

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA



(ex “Logica del diritto sociale e teorie dei diritti fondamentali”, *curriculum*
“Teorie giuridico-politiche sul Custode della Costituzione”)

CICLO: XXXI (*ex* XVII)

ANNO DI CORSO: III

CURRICULUM: Storia e teoria del diritto

RESPONSABILE DEL CURRICULUM: Prof. Massimo Meccarelli

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE: Ius/20 – Filosofia del diritto

TEMA DI RICERCA: Il problema della legittimazione della giustizia costituzionale: un’analisi teorica.

Tutor

Chiar.mo Prof. Adriano BALLARINI

Co-tutor

Chiar.mo Prof. Gianluca CONTALDI

**LIMITAZIONE E LEGITTIMAZIONE DEL
POTERE NEL DIBATTITO TEORICO
SULLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE**

Anno Accademico
2018-2019

Indice

INTRODUZIONE.....	6
1. Oggetto (<i>rectius</i> “problemi”) e metodo della ricerca.....	6
 CAPITOLO PRIMO	
GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E FILOSOFIA DEL DIRITTO	15
1. I fondamenti giustificativi di una ricerca filosofico giuridica sulla giustizia costituzionale	15
2. La giustizia costituzionale come “luogo di incontro” degli studi di filosofia del diritto.....	20
 CAPITOLO SECONDO	
I MUTAMENTI DEL DIRITTO NEL PANORAMA DELLO STATO COSTITUZIONALE	25
1. Stato costituzionale pluralista e “diversità”	25
2. L’allontanamento della costituzione dalla politica e il suo avvicinamento al diritto.....	33
3. Una nuova materializzazione del diritto	39
4. La perdita delle certezze del diritto e la ricerca di un equilibrio	45
5. La razionalità pratica del diritto quale attività sociale di natura interpretativa e argomentativa.....	48
6. Lo Stato costituzionale riedita un’antica tradizione	51
 CAPITOLO TERZO	
LA RAGIONEVOLEZZA: “PERNO” DEL MUTAMENTO NELLO STATO COSTITUZIONALE DEMOCRATICO ..	53
1. Premessa	53
2. <i>Ratio</i> e ragionevolezza, due Essenze. La problematica necessità di abbandono del metafisico.....	60
3. I principi costituzionali come fulcro dell’ordinamento contemporaneo e la loro proiezione sulla realtà giuridica:	

supremazia della costituzione, discrezionalità del legislatore e ruolo del giudice	66
4. Il problema della validità giuridica nell'Ordine giuridico contemporaneo	73
5. La ragionevolezza come logica dei valori nell'argomentazione costituzionale	79
6. Ragionevolezza del diritto come pratica sociale	87
7. Ragionevolezza delle leggi nel sindacato costituzionale	94
8. Sui confini per un corretto esercizio del potere giurisdizionale nello Stato costituzionale democratico	102

CAPITOLO QUARTO

I MOMENTI FONDAMENTALI NELL'EVOLUZIONE DEL DIBATTITO TEORICO SULLA GIUSTIZIA

COSTITUZIONALE	106
1. Premessa	106
2. La natura "pratica" della giustizia costituzionale, tra teoria dell'interpretazione e teoria dell'argomentazione	110
3. I diversi modelli di giustizia costituzionale e le questioni teoriche e storico-filosofiche ad essi sottese	116
4. Il problema della legittimazione della giustizia costituzionale: una lettura "d'insieme"	123
4.1. <i>Alcuni interrogativi di fondo</i>	123
4.2. <i>Nella dottrina nordamericana</i>	125
4.3. <i>Nel pensiero di Jürgen Habermas</i>	133
4.4. <i>Nel dibattito d'Oltralpe</i>	136

CAPITOLO QUINTO

IL PROBLEMA DELLA POLITICITÀ DEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: GENERAZIONI A CONFRONTO.....

141	
1. Il "posto" della Corte costituzionale: giurisdizione o legislazione (<i>ergo</i> politica)?	141
2. Il dibattito costituente sulla definizione di un sistema di giustizia costituzionale in Italia: due logiche a confronto	148
3. I lavori parlamentari	152

4. Intermezzo. L'influenza del modello di giustizia amministrativa e il rimando al binomio legittimità/merito	153
5. I progetti sulla Corte costituzionale presentati in sede costituente (i progetti presentati da Piero Calamandrei e Giovanni Leone).....	155
5.1. <i>Le questioni di fondo</i>	155
5.2. <i>Il progetto Calamandrei</i>	158
5.3. <i>Il progetto Leone</i>	165
6. Generazioni a confronto: le posizioni di Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky sulla giustizia costituzionale in Italia..	172
6.1. <i>Premessa</i>	172
6.2. <i>Ferrajoli e la giustizia costituzionale, la vicinanza alla posizione di Calamandrei</i>	174
6.3. <i>Zagrebelsky e la giustizia costituzionale: l'influenza di una concezione mite del diritto</i>	184

INTRODUZIONE

1. Oggetto (*rectius* “problemi”) e metodo della ricerca

Il proposito del presente lavoro è quello di esaminare le riconcettualizzazioni teorico-giuridiche imposte dai “mutamenti” del diritto discendenti dall’avvento dello stato costituzionale di democrazia pluralista novecentesco, ponendo quale oggetto di riferimento analitico il dibattito teorico che si è sviluppato intorno al tema della “giustizia costituzionale”.

Poiché, in una prospettiva storico-filosofica, ogni manifestazione del pensiero giuridico occidentale si è tradotta in un’istanza di riconcettualizzazione delle teoresi e della dogmatica precedenti (sintetizzando alla radice: il giuspositivismo come riconcettualizzazione del giustnaturalismo; il neocostituzionalismo novecentesco come revisione concettuale del pensiero proprio del positivismo/proceduralismo giuridico ottocentesco), è importante individuare alcuni temi chiave che – nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale – consentono di studiare questi movimenti dialettici fatti di decostruzione e ricostruzione.

Ferme le differenze di orientamento culturale o ideologico, la teoria giuridica contemporanea è sempre più cosciente che il diritto sia paragonabile a una rete di ragioni tenute insieme non più da rigidi supporti di deduzione e/o di delegazione (al modo delle dottrine tradizionali del giuspositivismo) bensì «da più elastiche relazioni di giustificazione».

Nel tempo della modernità – che è quello della sovranità della legge generale e astratta e, si potrebbe dire, dello schiacciamento della realtà sociale sotto il peso dei precetti legislativi – il giudice doveva adattare il fatto alla norma, una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, un procedimento squisitamente logico deduttivo.

Oggi, nel nuovo ordine costituzionale contemporaneo (o financo post-moderno), il giudice, attraverso operazioni valutative, si trova a dover comprendere il caso da risolvere e ad adattare la norma al fatto della vita, individuandone la più adeguata disciplina.

Il diritto appare oggi come un'invenzione¹, dunque come un procedimento contrario a quello sillogistico. In essa, infatti, non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione-percezione-comprensione, tutte segnate sul piano assiologico.

Si tratta di un'impostazione teoretica che si impone ed emerge quando ormai l'atteggiarsi dei fenomeni sociali che hanno segnato il Novecento (con la riemersione della società quale attrice e fautrice del diritto) investe anche la dimensione giuridica, in un tempo di ripensamenti e, appunto, di riconcettualizzazioni.

Tra esse, in particolare, la "giustizia costituzionale" rappresenta uno degli aspetti di maggiore novità e interesse e si pone, all'osservatore, quale punto di analisi, o "crocevia", dalla prospettiva del quale è possibile esaminare quell'esigenza di riconcettualizzazione imposta dall'innegabile avvento di un "nuovo ordine costituzionale".

La "giustizia costituzionale" è un tema di studio assai ampio. Sconfinato: "una macchia d'olio che si allarga progressivamente, fino a divenire ingovernabile, scivolosissima". Essa, però, costituisce un prisma attraverso il quale si possono scorgere le proiezioni di quelle nuove concettualizzazioni che essa porta in seno. E allo stesso tempo rappresenta una "novità" rispetto alle acquisizioni dogmatiche dello Stato moderno di stampo liberale, prebellico, influenzato dallo stautalismo post-rivoluzionario e dalla matrice proceduralista in cui si è sviluppato.

¹ GROSSI, P., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017. Il significato che l'Autore assegna al concetto di 'invenzione' (lungi dall'essere quello che esso assume nel linguaggio corrente, come artificio, o, addirittura, falsificazione di un fatto reale) deve cogliersi nel contenuto che, nella lingua latina, hanno il verbo 'invenire' e il sostantivo 'inventio', ossia un cercare per trovar qualcosa, un reperire.

Il diritto si propone come oggetto di 'invenzione' durante tutto il lungo periodo formativo dell'antico diritto romano, durante l'intera esperienza giuridica medievale, e ieri ed oggi nella visione del *common law*. Cioè in ordinamenti alieni dal concepire il 'giuridico' intrinsecamente vincolato al potere politico ed espressione di questo, alieni da una visione autoritaria (perché meramente potestativa) che lo collega a un comando piombante dall'alto sulla società chiamata unicamente all'obbedienza.

In ordinamenti così contrassegnati è, invece, chiaro il nesso genetico fra società e diritto, la sua intima storicità e, quindi, il suo carattere di tessuto ordinante di quella, realizzandosi in una articolazione pluralistica che coglie, come protagonisti, accanto al legislatore, i giuristi, coloro che fanno di diritto, che sono esperti di un sapere specifico e anche tecnicissimo, soprattutto gli uomini di dottrina nel vecchio diritto romano e nello *ius commune* medievale, soprattutto i giudici nella esperienza del *common law*. Tutti, ovviamente, impegnati in una attività di invenzione.

La dimensione nella quale ci si vuole calare per conseguire l'obiettivo di ricerca, quella del fenomeno teorico-giuridico riconducibile al sintagma "giustizia costituzionale" non può considerarsi, infatti, oggetto di esclusivo interesse dei "pratici del diritto".

Esso rappresenta, invece, un capitolo centrale, oltre che assai problematico, della Teoria generale del diritto e dello Stato, e iscrivendosi a pieno titolo nella "trasversalità"² propria delle scienze sociali e quindi della filosofia, in particolare del diritto.

Affinché questa dimensione possa essere efficacemente sondata è, dunque, necessario impiegare una metodologia di ricerca che sia il più possibile aperta all'interdisciplinarietà.

In questo senso, il coinvolgimento nella rete bibliografica di questo lavoro di Autori e Studiosi che possono sembrare, *prima facie*, distanti dalla specifica *sedes materiae* giusfilosofica, si pretende invece coerente e assai utile, proprio per contribuire alla speculazione sul tema in chiave "comprensiva" di ambiti concettuali che, per onestà intellettuale, è impossibile confinare entro spazi limitati.

Orbene, se è ineludibile il dato di fondo secondo il quale, oggi ancor più che in altri periodi storici, il tema della giustizia costituzionale debba – come del resto l'intero fenomeno giuridico – essere guardato *anche* in una prospettiva filosofica, è soltanto con l'ausilio di una molteplicità di punti di vista che si può davvero ambire a individuare quelle linee di tendenza e quelle tensioni necessarie per rispondere agli interrogativi che, dal mondo del diritto, rinviano in definitiva a questioni capitali del nostro contemporaneo. Come può, infatti negarsi, che di fianco a temi "caldi" come il biodiritto o il diritto globale, un ambito di sicuro rilievo sia ricoperto dalle problematiche riconnesse all'esatta individuazione del "posto" della giustizia costituzionale nel diritto?

