinamento nella sfera della discrezionalità politica della Corte non ci si può aspettare che essa stessa arretri, che ingrani la retromarcia: la sua colpa, se così ci si può esprimere, è di compiere la propria funzione in modo molto efficace in un *contesto* nel quale non fanno altrettanto gli organi rappresentativi⁸⁰: è la debolezza della politica ad evocare la forza del giudice, non il contrario⁸¹. È in questo senso che la dottrina dovrebbe rivolgere maggiormente la sua analisi. Forse ha potuto trarre in inganno l'aver, sin dall'inizio, identificato l'autoaffermazione della Corte con una funzione di supplenza come se prima o poi si sarebbe potuto assistere ad un suo ritrarsi in un alveo costituzionalmente più "normalizzato"⁸². Il diritto costituzionale però si è sviluppato come un diritto giurisprudenziale⁸³ ed un numero sempre più consistente di scelte di politica istituzionale è passato attraverso le maglie del sistema di giustizia costituzionale⁸⁴. Non sarebbe una soluzione utile.

Nondimeno le attribuzioni, nemmeno immaginabili sulla carta, che la Corte ha elaborato nel supplire all'insufficiente qualità delle decisioni politiche o la loro inesistenza, non l'hanno *trasformata* in ciò che ontologicamente non può essere: i criteri dei quali il giudice si serve nella sua opera non sono i criteri che *dovrebbero* essere utilizzati dagli organi politici⁸⁵. Si può invece ri-dimensionare l'azione della Corte agendo su altri elementi del *contesto*, su altri soggetti istituzionali e sulle loro modalità operative: in particolare, ripristinando le condizioni che mettano in grado il legislatore di esercitare pienamente le sue funzioni. E poiché tale deficit abbiamo ricordato essere stato rilevato quasi in contemporanea alla nascita della Repubblica, la via non può che essere quella delle riforme istituzionali.

⁷⁸ Diversi giudici costituzionali hanno suggerito di implementare una visione collaborativa, da ultimo, sembra averlo fatto la Presidente emerita Cartabia, *Relazione sulla giurisprudenza del 2019*: «Ma dalla prassi comparata si potrebbe trarre ispirazione anche per sviluppare ulteriori forme di collaborazione istituzionale già sperimentate proficuamente da altre Corti. Particolarmente significativa è la consuetudine invalsa in Germania di svolgere incontri informali a cadenza annuale tra la Corte costituzionale, il Governo e le Camere, per uno scambio generale di informazioni», in www.cortecostituzionale.it, p. 14.

⁷⁹ Per es., C. TUCCIARELLI, *Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito*, cit.; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento (in chiaroscuro)*, *Il Foro*, V, 2000, cc. 19 ss.

⁸⁰ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto tra giurisdizione e democrazia)*, cit., p. 368 scrive, a ridosso delle vicende legate a alla cd. Tangentopoli, «non si cerchi, dunque, nella giurisdizione la spiegazione della sua nuova forza nei confronti della politica. Si cerchi invece in questa la radice di una debolezza, di un vuoto, che altri, inevitabilmente, hanno colmato: la politica non sarà più, nelle aule dei tribunali, sul banco degli imputati, solo se e solo quando avrà ricominciato ad essere politica, recuperando qualità morali e spessore progettuale e riprendendo il suo ruolo di strumento di crescita e di emancipazione sociale».

⁸¹ P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, cit., p. 259.

⁸² Riflessione anche questa d'antan, cfr. S. RODOTÀ, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, cit., p. 497.

⁸³ Lo dimostra in modo lampante, direi patologico, lo sviluppo del diritto regionale, in particolare.

⁸⁴ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 23, come del resto aveva già evidenziato C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: attività e prospettive*, cit.

⁸⁵ N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., pp. 317-318.