L'argomento dovrà pertanto essere esaminato nel solco del metodo teorico-speculativo, ma seguirà anche un taglio storico-politico, comparatistico e costituzionalistico.

²POMARICI, U., (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2007, p. XVI

Ciò, anche e soprattutto per rimanere fedeli all'insegnamento propugnato da Karl Popper: questi, che meglio di chiunque altro ha incarnato la figura dello "scienziato sociale", suggeriva di trarre elementi di ragionamento e studio dai più disparati ambiti disciplinari per tentare di risolvere i problemi che gli si presentavano di fronte. Nella sua visione le discipline non esistono e i problemi trascendono i confini di qualsiasi materia.

Ammoniva: «non siamo studiosi di certe materie, bensì di *problemi*. Ed i problemi possono passare attraverso i confini di ogni materia o disciplina»³.

«La ricerca non ha, né deve avere fine».

Non è la certezza che vogliamo perseguire, ma la verità. E a questa si può giungere soltanto attraverso la libera discussione critica che ci permette di individuare e sviscerare gli errori e affrontare efficacemente i problemi.

L'errore, quindi, non è un peccato, quanto una semplice *felix culpa*. Per Popper esso fa parte del metodo scientifico del *trial-and-error*, per cui i problemi vengono risolti attraverso tentativi di spiegazione apportati da nuove teorie sempre più accurate, nate dall'analisi critica delle fallacie presenti nelle versioni precedenti.

* * *

L'ampiezza del tema oggetto di studio richiede di dedicare un capitolo introduttivo ad alcune puntualizzazioni teoriche preliminari e alla delimitazione metodologica della ricerca, tracciando le premesse necessarie alla consapevole contestualizzazione dei problemi e dedicandosi ad una sintetica ricostruzione dell'evoluzione storica della giustizia costituzionale e del dibattito filosofico che ha animato e accompagnato l'immaginazione, la progettazione e la realizzazione dei diversi modelli nei quali si è cercato di attuare un "controllo sostanziale" della legge.

Solo successivamente sarà possibile discendere nell'approfondimento dei mutamenti imposti dall'avvento dello Stato costituzionale potendo così soffermarsi, con maggiore dettaglio, sul "perno" intorno al quale ruota quella riconcettualizzazione imposta dall'avvento dei sistemi di giustizia costituzionale,

³POPPER K. R., *The Nature of Philosophical problems and their Roots*, in ID. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, trad. *La natura dei problemi filosofici*, in *Congetture e confutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 118.

vale a dire il concetto di “ragionevolezza”, forse lo strumento maggiormente rilevante sul quale analizzare le logiche sottese e l’“essenza” del controllo di costituzionalità.

Il controllo sulla ragionevolezza tira in ballo criteri di decisione che inevitabilmente sono estranei al puro gioco logico di compatibilità-incompatibilità tra norme positivamente poste, costituzionali e ordinarie, e non è formalizzabile in schemi di ragionamento predeterminati.

Si tratta dell’applicazione di criteri, si potrebbe dire, di “giustizia” tratti dalla dinamica sociale.

Sono criteri che scardinano dalle fondamenta il vecchio principio del positivismo giuridico *ita lex e dura lex sed lex* e conferiscono un certo primato alle ragioni che stanno nella vita del diritto rispetto a quelle che stanno nelle righe delle leggi, dei codici, in generale nelle parole d’un legislatore che credesse di poter trasformare in diritto ogni cosa ch’egli vuole, semplicemente rivestendola della forma legislativa.

Nello Stato costituzionale attuale non è più vero che la forza della legge segua incondizionatamente alla forma di legge. C’è qualcosa d’altro, cioè l’apertura dello sguardo dei giuristi a ciò che vive, cambia, talora “ribolle” sotto lo strato delle leggi.

Nel concetto di ragionevolezza può guardarsi, insomma, quella rinnovata visione del fenomeno giuridico contemporaneo tipico delle democrazie che sono sorte all’indomani della Seconda Guerra Mondiale.

Limitandosi a un esempio per esprimere questa rinnovata visione, l’analisi dei profili teorici afferenti al giudizio di ragionevolezza ci consentirà di mettere in dubbio i fondamenti logici di un concetto tradizionale e apparentemente acquisito come quello di “uguaglianza”. Anche questa categoria viene oggi a subire una sorta di scissione: da che poteva rinvenire le proprie radici nel principio di generalità e astrattezza del precetto legislativo, l’uguaglianza assume oggi, anch’essa, un ruolo funzionale ad una riconcettualizzazione e finisce per assumere le vesti di strumento di legittimazione della discriminazione.

In un contesto storico “plurale” com’è quello emerso nello Stato costituzionale (dove non esiste un centro sovrano e la sovranità non può semplificarsi nell’idea di

unità politica) non è soddisfacente fermarsi a un concetto di diritto assiologicamente neutrale. È necessario, invece, “valutare” l’effettiva omogeneità delle situazioni materiali che di volta in volta vengono in considerazione.

Sarà, infine, possibile aprire una parte maggiormente speculativa della tesi, concentrata in una riflessione sulle più recenti fasi del confronto filosofico dottrinario sul “Custode della costituzione”.

Tenendo sullo sfondo il problema della c.d. *countermajoritarian difficulty*, si cercherà di porre in luce quella che appare come un’attuale tendenza degli organi di giustizia costituzionale allo sconfinamento dal tracciato segnato dall’immagine kelseniana del “legislatore negativo”.

L’esperienza giurisprudenziale contemporanea mostra con evidenza il passaggio ad una nuova concezione della sua funzione. Le leggi sono sempre più evidentemente annullate non per quello che prescrivono, ma semmai perché dispongono tassativamente, con automatismi legislativi, senza lasciare spazio alla discrezionalità del giudice necessaria per apprezzare le caratteristiche specifiche dei casi concreti, sacrificate dalla generalità e dall’astrattezza della legge.

Troppo multiformi sono i casi in materie come la bioetica, la famiglia, i rapporti tra genitori e figli naturali o adottivi, le misure restrittive della libertà; troppo intrecciate sono le esigenze multiple che devono bilanciarsi, da poter essere sempre semplificate con norme generali ed astratte.

La legge, in questi casi, è destinata ad essere dichiarata incostituzionale proprio a causa di quelle caratteristiche (la generalità e l’astrattezza) che la dottrina tradizionale dell’illuminismo giuridico ha considerato per due secoli non solo sue caratteristiche, per così dire, naturali, ma anche suoi titoli di nobiltà. Anche qui, una vera rivoluzione: una rivoluzione che non manca di porre problemi che non si può pensare di risolvere semplicemente ignorandone le cause.

È certo che, nel Novecento – (ma ancora oggi) volendo aderire alle parole di P. Grossi, ha definito il XX come il “Secolo lungo” – il ruolo del giudice costituzionale appare sempre più gravoso e delicato, oltre che soggetto ad una sempre maggiore “politicità” della propria attività.

Anche questo giustifica una riflessione teorica sul “posto” che la giustizia costituzionale deve ricoprire e, quindi, sulle fonti di legittimazione della sua

precipua funzione che consiste nel sindacato sulla volontà del legislatore, con l'aspirazione di difendere le regole fondamentali della convivenza politica dalla minaccia del potere arbitrario.

Se è vero che la giustizia costituzionale, come quelle civile, penale e amministrativa, costituisce ormai pacificamente una branca della giurisdizione statale, in essa però si fondano insieme però un obiettivo politico e un carattere prettamente giuridico. L'obiettivo di mantenere stabilità e continuità nella vita collettiva, e quindi di rigettare le fratture e i conflitti che in essa si generano, è perseguito attraverso gli strumenti della risoluzione giudiziaria delle controversie, con l'impiego di norme giuridiche sovraordinate alla legge, costituzionali, ma comunque positive. Il problema in questione tocca il più ampio e delicato tema del rapporto tra potere politico e potere giurisdizionale, tra *legis-latio* e *iuris-dictio*. Specialmente se si tiene conto dell'*acquis* secondo il quale la produzione delle disposizioni rappresenta soltanto una parte, seppur necessaria non sufficiente, del processo di produzione del diritto.

L'ambizione è, in definitiva, quella di delineare – sullo sfondo dei problemi ricollegati alla carenza di legittimazione democratica degli organi di controllo sostanziale della legge – un'analisi idonea a porsi quale guida nella ricerca e nell'individuazione del “posto” che la giustizia costituzionale occupa nell'ordinamento contemporaneo, nell'epoca della crisi dei tradizionali canali della rappresentanza e della trasformazione dei processi di *decision making*, senza trascurare l'analisi dei problemi posti dall'attivismo di quella che è stata significativamente definita come una “giuristocrazia”⁴.

Infatti, quando il giudice, soprattutto costituzionale, siede in giudizio non ha di fronte a sé, primariamente, la rete delle norme giuridiche, indossando le quali, come suoi occhiali, guardare il mondo che scorre sotto di sé.

Al contrario, ha di fronte a sé, primariamente, i casi della vita.

Solo dopo che li ha valutati nel loro bisogno di diritto, egli si rivolgerà alle norme positive per cercarvi soluzioni confacenti: adeguate tanto al caso quanto al diritto.

⁴HIRSCHL, R., *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, (Mass.), 2005

Nella “invenzione” delle soluzioni adeguate rispetto ai due lati dell’interpretazione, formale e materiale, sta il successo dell’interprete; nell’impossibilità o nell’incapacità di inventarle, sta il suo fallimento.

Queste posizioni sono assai lontane dalle convinzioni delle dottrine giuspositivistiche che pur provenienti dal passato continuano ad avere una parvenza di ineludibili e invariabili pilastri della nostra civiltà del diritto.

Domandandosi come sia possibile amalgamare il lavoro quotidiano comune d’un collegio come la Corte costituzionale – che comprende giudici i quali, esplicitamente o implicitamente, aderiscono a concezioni diverse se non opposte della materia di cui è fatto il loro lavoro – la spiegazione va ricercata proprio nella forza dei fatti della vita, di fronte ai quali cede la forza di qualsiasi dottrina astratta.

La Corte costituzionale come un “organo respiratorio” è il prodotto della forza delle cose. Essa si avvale di strumenti di decisione che un tempo, quando furono introdotti, suscitavano critiche e perplessità ma che oggi nessuno ormai contesta (se ne può criticare l’uso in concreto).

Si pensi alle sentenze interpretative, alle sentenze che annullano la legge “nella parte in cui” e perfino “nella parte in cui non”: dunque in generale alle “sentenze manipolative”, fino alle sentenze di accoglimento “di principio”.

Con le decisioni di questo ultimo tipo si annullano regole legislative, si richiama il legislatore al suo compito di legiferazione e, contestualmente, si elimina la difficoltà (la norma di legge annullata) che impediva ai giudici di inventare il diritto adeguato alla decisione del caso, secondo i principi.

Queste tecniche decisorie dimostrano che il legislatore ha fallito nell’opera d’invenzione del diritto attraverso norme generali e astratte (dove, l’annullamento della legge) e, a fronte di questo fallimento, affidano al giudice il compito di eseguirla, con riguardo al caso particolare da decidere.

Questa fiorente varietà di strumenti di decisione difficilmente è comprensibile alla luce d’una concezione della validità delle leggi come mero rapporto gerarchico tra norme, norma costituzionale e norma legislativa, un rapporto semplice, forse semplicistico: accoglimento-rigetto della questione; eliminazione della legge-mantenimento della legge così com’è.

Si tratta di un'alternativa che, pur essendo invero sancita dalla Costituzione e dalle leggi che ne danno attuazione, non ha retto di fronte al riconoscimento, tipico del contemporaneo, della forza dell'esperienza giuridica e della sua capacità di “dettare legge al diritto”.

CAPITOLO PRIMO

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E FILOSOFIA DEL DIRITTO

1. I fondamenti giustificativi di una ricerca filosofico giuridica sulla giustizia costituzionale

Nella particolare prospettiva dell'evoluzione storica della giustizia costituzionale, e sulla scorta di un metodo che privilegerà l'analisi di come sono state affrontate e declinate – nel dibattito giusfilosofico – le problematiche afferenti allo sviluppo dei suoi modelli, questa Tesi vuole interrogarsi sullo statuto e sui fondamenti teorico-filosofici della giurisdizione costituzionale. In particolare, sondando se essi coincidano, oggi, con quelli pensati in un tempo nel quale il diritto si considerava coincidente con la volontà statale espressa nella legge, e “si poneva” in modo del tutto indipendente da qualsivoglia esigenza di equità materiale, cioè di adeguatezza ai casi su cui avesse avuto da incidere⁵.

Si darà conto del dialogo, talvolta anche aspro e radicalizzato, sulla possibilità di introdurre un controllo di carattere giurisdizionale sulla legittimità sostanziale delle leggi, tenendo in considerazione la tradizionale repulsione nei confronti di una tale visione, soprattutto basata sul timore di veder sbalestrato uno dei cardini indiscussi della storia del pensiero giuspubblicistico occidentale, e cioè l'unità politica dello Stato⁶.

L'ammissione di un sindacato giurisdizionale della legge avrebbe, infatti, comportato il rischio del riconoscimento di un tipo di potere – il potere costituente – intorno al quale riecheggiava quell'instabilità costituzionale che si era manifestata nel periodo rivoluzionario; e che appariva del tutto inaccettabile in un'epoca – quella dello Stato liberale di diritto – di *pax* “borghese”.

Tale controllo avrebbe potuto tradursi nel pericolo di assegnare alla magistratura – quale istituzione posta radicalmente al di fuori del circuito politico-rappresentativo – un ruolo di notevole, eccessiva e ingiustificata, influenza politica.

⁵ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pag. 206.

⁶BISOGLI, G., *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico*, Milano, Giuffrè, 2012.

Il controllo di legittimità sostanziale della legge, quale nucleo interno di qualsiasi teoresi presupposta all'istituzione di un giudice costituzionale, continua a tutt'oggi a mostrarsi come funzione difficilmente inseribile, sul piano sistematico teorico, nel solco della tradizione del pensiero giuridico occidentale e nelle categorie tipiche dello Stato liberale di diritto.

Essa impatta frontalmente con ciascuno dei principi fondamentali con i quali, tradizionalmente, è stata raffigurata e descritta la dimensione giuspubblicistica, mostrando una frizione con il pilastro fondativo stesso degli ordinamenti continentali: la sovranità⁷.

Questa tradizione, in tanto aveva potuto prosperare, in quanto poteva far leva su un contesto storico-istituzionale – lo Stato liberale di diritto, appunto – improponibile quale chiave di lettura del nuovo tempo storico, quello delle costituzioni “novecentesche”. Costituzioni che, nei loro principi fondamentali, vogliono superare l'esperienza dello Stato liberale. Testi costituzionali, la cui *vocazione programmatica* impedisce un inquadramento nell'ordine teorico-giuridico di stampo borghese, e che si trovano a raccogliere la sfida dell'avvento della democrazia di massa e del pluralismo assiologico ad essa strettamente connesso⁸.

La supremazia incontrastata della legge; la categoricità della sua generalità e astrattezza; l'incorporazione della giustizia nella volontà legislativa e la conseguente e netta demarcazione tra diritto e morale; la stretta subordinazione del giudice alla legge piuttosto che alle esigenze che sorgono dal caso concreto: sono questi alcuni dei concetti fondamentali della teoria ottocentesca del diritto e dello

⁷Fra le posizioni dottrinali che si caratterizzano per un approccio maggiormente politologico alla problematica della legittimazione della giustizia costituzionale, H. Vorländer identifica il potere interpretativo della giurisdizione costituzionale con l'autorità che deriva dall'atto costituente, potere che consente di mantenere vitali i principi e valori fondamentali dell'ordine politico, ma anche di svilupparli, adeguandoli alle congiunture. Con ciò, la giurisdizione costituzionale viene sganciata dalla quotidianità politica, dai conflitti e dalle lotte di potere e riceve una dignità particolare, uno *status* quasi aristocratico nel sistema “misto” della democrazia costituzionale: “la giurisdizione costituzionale possiede, pertanto, un carisma particolare derivante dalla peculiare posizione ordinamentale ad essa attribuita, funzionale rispetto alla generazione del potere interpretativo. Echeggiano nella Costituzione e negli organi costituzionali chiamati a custodire e aggiornare i principi fondamentali dei sistemi politici quelle immagini di «sacralità» che erano state attribuite agli ordinamenti politici ed alle loro incarnazioni in tempi premoderni”. Si veda in proposito, VORLANDER, H., *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden 2006, p. 11.

⁸Secondo un autorevole interprete di questo fenomeno, il costituzionalismo contemporaneo avrebbe decretato la definitiva archiviazione di buona parte della filosofia del diritto pubblico – e del diritto *tout court* – elaborata nel XIX secolo. Cfr. ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, cit. p. 205.

Stato che le costituzioni novecentesche, con tutte le novità che le accompagnano – primato della costituzione; crescente particolarizzazione dell’ordinamento giuridico; incorporazione nel diritto di principi *latu sensu* morali; creatività e ricchezza dell’attività interpretativa – avrebbero definitivamente reso obsoleti.

In questo contesto, intorno alla giustizia costituzionale, si è dipanato un dibattito teorico che, per l’intensità e per la varietà geografico-politica che lo ha interessato, continua ancora oggi a costituire un punto di riferimento imprescindibile nella teoria del diritto e dello Stato, proiettando una luce propria e autonoma sulle riflessioni concernenti il ruolo della giurisdizione in generale e di quella costituzionale, in particolare.

Tra tutti, il celebre dibattito sul “Custode della costituzione”, ad esempio, non può essere confinato nella Weimar del primo Dopoguerra: oltre ad affondare le proprie radici in tempi più risalenti, si può affermare che il contenuto di quel confronto possa invece prescindere da una contestualizzazione empirica, e anche per questo ricondurre all’impronta speculativa e teorica che coltiva la filosofia del diritto come scienza umanistica.

In discussione non è soltanto l’an di un giudizio delle leggi: le problematiche che ricorrono nelle interpretazioni giusfilosofiche sulla giustizia costituzionale sono legate a filo doppio con l’impatto che le costituzioni contemporanee (ricche di disposizioni di principio) hanno prodotto sulla teoria dell’interpretazione e dell’argomentazione. Chiamano in causa la “politicalità” legata a ciascuna funzione di “giudizio” (se non proprio di “giurisdizione”), in particolare di legittimità costituzionale. Quelle problematiche aprono il dibattito sul senso profondo da conferire alla funzione del *judicial review of legislation*, funzione questa che integra e mira alla piena tutela di diritti fondamentali e, indirettamente, del pluralismo che essi esprimono; al perseguimento di un corretto equilibrio nel rapporto fra Stato e diritti; o, ancora, alla garanzia dell’unità dell’ordinamento e al rispetto delle procedure democratiche.

Insomma, se per la piena tutela e per l’effettiva realizzazione di questi valori si può indiscutibilmente guardare alla giustizia costituzionale quale “diverso” canale rispetto a quello offerto dalla pura legge, tuttavia – e ritorna il problema di fondo –

questo strumento può porsi, allo stesso tempo, quale istituzione potenzialmente distruttiva dell'unità politica dello Stato espressa dalla legge stessa⁹.

Muovendo da queste premesse, si potrà quindi misurare non solo e non tanto la coerenza tra inquadramenti teorico-generalisti e interpretazioni sul piano operativo, bensì, in particolare, la difficoltà di includere la giurisdizione costituzionale – quale istituzione sempre più consapevole delle potenzialità insite nel sindacato di costituzionalità delle leggi che in essa opera – alle categorie tradizionali del costituzionalismo liberale, quali appunto la limitazione e la legittimazione del potere, nonché, in definitiva, al ruolo che la teoria del diritto ha tradizionalmente assegnato alle istituzioni giurisdizionali medesime.

Insomma, il dubbio che quella costituzionale possa essere definita una vera e propria giurisdizione e, in più, che questa stessa nozione venga oggi sottoposta ad una torsione che la rende quasi irriconoscibile e sempre più bisognosa di una riconcettualizzazione, si va infittendo.

Si tratta di una riconcettualizzazione che mette in seria discussione l'assetto organizzativo e funzionale attuale dello stesso potere giudiziario, pensato invero in tutt'altro ambito ideale, quando la giurisdizione si concepiva positivisticamente come applicazione meccanica, passiva e “tecnica” della legge da parte di burocrati¹⁰.

È stato affermato che «nel rendere giustizia occorre evitare tanto gli eccessi dell'“idealismo” quanto quelli del “realismo”, ma non rinunciare a farsi un'idea di che cosa sia un “buon giudice”. Il buon giudice costituzionale deve conoscere oltre alla società e alla politica “reale” tante ragioni “ideali”, ma anche i limiti della propria ragionevolezza»¹¹.

Anche questo, in definitiva, giustifica una riflessione teorica sul “posto” che la giustizia costituzionale deve ricoprire e quindi sulla fonte di legittimazione delle sue funzioni¹².

In definitiva, lo Stato costituzionale moderno, a partire dall'adozione di sistemi di revisione di costituzionalità della legge, ha messo in discussione i dogmi della

⁹BISOGLI, G., *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia*, cit., p. 10.

¹⁰ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, cit. p. 206.

¹¹LUTHER, J., *Giustizia costituzionale*, in U. Pomarici, (a cura di) *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2007

¹²ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008

tradizionale dottrina giuridica, incentrata sulla supremazia del legislatore e sulla stretta separazione tra diritto e morale. Il giudice costituzionale si solleva al di sopra del legislatore e può giudicare il suo operato. E lo fa con argomentazioni che, riferendosi a principi e diritti fondamentali, hanno un sapore nettamente morale.

Le problematiche che sorgono intorno alla giustizia costituzionale, inoltre, riportano il giusnaturalismo, di cui la scienza del diritto positivo aveva troppo radicalmente certificato la fine, nuovamente dentro il diritto.

L'accelerazione impressa dalla giustizia costituzionale contribuisce a rimettere dunque in discussione la configurazione formalistica dello Stato di diritto, e soprattutto il dogma della sovranità della legge e della neutralità della scienza giuridica, introducendo strumenti argomentativi – quale quello della ragionevolezza – che sanciscono certamente la fine di quella generalità e astrattezza del diritto che ha consentito l'emancipazione dell'Ordine giuridico moderno dalle logiche metafisiche e valutative proprie di un'epoca ormai abbandonata.

In conclusione, non possono sottacersi l'importanza e l'indispensabilità dell'azione che i sistemi di giustizia costituzionale spiegano nelle democrazie contemporanee e, come si vedrà, devono in tali funzioni rintracciarsi le ragioni della loro legittimazione democratica. Arricchendo gli ordinamenti in cui operano con la protezione dei diritti degli individui e delle minoranze; promuovendo l'apertura di nuovi spazi di partecipazione, e potenziando il pluralismo¹³; stimolando la più ampia concorrenza nei processi politici, e rappresentando in un modo inedito l'opinione pubblica, fino al perfezionamento del procedimento di formazione della volontà generale che non si configura più come volontà di una semplice maggioranza parlamentare, ma va oltre i confini della deliberazione e oltre gli stessi limiti prescritti della democrazia rappresentativa pura.

¹³Se la Corte costituzionale fosse stabilmente in grado di salvaguardare la conformità delle leggi alla Costituzione e se, oltre a ciò, essa possa garantire la protezione delle minoranze nei regimi democratici, allora avremmo ottenuto una solida giustificazione per il controllo di legittimità costituzionale degli atti del legislativo. Questo organo sarebbe, perciò, uno dei migliori strumenti per garantire l'autogoverno democratico nelle nostre società, che sono contraddistinte dal fatto del pluralismo. La Corte costituzionale riunisce in sé pluralismo ragionevole, autogoverno democratico e *rule of law* (nel senso che ogni atto dell'autorità è posto in essere conformemente alla legge e che, quindi, il nostro è un governo delle leggi e non un governo degli uomini). MORESO, J. J. e TROPER, M., *Giustizia costituzionale e stato di diritto*, in "L'Europa del diritto", Napoli, E.S.I., 2012.

2. La giustizia costituzionale come “luogo di incontro” degli studi di filosofia del diritto

Nel termine giustizia costituzionale si combinano due concetti assai pregni di significati, specialmente se si guardano in una prospettiva teorico-filosofica.

Se, nel linguaggio giuridico e nella pratica degli operatori del foro essa può certamente mostrarsi come una risorsa da “amministrare”, in termini maggiormente speculativi, il concetto di “giustizia” fa appello al “cuore” e fa risuonare, i problemi chiave della filosofia del diritto¹⁴.

Il lemma “giustizia” esprime il senso e valore della giurisdizione. In teoria e filosofia, tale concetto indica un’idea del diritto: volendo porsi su un piano descrittivo elementare, ad esempio, nella prospettiva del giuspositivismo, essa richiama la legalità o la certezza del diritto; nella prospettiva del giusnaturalismo, tutt’al contrario, esprime una virtù che connette morale e diritto e che tiene, come è chiarificato nella formula di Hutcheson – poi ripresa da Beccaria e Bentham – a rendere “la massima felicità del maggior numero”¹⁵.

Combinando questi significati, la giustizia (soprattutto quella “costituzionale”) può agevolmente concepirsi e come una realtà istituzionale che trae linfa vitale da un’idea di “buon diritto”, orientata a criteri di eguaglianza ed equità nella distribuzione e retribuzione di *rights and torts*, e come istituzione votata al perseguimento di valori di riconciliazione e pacificazione in una comunità.

Se la giustizia è *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*, tale volontà può ispirare tanto le amministrazioni e gli organi giurisdizionali, ma essere rivolta anche allo stesso legislatore.

Quindi, spostando l’esame sul secondo lemma, per giustizia costituzionale si può intendere non soltanto un bene amministrato e reso dai giudici in concreto, ma anche qualcosa di più astratto e strettamente legato alla teoresi del diritto, e cioè una “sostanza” che si pretende dalle leggi e rimanda a un’istanza superiore, costituzionale appunto, che ne guida e orienta l’intima essenza: e che in definitiva si pone quale garanzia contro la legge “ingiusta”.

¹⁴LUTHER, J., *Giustizia costituzionale*, cit. p. 288.

¹⁵HUTCHESON, F., *Ricerca sulle idee di bellezza e di virtù*, III, 8, in N. Abbagnano (a cura di) N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino 2006

Proprio perché tale giurisdizione si ispira a un'idea di “buon diritto” collegata alla stessa costituzione, non a caso, il termine kelseniano della *Verfassungsgerichtsbarkeit* – il primo caso europeo di istituzionalizzazione di una giustizia costituzionale – è stato tradotto, non semplicemente con “giurisdizione”, ma con “giustizia costituzionale”¹⁶.

Soprattutto alla luce del processo di trasformazione che le costituzioni occidentali hanno sperimentato subito dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, si avverte immediatamente come negli studi teorici sulla giustizia costituzionale anche il concetto di “costituzione”, in quanto conteso da varie concezioni della filosofia del diritto e della filosofia della politica, ricopra un peso determinante.

Se si considera, ad esempio, la costituzione una codificazione, almeno parziale, del diritto naturale, bisogna accettare di doverla interpretare sotto tale luce naturale e rendere la giustizia costituzionale insieme positiva e naturale¹⁷.

Se per costituzione si intendono, in senso più formale, norme cogenti sulla produzione delle fonti, allora la “giustizia costituzionale” servirà a garantire

¹⁶EISENMANN, CH., *Justice constitutionnelle*, Paris, 1928

¹⁷Sul punto sono fondamentali le opere di DWORKIN, R., come *A matter of principles*, Cambridge, 1985 o, ID., *Taking rights seriously*, Londra, 1977 trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 2010 oltre, ovviamente alla considerazione del “fenomeno” dottrinario identificabile con il termine “neocostituzionalismo”.

In questa prospettiva filosofica una delle questioni più evidenti è l'importante ruolo che si concede al giudice costituzionale, quale interprete della costituzione e revisore delle decisioni politiche che possano trasgredirla, così come la nascita della tecnica interpretativa della ponderazione, volta a determinare il valore che i diversi principi costituzionali (astratti per natura) devono avere in ogni caso concreto che si presenti dinanzi a tale giudice. Conferire a un tribunale che non è stato direttamente eletto dalla cittadinanza la potestà di esautorare il potere politico utilizzando ragionamenti la cui oggettività è opinabile, costituisce però un'opzione imprescindibile per raggiungere un vero sviluppo della costituzione. Tuttavia essa deve proporsi in modo rigoroso e trasparente se si vuole ottenere la sua accettazione generale

La nuova filosofia sulla quale si fondano le attuali costituzioni richiamano a un impegno dottrinale che porterà giuristi della portata di Alexy, Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli o Dworkin a concentrare i propri sforzi teorici sulla promozione del totale conseguimento dell'ideale plasmato nei testi costituzionali del presente: un diritto di ispirazione morale, ma non basato su una morale settaria, ma sul valore della persona umana, sulla sua dignità, e sul suo diritto inalienabile alla piena realizzazione individuale.

Questi giuristi partono dalla convinzione che i diritti umani non sono preziosi perché si affermano nelle costituzioni, ma che le costituzioni sono, in gran parte, degne di adesione e di rispetto per essere basate su tali valori. In tal modo, dalla dottrina neocostituzionalista si produce un richiamo costante a proseguire nello sviluppo costituzionale, ad assicurare la piena vigenza della costituzione con nuove misure e garanzie, al fine di rendere reale un ideale ancora oggi inconcluso, nonostante la sua presenza nel livello più elevato dell'ordinamento.

Questa vocazione espansiva del neocostituzionalismo si materializza attualmente nelle nuove scommesse che tanto in Europa come, soprattutto, in America latina, si realizzano da parte della dottrina e dei governi per approfondire lo sviluppo dei diritti fondamentali e la partecipazione politica. Sul punto cfr. CROCE, M. e SALVATORE, A., *Filosofia Politica*, Laterza, 2012.

proprio la costituzionalità delle fonti di produzione (dalla costituzione medesima istituite) e la sua rigidità.

Se, infine per costituzione si intende, in senso più materiale, un ordine giuridico che opera nella sfera del politico, si può anche ritenere che «l'essenza della costituzione è fino a un certo grado incompatibile con l'essenza della giustizia costituzionale perché le controversie politiche si decidono in genere spontaneamente tramite lotte e intese politiche»¹⁸.

Nelle teorie della giustizia costituzionale, nelle controversie sulla sua legittimazione e sui suoi limiti riecheggiano, quindi, anche le controversie teoriche sulle funzioni della costituzione.

La teoria della giustizia costituzionale si configura, allora, come luogo di raccordo, o di scambio, tra teoria della costituzione da una parte, e teoria dell'interpretazione costituzionale dall'altra.

La continuità “teoria della Costituzione – teoria della giustizia costituzionale – teoria dell'interpretazione costituzionale” mette luce sull'innegabilità di una tra loro stretta interdipendenza e rende lampante l'osmosi degli elementi che la compongono, consentendo di guardare nel momento applicativo della giurisdizione un luogo ideale per un approccio analitico di carattere sistemico.

Dal punto di vista della concettualizzazione del significato della costituzione, la questione teorica che occorrerà considerare – riemergendo in proposito anche una tradizione di studiosi italiani¹⁹ – poggia sul quesito di quale siano gli effetti e le ricadute sul piano dell'applicazione e del concreto funzionamento delle norme costituzionali e dei suoi strumenti (tra i quali, appunto, la giustizia costituzionale), muovendo da premesse concettuali che hanno come approdo una determinata idea della costituzione. Dovrà quindi prestarsi seria attenzione alla filosofia dei poteri pubblici propria dei giuristi della prima età repubblicana.

¹⁸TRIEPEL, H. e KELSEN, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen del Vereinigung del Deutschen Staatsrechtler*, 5, 1929, p. 2 e ss.

¹⁹Tra tutti, MORTATI, C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità (1949)*, in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1972. MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1972 (rist. inalterata, Giuffrè, Milano, 1998). ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico e il sistema della giurisdizione in generale e della giurisdizione costituzionale in particolare*, Giuffrè, Milano, 1961.

Anche questa filosofia, come quella che ha caratterizzato la riflessione sull'impatto della giustizia costituzionale negli ordinamenti contemporanei, così come si è aperta alle innovazioni introdotte, ad esempio in Italia, nella Parte I della Costituzione – interpretazione della legge e interpretazione costituzionale; diritto per regole e diritto per principi; diritti fondamentali vs. legislazione ordinaria – altrettanto egualmente era rimasta affezionata ad una visione “positivistica” dell'apparato dei poteri pubblici, ove la giurisdizione è di regola estranea ai circuiti di produzione dell'indirizzo politico e arranca nel trovare un'identità teorico costituzionale apertamente contrapposta, ma altrettanto nitidamente coordinata rispetto a quella del legislatore democratico²⁰.

Il giudice costituzionale assumerà un maggior *self-restraint* o un maggiore attivismo se guarda alla costituzione come mero strumento di organizzazione dello Stato o anche della società, come freno o stimolo e guida del potere politico, o come processo aperto di integrazione politica da canalizzare, o come una cornice di valori fondamentali da rendere effettivi, o ancora, come lo specchio dei rapporti di forza materiali o anche come fonte di integrazione culturale²¹.

Per concludere sul punto, i compiti e i limiti della giustizia costituzionale e anche il *judicial activism* o *restraint* dipendono in ultima analisi dalla concezione che si vuole adottare di “costituzione”, soprattutto da quella formale scritta, ma forse anche da quella “materiale” vissuta.

Più si allungano le costituzioni, tuttavia, più crescono gli oneri di costituzionalizzazione dell'ordinamento restante, cioè di armonizzazione dell'ordinamento intero rispetto ai suoi principi costituzionali e il relativo potenziale controllo dei giudici costituzionali.

Se la costituzione da “quadro e limite” si trasforma in “programma e mandato”, la giustizia costituzionale assume un ruolo preponderante, secondo alcuni addirittura ingombrante per la politica²² rischiando di porre le premesse per la

²⁰BISOGNI, G., *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia*. cit., *passim*.

²¹HÄBERLE, P., *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello Stato Costituzionale*, 2005, in www.cortecostituzionale.it.

²²La dilatazione (e talvolta creazione) di nuovi strumenti operativi, non soltanto decisori, oltre al loro impiego “discrezionale” ad opera dell'organo di giustizia costituzionale costituirebbero indici rivelatori della natura essenzialmente politica del controllo di costituzionalità: la collateralità della funzione della Corte costituzionale rispetto alla legislazione parlamentare “non toglie che essa abbia e non possa non manifestare una sua valenza politico-legislativa”, che tende a tradursi in una funzione di

trasformazione dello Stato costituzionale in uno “Stato giurisdizionale”²³. L’elaborazione teorica finalizzata a concretarsi nella sussunzione della giustizia costituzionale entro lo schema della legittimazione democratica fondata sulla sovranità popolare deve affrontare il problema che accompagna il dibattito sulla giurisdizione costituzionale: istituita a salvaguardia della costituzione, essa rischia di divenire uno strapotere incontrollato rispetto agli altri e in tal modo minacciare la struttura costituzionale democratica, invece di tutelarla.

L’interrelazione e le ricadute di un’analisi concettuale sulla giustizia costituzionale su categorie di fondamentale rilevanza in uno Stato democratico (costituzione, sovranità, diritti fondamentali, giurisdizione e interpretazione solo per richiamarne alcuni) rende, in definitiva, l’oggetto della presente ricerca capace di investire i “massimi sistemi” della teoria del diritto e dello Stato.

Devono quindi individuarsi le linee teoriche che consentono di immaginare che il controllo su altri poteri legittimati dal popolo, specialmente su quello del legislatore, possa essere considerato a sua volta come proveniente dal popolo. E devono anche realizzarsi le condizioni che non impediscano, ma rendano positivamente possibile alla giurisdizione costituzionale, custode della costituzione approvata e sostenuta dal popolo, di agire con efficacia²⁴.

Sul piano del dibattito teorico che si è sviluppato in Italia, ad esempio, sorprende infine notare che sono numericamente scarse le monografie dedicate al tema: spesso si sorvola sulla natura giuridica della Corte costituzionale e si passa direttamente a individuare la disciplina di taluni aspetti specifici del giudizio di costituzionalità scorrendosi di essa solo a margine di altre tematiche che occupano una parte più rilevante sullo scenario dottrinale²⁵.

impulso e di iniziativa (in senso atecnico) qualificata, che ha contribuito a costruire e ad accentuare “il suo ruolo politico di mediatrice degli interessi sostanziali e di moderatrice dei conflitti”. MODUGNO, F., *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, 19 ss..

²³BÖCKENFÖRDE, E.W., *Stato, Costituzione, democrazia*, Giuffrè (collana Civiltà del diritto) 2006,

²⁴BÖCKENFÖRDE, E.W., *Stato, Costituzione, democrazia*, cit., p. 652

²⁵Si pensi, ad esempio, al problema relativo all’efficacia delle norme costituzionali programmatiche. Esso s’intreccia con il tema dei rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento, giacché l’estensione dell’area di operatività della prima “ai danni” del secondo è direttamente proporzionale al numero delle norme costituzionali programmatiche che si riteneva avessero efficacia diretta nei confronti di tutte le funzioni statali e non solo del legislatore. Per una panoramica in proposito si veda CALAMANDREI, P., *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria* (1956) in ID. *Opere giuridiche*, Vol. III, Morano, Napoli, 1968, pp. 609 e ss.

CAPITOLO SECONDO

I MUTAMENTI DEL DIRITTO NEL PANORAMA DELLO STATO COSTITUZIONALE

1. Stato costituzionale pluralista e “diversità”

Il trapasso fra lo Stato di diritto coniato dalla Rivoluzione francese, e fatto proprio dalla civiltà borghese, e lo Stato costituzionale novecentesco segue una vera rivoluzione culturale capace di determinare un profondo solco di discontinuità.

Il primo era caratterizzato da strutture giuridiche semplici e nitide: sistema delle fonti governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; dominio incontrastato della legge; saldezza della separazione di campo della legislazione e della giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell'interprete nel testo; certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione amministrativa o giurisdizionale.

Nessuno di questi elementi strutturali resta intatto con l'avvento dello Stato costituzionale di diritto.

Il sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più limitata delle antinomie. Cessa la duplice riduzione del diritto a diritto dello Stato (postulata dallo statalismo) e del diritto dello Stato alla legge (postulata dal legalismo), riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale²⁶.

Con il costituzionalismo novecentesco si opera una svolta che alcuni autori non esitano a definire rivoluzionaria. Paolo Grossi, ad esempio, ritiene che in questo processo di mutamento, il pluralismo democratico del nuovo Stato pluri-classe abbia mandato in soffitta gli espedienti strategici congeniali all'età borghese,

²⁶ LUCIANI, M., *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 462

trasformando il volto del costituzionalismo sei-settecentesco di impronta giusnaturalistica, togliendogli il disegno elitario di individuazione di astratti principi filosofico-politici. Tale volto assume una nuova fisionomia convertendosi in una lettura più attenta della dinamica sociale²⁷, permettendo l'emergere e il consolidarsi delle forze circolanti nella dinamica sociale, culturale e politica.

Ciò premesso, in base ad un orientamento ormai largamente condiviso, ciò che caratterizza lo Stato costituzionale contemporaneo è soprattutto, quindi, la sua capacità di porsi quale espressione di una società aperta, fondata sulla pari legittimazione di tutte le articolazioni culturali e politiche di cui si compone. Dando vita ad una forma giuridica di una democrazia pluralista²⁸.

Molte sono le diversità che corrono sulle trame delle nuove democrazie di stampo pluralista. Il dato che più di tutte le descrive, forse, è proprio questo tratto di pluralità/diversità, da intendersi quale capacità di trasformare la comunità sociale e politica in una realtà policentrica e poliarchica, che si articola e declina in una molteplicità di apparati, di istituzioni, di organi. In definitiva, di istanze eterogenee e multiformi, plurali appunto, che rifiutano l'individuazione di unico centro ordinante.

Sul piano istituzionale, ciò implica che nessun soggetto è sovrano, e che nessuna istituzione può ambire a disporre dell'esercizio del potere a titolo esclusivo.

Tutti i soggetti del potere concorrono in questo esercizio²⁹.

La collocazione sovraordinata delle norme costituzionali (frutto del crisma di rigidità assunto dalla norma fondamentale) impedisce l'individuazione di un centro di potere e scompone il principio di legalità, nella sua tradizionale accezione, in due livelli: a quello espresso nella subordinazione del governo e dei giudici alla legge, si affianca il livello della legalità costituzionale dove il potere legislativo è, per così dire, assoggettato ai principi della costituzione³⁰.

²⁷ GROSSI, P., *L'invenzione del diritto*, cit, p. XI

²⁸ P. HAEBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* (1982), tr. it. a cura di J. Luther, Carocci, Roma, 2001, p. 31.

²⁹ E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e Prospettive*. Editoriale scientifica, Napoli, 2006

³⁰ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit. pag. 337 fa notare che grazie alla "rigidità delle costituzioni, la democrazia non consiste più, semplicemente, nel potere illimitato del popolo, e perciò della maggioranza, in grado di degenerare, come mostrò l'avvento del fascismo e poi del nazismo, in forme totalitarie. Essa è bensì potere del popolo nei limiti e con i vincoli imposti dalle costituzioni, e perciò soggezione al diritto, e precisamente ai diritti fondamentali

Viene di conseguenza meno il principio – preminente nello stato, “monoclasse”, Liberale – dell’idea dominante fondata sull’esigenza di un’unità culturale e giuridica a sostegno della comunità, messa a presupposto per la pacifica e stabile convivenza³¹.

Viene, al contrario, affermandosi un nuovo concetto: il pluralismo degli interessi e delle visioni del mondo. Questo, oltre ad essere un dato indiscutibile, diviene un valore positivo, un bene per la società stessa³².

Dalle nuove costituzioni traspare un messaggio chiaro: priorità storica e logica della persona umana sullo Stato e, di conseguenza, priorità storica e logica del diritto sulla legge.

Tali premesse vengono seguite da un dato altrettanto originale e, per così dire “inedito” del costituzionalismo contemporaneo. Diviene difficile, se non impossibile, oltre che concettualmente errato, pretendere che il legislatore continui ad essere «l’espressione della nazione». E diviene impossibile ritrovare nella sola legge l’espressione dell’unità politica.

Anzi, nel contesto multilaterale e policentrico dello Stato costituzionale di democrazia pluralista, i diversi gruppi sociali, come detto, non riescono ad imporsi agli altri, per divenire esclusivi o dominanti, in quanto ciascuno di essi costituisce singola espressione di altrettanto diversi interessi e progetti (tra loro anche radicalmente contrastanti).

Spetta alla Costituzione e ai suoi interpreti il compito di realizzare le premesse fondamentali per la convivenza pacifica, di individuare un equilibrio – non limitandosi a quello, più agevole, di realizzare un predeterminato disegno di vita comune³³ – il cui raggiungimento dipenderà, quasi imprevedibilmente, dalle

costituzionalmente stabiliti, di tutti i pubblici poteri incluso quello della maggioranza. Il potere politico, sia legislativo che di governo, risulta così disciplinato non più solo nelle forme di produzione, rappresentative appunto della maggioranza, con cui devono essere prodotte le decisioni, ma anche nei contenuti delle decisioni medesime, vincolati ai principi di giustizia – uguaglianza, pace e diritti fondamentali – iscritti nelle costituzioni”.

³¹B. CELANO, *Ragione pubblica e ideologia*, in *Identità, diritti e ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Il Mulino, Bologna 2007.

³²“Nel passaggio allo Stato novecentesco è accaduto qualcosa di più profondo” – afferma M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in ID. *Lo Stato Moderno in Europa Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p.31 – “rappresentabile nel distacco dello Stato medesimo e della stessa costituzione dal principio della sovranità politica che aveva guidato l’esperienza politico-costituzionale europea per alcuni secoli”.

³³ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, cit. , p. 9.

armonie (contingenti e mutevoli) che le forze sociali e politiche sapranno raggiungere.

La Costituzione è una sorta di “scritto prezioso” fatto di principi inespressi che hanno bisogno di un interprete (e il maggiore è certamente il giudice costituzionale nella sua funzione di supremo organo di garanzia) che li tragga dallo stato latente, trasformandoli in strumenti corroborativi della vita delle persone nelle vicende della loro esistenza comune.

Altro dato inedito – e assai problematico per la teoria giuridica contemporanea – è rappresentato dall'impossibilità di continuare ad affidarsi al dogma della neutralità della conoscenza giuridica, fulcro introno al quale ha ruotato la metodologia propria del giuspositivismo³⁴. I giuristi cominciano a detergersi gli occhi da ideologie ostative al pieno recupero di un dominante atteggiamento cognitivista, dimostrando una certa insofferenza verso l'assolutismo giuridico³⁵.

La sovranità è ora contenuta nei principi, nelle regole e nelle istituzioni della Costituzione.

E questa ricostruzione concettuale, questa “riconcettualizzazione”, consente allo studioso – come anticipato – di sganciarsi dal peculiare significato di sovranità che ha percorso l'intero sviluppo storico dello Stato moderno. Ma allo stesso tempo gli impone, altresì, di ricercarne uno nuovo.

È stato osservato, con una felice espressione, come nella democrazia costituzionale nessuno può avere l'ultima parola, “semmai ha la penultima”³⁶.

Le decisioni che sono il prodotto delle deliberazioni democratiche sono per natura provvisorie, quasi sempre revocabili e non possono ambire a porsi come decisioni finali. E il perché è già stato chiarito: nessun soggetto, nessun organo costituzionale può appropriarsi della volontà popolare.

³⁴ FERRAJOLI, L., *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, Laterza Roma-Bari, 1999, pag. 103, ID, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza Roma-Bari, 1989, 1996, p. 348 e ss.; PINO, G., *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in «Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica» a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1998, p. 203 e ss., spec. Pag. 217.; ZAGREBELSKY, G. *op. ult. cit.*, p. 154 e ss.

³⁵ GROSSI, P., *L'invenzione del diritto*, p. XIII

³⁶ Così BARBERIS, M. *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 79 e ss. In senso contrario WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford 1999, p. 290, che ricorda come in ogni organizzazione politica vi sia sempre un sovrano.

Occorre, però, sottoporre questa apparentemente semplice premessa a una prova di resistenza: questo riassetto teorico costituisce, invero, una “revisione” che ben può coincidere, però, con un tendenziale scavalco di una moltitudine di concetti di cui sono intrisi il costituzionalismo e la scienza politica moderna, ai quali è impossibile, oltre che indesiderabile, rinunciare.

Concetti come diritti individuali, eguaglianza, libertà, sovranità, democrazia, potere e rappresentanza, in quest’esigenza di riconcettualizzazione imposta dallo Stato contemporaneo devono rimanere vivi.

E allora bisogna porre a confronto il concetto moderno di democrazia, con quello di costituzione in senso contemporaneo, cercando di giungere a una sintesi che tenga insieme le due nature che esse esprimono, che le unisca come due volti della medesima moneta (individuando i soggetti che possono ambire ad essere protagonisti di questo arduo compito).

I fondamenti del concetto di democrazia (sovranità, razionalità formale, individualismo; ma anche pluralismo ideologico bisognoso di una volontà che in senso hobbesiano restituisca in concreto un orizzonte comune ai conflitti di cui è naturalmente intrisa la vita sociale) devono fare i conti con gli aspetti qualificanti del concetto di costituzione (norma costitutiva e regolativa della comunione politica, funzionale a superare le tensioni tra i soggetti costituzionali, per conformare a sé i rapporti costituzionali materiali).

Può, ad esempio, cominciarsi a dire che nel contesto contemporaneo non si deve esprimere alcuna volontà determinata, ma è necessario comprendere che, nel procedimento decisionale, si è in un certo senso autori di azioni di cui altri sono attori³⁷: di fronte a una pluralità di soggetti espressa in una molteplicità di forme di aggregazione eterogenee e riluttanti ad ogni sintesi rappresentanza-sovranità, cade l’idea moderna (e tradizionale allo stesso tempo) di un governo come mero potere esecutivo.

Riprende invece corpo un’impostazione assai più risalente nella storia del diritto (ma contemporanea allo stesso tempo) che vede in altre istanze, specie nella

³⁷ Così V. OMAGGIO, *Il diritto nello Stato costituzionale*, cit. p. 18.

giurisdizione, significative modalità di espressione giuridica capaci di assurgere a fonti concorrenti di diritto³⁸.

Il contesto della realtà sociale, del resto, non offre criteri univoci, né indicazioni uniformi, ma voci plurali e discordi in merito alle aspettative di valore. Esso non può considerarsi materia inerte in attesa della produzione normativa, ma nello stesso tempo non è nemmeno capace di autodeterminarsi dal punto di vista normativo, avendo sempre bisogno di una volontà ordinatrice.

Il concetto di “governo” contemporaneo dunque si adegua e si pone come risposta alla pluralità in termini sempre meno riconducibili a istanze unitarie, calandosi in un contesto in cui la “fattualità” esprime una consistente capacità normativa. Perde sempre più spazio quella visione potestativa e quello strettissimo vincolo tra potere politico e produzione giuridica, emergendo al contrario una visione radicale, cioè valoriale del diritto, la cui dimensione non può esaurirsi all’interno dei confini della *voluntas legis* pretendendo di condizionare lo spontaneo ordinamento del corpo sociale.

In sede interpretativa, riemerge dunque l’attenzione al fatto concreto³⁹, per lungo tempo sconfessata dai teorici del diritto positivo, e va assottigliandosi se non scomparendo la dicotomia pubblico/privato. E ciò non volendo soffermarsi anche, non essendo questa la sede, sulla complessità spaziale delle più significative espressioni delle democrazie occidentali dove è continuamente rimesso in discussione il rapporto verticale sovranità-territorio; dove quest’ultimo contribuisce a generare forme autorappresentative che, in un contesto “multilivello”, allargano e insieme complicano e rendono sempre più intricati, se non irrazionali, i processi di *decision making*.

Viene così in rilievo un dato ulteriore in cui questi mutamenti del diritto si mostrano nel contesto contemporaneo: quello dell’effettività⁴⁰.

³⁸ HABERMAS, J., in , *Fatti e norme*.cit. p. 233, sostiene infatti che il procedimento giudiziario “forma il punto di fuga prospettico da cui analizzare il sistema del diritto”.

³⁹Su tutti, F. VIOLA E g. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

⁴⁰ CATANIA, A. *Effettività e modelli di diritto*, in ID., (a cura di), *Dimensioni dell’effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 33 e ss; qui si legge tra l’altro: «Kelsen esalta la prospettiva tecnica, costruttivista e politica del diritto moderno. Eppure, nel momento stesso in cui la libera di ogni residuo di sostanzialismo e di oggettivismo, nel momento in cui si rifiuta di farla «dipendere» dall’universo sociale, dal consenso, dai valori che integrano il sociale (...) la consegna al

Venendo il diritto a sganciarsi da una prospettiva ordinamentale, di tipo statale (o soltanto giuridica, nel senso kelseniano), questo elemento teorico si mostra in tutta la sua problematicità ed emerge da quel cantuccio di mera *condicio sine qua non* del funzionamento dell'ordinamento giuridico, nel quale era stato confinato dal proceduralismo giuridico, tutto concentrato sulla potenza normativa del diritto, sulla sua capacità di modellare il mondo sociale bisognoso di regole attraverso un'azione fondamentalmente sanzionatoria.

Il problema dell'effettività del diritto esplose in tutta la sua complessità, mostrandosi dal punto di vista teorico come un presupposto assai problematico.

Così come diviene impossibile prescindere dal guardare alla plurale realtà sociale come forza capace di riempire le norme di contenuto e sostanza, così anche diventa impraticabile concettualmente sottrarre al *factum* un proprio e autonomo rilievo sul piano giuridico. E ciò, proprio in virtù della giuridicità che la normalità dei fatti in senso istituzionale è in grado di esprimere, in quanto elemento interno del fenomeno giuridico; come indubitabile ed essenziale componente del diritto⁴¹.

Ciò porta, in definitiva, a doversi ammettere che la produzione legislativa presuppone concetti di normalità del tutto indipendenti da essa; al punto che, come scriveva Carl Schmitt, “in loro mancanza, la regolamentazione stessa diventa del tutto incomprensibile e non si può più assolutamente parlare neppure di «norma»”⁴².

Ci si allontana, quindi, dal modello di matrice giuspositivistica, ispirato a un'idea di diritto come a un prodotto standardizzabile e suscettibile di essere incluso in una precisa gerarchia normativa delle fonti e di essere idoneo ad una sua applicazione meccanica attraverso l'opera esclusiva di soggetti all'uopo abilitati⁴³. In definitiva, mentre lo Stato legale-razionale riconosce(va) nel diritto solo ciò che fosse stato iscrivibile, come fosse un *puzzle*, a conformazioni tipizzate e rispondenti a specifici criteri – fondandosi sulle teorizzazioni che lo descrivevano

nichilismo della decisione e la svuota di capacità di rappresentare a pieno il complesso ruolo del diritto nella società», p. 36.

⁴¹ OMAGGIO, V., *Il diritto nello Stato costituzionale*, cit. pag. 19.

⁴² SCHMITT, C., *I tre tipi di pensiero giuridico*, (1934), tr. it., in Id., *Le categorie del politico*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 259-60.

⁴³ MODUGNO, F. in *Introduzione* a MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi, ideologie del Costituente*, cit. pag. V-XXV, dove osserva la struttura costituzionale non può più essere colta “positivisticamente”, come edificazione “chiusa” in se stessa. Essa è bensì continuamente “aperta” agli sviluppi della società civile e della politica, e da questi stessi (almeno in parte) condizionata.

come un sistema autonomo, autopoietico e normativamente conchiuso, incapace di evolversi con la società, ma solo di regolarla in modo neutrale – l'ordine giuridico contemporaneo rifiuta radicalmente questi dogmi, ponendosi tendenzialmente in forma aperta, mostrandosi pronto a recepire nuovi soggetti e nuove forme di partecipazione giuridica.

E la negazione della logica autopoietica è ancor più evidente se si guarda, in una prospettiva globale, a come atti e fatti certamente non giuridici, si impongono come giuridici. Si pensi al potere della finanza internazionale: piuttosto che essere incluso nelle logiche della giuridicità da istituzioni “ufficiali”, essa medesima si costituisce in organismi o istituzioni che se sono prive di una precisa e individuabile fisionomia, si mostrano invece dotate di una capacità di influenza attiva e quasi normativa.

Lo studioso ha oggi il dovere di constatare che lo Stato non esaurisce la giuridicità e che ci si trova di fronte a una – fino a ieri inimmaginabile – pluralizzazione delle fonti di diritto. O ancor di più: a una loro de-tipicizzazione.

Basterebbe, a questo scopo, dare uno sguardo a quanto avviene nel laboratorio giuridico dell'Unione europea e, in modo ancora più vistoso, nella officina giuridica globale – o nella cosiddetta *lex mercatoria* – dove operatori economici si danno all'invenzione di strutture nuove e novissime più adeguate a ordinare e disciplinare il magma dei nuovi fatti economici di questa fase del capitalismo.

Ma anche questa è una conseguenza della perdita del centro, dello scomponimento della sovranità in un imprecisato numero di “operatori del potere” insuscettibili di catalogazione o enumerazione esaustiva, a fronte della carenza di un'autorità unica e sovrana che li ammetta alla partecipazione.

2. L'allontanamento della costituzione dalla politica e il suo avvicinamento al diritto

Una stagione feconda per il costituzionalismo si riapre, dunque, all'indomani della Seconda Guerra Mondiale, dopo l'epoca oscura dei totalitarismi⁴⁴. Le democrazie pluraliste che ne costituiscono il virtuoso esito sorgono sulla riaffermata supremazia della costituzione e sul controllo di costituzionalità come punto di chiusura della riaffermata superiorità della costituzione rispetto a qualsiasi altra fonte o potere⁴⁵.

Adottando una prospettiva teorico filosofica può osservarsi che una tale supremazia è determinata da due diversi formanti: da un lato si assiste alla giuridicizzazione⁴⁶ della costituzione, dall'altro alla "costituzionalizzazione dell'ordinamento", da intendersi come capacità della Costituzione a diffondersi e a penetrare in ogni interstizio del sistema giuridico complessivamente inteso⁴⁷.

La giuridicizzazione della costituzione esprime il regresso della concezione intensamente "politica"⁴⁸ con cui si guardava al processo di attuazione delle sue linee fondamentali. Tale intendimento costituisce espressione di una teoresi tipica della tradizione liberale europea continentale, figlia della rivoluzione francese e alimentata dal concetto di potere costituente, quale spinta capace di sorreggere, in chiave propulsiva, i soggetti costituzionali (popolo, parlamento).

A tale riduzione corrisponde il progressivo ampliamento di una nozione di costituzione che va emancipandosi quasi integralmente dal presupposto di un'unità

⁴⁴ PORTINARO, P.P., *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di ZAGREBELSKY, G., PORTINARO, P.P., e LUTHER, J., Einaudi, Torino 1996, pp. 5 e ss.

⁴⁵ BIFULCO, R., *Costituzione*, in POMARICI, U., *Filosofia del diritto, Concetti fondamentali*, cit., p. 144.

⁴⁶ Nota CASSESE, S., in *Dentro la Corte Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, 2015, pag. 33, come nel contesto di tale giuridicizzazione dell'ordine costituzionale tipica dello Stato moderno, la giustizia costituzionale ne costituisce un tassello aggiuntivo, introducendo criteri di razionalità materiale nel controllo del processo politico e rimedi e garanzie tipiche per l'effettività di detto sindacato. Le corti costituzionali, in questo senso, finiscono per "interessarsi" di politica sotto specie di diritto, attraverso il diritto, riconducendo conflitti politici a criteri di ragionevolezza, logica e coerenza.

⁴⁷ GUASTINI R., fa notare in *Lezioni di teoria costituzionale*, cit. pag. 204, come esso si impregni di norme costituzionali che tendono ad occupare l'intero spazio della vita sociale e politica condizionando la legislazione, la giurisprudenza, lo stile dottrinale, l'azione degli attori politici, le relazioni private e quant'altro.

⁴⁸ FIORAVANTI, M., *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna 1998, p. 17. Cfr. anche FERRAJOLI, L., in *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit. 337 e ss.

politica, e comincia ad essere precipuamente intesa come una vera e propria norma giuridica. Come tale suscettibile di essere interpretata in sede giurisdizionale.

In questa prospettiva, tale fenomeno è stato autorevolmente descritto come esprime una dissociazione tra politica e costituzione dove quest'ultima diviene sempre più oggetto di interpretazione da parte dei giudici⁴⁹ e delle Corti, mentre l'istanza politica sembra sempre meno impegnata in attività di natura o rango costituzionale.

Dunque, se il passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale ha incrementato i compiti del legislatore determinando un'inflazione legislativa mai registrata in epoche anteriori, ciò ha, come in un paradosso, portato all'incremento dei poteri del giudice. Accanto a questo ampliamento è andata emergendo, ancora come in un paradosso, una sostanziale inerzia o incapacità legislativa, insieme colpevole e inevitabile, che ha trasmesso alla giurisdizione funzioni suppletive, di crescente rilevanza⁵⁰.

Da questa considerazione si può viepiù comprendere il secondo termine del fenomeno: la forza pervasiva della costituzione. Essa trascende la propria tradizionale funzione di organizzazione, limitazione e riparto dei poteri pubblici, verso una regolazione diretta dei rapporti sociali⁵¹.

Ne consegue che il testo costituzionale diviene oggetto di un'ultra o meta-interpretazione, nel senso di andare oltre il proprio contesto interpretativo, impingendo, ad esempio attraverso l'interpretazione adeguatrice, sulla legislazione ordinaria; favorendo, inoltre, l'elaborazione di principi (espresi o impliciti) capaci di porsi direttamente quale norma dei rapporti e regola risolutiva delle controversie.

La legislazione è ormai condizionata dalla costituzione non trovando più in essa un vincolo negativo, quanto piuttosto un complesso di principi da attuare⁵². Il

⁴⁹CHELI, E., *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna 1999; ZAGREBELSKY, G., *Il giudice come artefice delle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007.

⁵⁰ Rileva ancora FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit., pag. 343 come "le leggi, infatti, sono ormai tante e così confuse e complesse [...] e si capisce come una simile disfunzione della legalità finisca per allargare enormemente gli spazi della discrezionalità giudiziaria ed equivalga, di fatto, a una regressione al diritto giurisprudenziale premoderno".

⁵¹ GUASTINI, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 306 e ss.

⁵² Osserva BIFULCO, R., in *Costituzione*, cit. pag. 146 che la dottrina, sottolineando l'errore del positivismo giuridico di credere che tutto il diritto, anche quello costituzionale fosse composto da regole, ha potuto evidenziare il carattere di principi della gran parte delle disposizioni costituzionali.

legislatore vede limitata la propria discrezionalità alla mera scelta di mezzi per il raggiungimento di fini che sono eteronomi, altrove predeterminati.

La pervasività⁵³ della costituzione condiziona anche la giurisprudenza che si trova a dover applicare, sopra tutte le norme, quelle costituzionali, oltre che nella forma del sindacato di costituzionalità (residuando, sempre, un margine di valutazione ai giudici ordinari anche nei sistemi che prevedono modelli di giustizia costituzionale accentrati) anche, e soprattutto, nell'applicazione ordinaria.

Con il diffondersi del canone interpretativo dell'interpretazione conforme a costituzione il ruolo del giudice comune va ispessendosi e va conseguentemente allargandosi il novero dei protagonisti del giudizio di costituzionalità. Il giudice comune è come investito dell'onere di valutare la conformità di una fonte ai valori costituzionali, operando una scelta tra una pluralità di significati e ricercando e privilegiando le possibili ipotesi interpretative che permettano di adeguare la disposizione a una lettura costituzionalmente conforme.

In tal modo, è chiaro che si attua il coinvolgimento di lui nell'ingranaggio della giustizia costituzionale, estesa ben al di là dei ristretti confini della Corte.

Infatti, le norme costituzionali, come appena notato, disciplinano direttamente le relazioni interprivate e modulano i rapporti sociali, dominati un tempo dal filtro (ritenuto necessario) della legge ordinaria.

Insomma, se la teoria dello Stato legislativo ottocentesco imponeva il rifiuto di contaminazioni di valori nel diritto, quella dello Stato costituzionale, al contrario, poggia sui valori. Su quei valori di cui sono espressione i principi costituzionali.

La razionalità sistemica che la costituzione dello stato legislativo garantiva, fornendo chiari parametri formali su cui condurre il controllo giuridico va perdendo terreno e cede il passo a un controllo che deve essere condotto direttamente sull'attuazione dei valori proposti nei principi.

⁵³ Riguardo all'esperienza applicativa italiana, come si vedrà, prima dell'istituzione della Corte costituzionale la giurisprudenza distingueva tra norme precettive precise e norme di principio e/o programmatiche, rivolte al solo legislatore e non applicabili dai giudici. Con la prima decisione (1/1956) la Corte costituzionale si è invece preoccupata di sgombrare il campo dal dubbio negando rilievo alla distinzione e sostenendo invece l'incostituzionalità della legge anche nel caso di contrasto con una norma di principio o programmatica. Si tratta di un punto fondamentale: in questa pronuncia si può infatti intravedere l'avvio, in concreto, di un processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano. A tale avvio si affianca, peraltro, l'emergere delle preoccupazioni e delle critiche all'applicazione giudiziale della costituzione che trasportano il giudice su un terreno che è proprio della legislazione più che della giurisdizione.

Non solo la costituzione viene oggi ad assumere una efficacia prescrittiva, divenendo “parte essenziale” dell’ordinamento⁵⁴ e acquistando una forza obbligatoria, ma il suo ruolo accresce di importanza se si guarda alla sua capacità di fornire continuamente e autonomamente «risposte ai problemi del nostro presente»⁵⁵.

Di qui si assiste a quel richiamato recupero della giurisprudenza come scienza pratica; recupero giustificato dalla constatazione che un sistema nel quale governano i principi supremi concretizza, sul piano formale una condizione simile a quella del diritto naturale⁵⁶.

Le costituzioni contemporanee, infatti, hanno da una parte svincolato i diritti dalla legge che essa stessa conteneva, rifiutando qualsiasi dignità sostanziale a situazioni giuridiche soggettive che non giungessero a una sintesi legislativa; dall’altra, hanno separato la legge dalla giustizia, prima considerata anch’essa alla stregua di un irrazionale ideale se scissa delle norme in cui avrebbe dovuto trovare positiva concretizzazione⁵⁷.

È stato, inoltre, osservato che si è consumata la «presunzione assoluta di legittimità della costituzione»⁵⁸, e che ci si è svincolati dalla soggezione a una sorta di dovere di fedeltà alla volontà costituente originaria, essendo invece sempre più determinate e cruciale il punto di osservazione da cui si guarda alla costituzione e si individuano gli interrogativi da porle.

In questo senso, secondo Gustavo Zagrebelsky, se la costituzione rivoluzionaria si diceva positiva – perché creata una volta per tutte con un atto di volontà iniziale, chiuso nel tempo e irripetibile – la costituzione del pluralismo contemporaneo si può dire positiva, in altro senso, in quanto ricreata continuamente dal concorso di

⁵⁴ Ancora BIFULCO, R., *Costituzione*, cit., pag. 142, evidenzia che la costituzione non è più intesa in senso teorico, ma nel senso di atto giuridico di fondazione del nuovo ordine giuridico che “conferisce validità al sistema normativo (*fonte di validità*), che essa contribuisce, in maniera determinate a produrre (*fonte del diritto*)”. I corsivi sono nel testo.

⁵⁵ FIORAVANTI, M., *Costituzione e popolo sovrano*, cit., p. 18.

⁵⁶ “In conseguenza di scelte di diritto positivo” – osserva Zagrebelsky ne *Il diritto mite*, cit. pag. 165 – “è come se vigesse il diritto naturale”. In luogo dunque del dualismo positivista che negava il collegamento tra scienza e prassi, quest’ultima va riaffermandosi perché le connotazioni valoriali assegnate ai fatti e le decisioni operate con i principi mettono in una continuità circolare essere e dover essere o comunque la possibilità di argomentare decisioni sulla base di una giustizia “costituzionale”.

⁵⁷ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, cit. p. 62-63.

⁵⁸ ZAGREBELSKY, G., *Storia e costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 35 e ss.

molteplici volontà⁵⁹ che la attualizzano e la reinterpretano ridefinendola progressivamente nella sua dimensione storico-concreta.

È indubbio che l'assetto teorico concettuale che si è descritto si presta a giudizi divergenti, ben potendosi sostenere che questo difetto di fondamento sia desiderabile quale presupposto per svincolare finalmente il diritto (e così i diritti) dalla tirannide della politica.

D'altro canto non può sottacersi il timore che questa "lacuna" sia (o sia stata?) colmata da un potere, il potere giurisdizionale, spinto ben al di là dei propri naturali e fisiologici limiti. Con il rischio di preludere alla riemersione di una specie di Stato giurisdizionale che la Storia giuridica europea ha ormai definitivamente superato⁶⁰.

In questa chiave, diviene chiarissimo come la storia degli ordinamenti giuridici mostri un continuo oscillare fra legislazione e giurisdizione⁶¹.

Si è, infatti, diffusa fino a divenire pacifica la convinzione che il compito di adeguare il diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giudice, specie costituzionale, e la sua opera si propone come fonte concorrente di produzione giuridica.

Le ragioni sono complesse ma in fondo ben note.

Nell'ambito degli ordinamenti nazionali la nascita dei tribunali costituzionali, che ha fatto del Novecento il secolo della giustizia costituzionale, ha rimesso in vigore le valutazioni assiologiche inseparabili dall'applicazione dei principi contenuti nelle costituzioni e ha restituito al momento giurisprudenziale la sua centralità⁶².

⁵⁹ *Op. ult. cit.*, p. 75.

⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, E.W. *Stato, Costituzione, democrazia*, cit. p. 112 e ss..

⁶¹ PICARDI, N., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1/2004, pp. 42 e ss. L'Autore ricorda che, per esempio, Savigny parlò di una vocazione del suo tempo per la legislazione e la scienza giuridica, e alla fine degli anni '30 del secolo scorso Mariano D'Amelio ne riprendeva l'espressione per riferirla alla codificazione. Al contrario nel 1979, Natalino Irti celebrava l'età della decodificazione. Se è così bisogna allora riconoscere che lo Stato costituzionale di democrazia pluralista esprima una netta vocazione per la giurisdizione stante l'«incontenibile espansione globale del potere giudiziario» nell'epoca contemporanea.

⁶² BIFULCO, R. *Costituzione*, cit., pag. 147 muovendo dal rilievo che le costituzioni contemporanee contengono principi che possono entrare in reciproca collisione, mette in luce il ruolo decisivo dell'interprete e in particolare di un interprete autorevole e potente come il giudice costituzionale riconoscendo come esso assuma lo *status* di soggetto concorrente, insieme al Parlamento, nell'affermazione delle norme. L'Autore, nel richiamare alcune recenti e interessanti proposte ricostruttive cita la posizione di ROUSSEAU, D. *La jurisprudence constitutionnelle: quelle "nécessité*

Si tratta, di una annosa e mai sopita discussione su un tema che impegna una consistente parte del dibattito tra filosofi, teorici del diritto e giuristi sul futuro della costituzione e che si esprime nella tensione tra l'insufficienza del tradizionale schema costituzionale (che forse sottovalutava la dimensione della cittadinanza come titolarità di diritti plurali e differenziati e quindi bisognosa di istituzioni imparziali di natura giurisdizionale) e la preoccupazione contraria di sfibrare lo Stato di diritto lasciando eccessiva manovra ai custodi della Costituzione⁶³.

démocratique”? in MOLFESSIS, N. (a cura di), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1999, p. 363 ss., in part. P. 370 ora in italiano *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, come Relazione presentata al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti su *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Roma, 27-28 ottobre 2006.

⁶³ PORTINARO, P.P., *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, cit., p. 30.

3. Una nuova materializzazione del diritto

Il tratto che più caratterizza le costituzioni post-belliche – pur nella consapevolezza che il concetto di costituzione presenta chiare difficoltà interpretative e che ogni costituzionalismo postula una certa idea di costituzione⁶⁴ – è ora chiaro ed è da individuarsi in un modello assiologico di costituzione concepito come norma⁶⁵ che individua un complesso di regole positive, gerarchicamente sovraordinate alle altre e considerate fondamentali per l'intero ordinamento, in ragione del valore materiale attribuito al loro contenuto.

Con questo nuovo modello si supera il costituzionalismo liberale fondato sulla legge e si va oltre il modello kelseniano che pur ascrivendo la costituzione a *Grundnorm*, ancora non le riconosce una funzione materiale, limitandola a guida per la formazione degli organi costituzionali e regola procedurale dei procedimenti di produzione normativa⁶⁶.

Questa impostazione gradualistica era destinata a ripercuotersi sul piano della giurisdizione costituzionale da inquadrarsi, secondo lo Studioso austriaco, nel modello ordinamentale a gradi, ove soltanto può assicurare la conformità delle norme inferiori a quelle superiori in termini formali e sostanziali, avendo a parametro la violazione di precetti relativi al meccanismo di produzione legislativa o ai loro contenuti.

L'incostituzionalità materiale, da questa prospettiva, coincide e si appiattisce sull'incostituzionalità formale: rileva una violazione del precetto che regola la revisione costituzionale demandata ad una peculiare procedura.

Secondo Kelsen – che aveva l'intenzione di restare sul piano squisitamente normativistico – il controllo di costituzionalità avrebbe dovuto avere un oggetto

⁶⁴ DOGLIANI, M., *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino Bologna 1994, ID, *Interpretazione della Costituzione*, Franco Angeli, ZAGREBELSKY, G., *Storia e Costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di ZAGREBELSKY, G., PORTINARO, P.P., LUTHER, J., Einaudi, Torino, 1996, p. 35 e ss.; MODUGNO, F., *Costituzione*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, p. 1 e ss. GUASTINI, R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001.

⁶⁵ DOGLIANI, M., *Introduzione*, cit. p. 14.

⁶⁶ Per Kelsen, in effetti, quando la costituzione intende influenzare la produzione legislativa futura, lo fa solo con promesse solenni, le quali però non possono andare oltre alla determinazione di un effetto negativo volto ad impedire l'approvazione di leggi con uno specifico contenuto "dato che per ragioni tecnico-giuridiche non si può agevolmente collegare una sanzione al fatto che non siano emanate delle leggi di un contenuto prescritto" cfr. KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1984, P. 105. Negli stessi termini, in *La dottrina pura del diritto*, tr. it. a cura di LOSANO, M.G., Einaudi, Torino, 1990, p. 254.

delimitato. La presenza di riferimenti testuali a valori avrebbe infatti rischiato di spingere i giudici a dichiarazioni di incostituzionalità fondate su principi ideologicamente viziati, in violazione delle prerogative del parlamento sovrano, democraticamente legittimato.

Questa impostazione – che tradisce un legame con il positivismo liberale – è stravolta dai costituenti del dopoguerra. Essi hanno dato vita a costituzioni dense di riferimenti assiologici, ricche di principi.

Seppure i principi “prescrivano”, è però impossibile intendere ciò con riferimento a fattispecie specifiche, ponendosi cioè come autonomi modelli di condotta.

I principi prescrivono un atteggiamento da assumere, un orientamento da seguire, indicano un contegno che dev’essere mantenuto in considerazione, un valore che richiede attenzione, una tendenza da rispettare.

Essi svolgono una triplice funzione: una di tipo propulsivo che orienta la produzione normativa, una di tipo delimitativo che serve a controllare la validità sostanziale della legge; la terza di tipo interpretativo che guida nella ricerca del significato degli atti normativi ad essi subordinati⁶⁷.

I principi, dunque, oltre a svolgere una funzione di quadro garantista ne svolgono una prescrittiva e vincolante come “ordinamento di valori strutturati e dominanti lo sviluppo della legislazione”⁶⁸.

Zagrebelsky insiste sulla contrapposizione tra regole e principi di giustizia, i quali sono i soli a portare alla realtà costituzionale, giacché costituiscono l’ordine giuridico; le regole, invece, esauriscono in se stesse la loro forza e sono leggi al pari di tutte le altre.

Le norme di condotta contenute in una Costituzione (e tali non possono ritenersi quelle rivolte al solo legislatore che, com’è avvenuto di frequente o anche per lungo tempo, le può tranquillamente disattendere) non sono quelle che caratterizzano propriamente essa, infatti, abbonda, al contrario, di enunciati espressivi o costitutivi di principi, di scopi, di programmi.

⁶⁷ OMAGGIO, V., *Il diritto nello Stato costituzionale*, G. Giappichelli Editore Torino, 2011, p. 40.

⁶⁸ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, cit. p. 209.

Detto altrimenti, i principi sono costitutivi dell'ordine della comunità: mentre le regole ci danno il criterio delle nostre azioni nei vari contesti (autorizzano o vietano certe azioni), i principi non ci dicono nulla direttamente, ci danno criteri per prendere posizione dinanzi a situazioni a priori indeterminate quando queste vengano a determinarsi concretamente.

I principi generano orientamenti.

Ben si può comprendere, allora, un passaggio ulteriore. E cioè in che misura l'elemento dei principi consente di individuare un nesso tra costituzionalismo e giusnaturalismo e, al tempo stesso, porti decisamente più in là rispetto al giusnaturalismo⁶⁹.

Questa concezione del diritto presuppone una sorta di "atto di orgoglio" del diritto positivo e non di rifiuto del medesimo: infatti, con la Costituzione viene in essere il diritto positivo, non quello naturale, giacché si tenta di positivizzare ciò che nei secoli passati era appannaggio del diritto naturale⁷⁰.

Le assemblee costituenti, nella loro attività originaria di fondazione di una comunità giuridica, riflettono questi principi attraverso la composizione del pluralismo politico, ottenuta con la sublimazione dei principi medesimi: così, nella costituzione italiana le tre anime del liberalismo, del cattolicesimo e del comunismo hanno concretamente trovato una composizione delle loro diverse posizioni sublimando i propri valori "radicali", in principi che li avrebbero "ammansiti" ma conservati.

Con l'instaurazione di un siffatto ordinamento costituzionale, i principi (i quali hanno contribuito a formare il pluralismo) svolgono una funzione, quasi di perfezionamento dell'ordinamento giuridico, servono cioè a superare quelle

⁶⁹ L'eterogeneità di un tale termine è dimostrata dal fatto che esso accompagna il fenomeno giuridico nel corso delle sue diverse manifestazioni dall'antichità classica ad oggi. Con il sintagma diritto naturale si intende, in via molto generale, "un diritto che ha per suo fondamento, immediato o mediato, la natura e che quindi per tale fondamento si differenzia dal diritto positivo". COTTA, S. *Giusnaturalismo*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970, p. 510 e ss., e ID., *Diritto naturale*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964, p. 647. Occorre però riconoscere come i possibili significati che l'espressione assume mettono in evidenza un dato comune delle teorie giusnaturalistiche, vale a dire quello di trascendere il diritto positivo per ribadire l'esistenza di un diritto superiore, giusto e vero.

⁷⁰ L'ordinamento giuridico, inteso come insieme delle norme giuridiche positive deve allora conformarsi al diritto naturale e così la costituzione. Essa viene anzi intesa, e non solo nell'epoca contemporanea, come formalizzazione di principi appartenenti al diritto naturale. In questo senso si veda anche MATTEUCCI, N., *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, in part. p. 1048.

situazioni di paralisi normativa che si hanno quando vi sono antinomie tra le norme.

Questi andrebbero concepiti non già come “comandi definitivi” – e quindi “regole” – ma come “richieste o comandi di ottimizzazione” (l’*optimierungsgebote* di Robert Alexy) – ossia “principi”, che prescrivono alle autorità giuridiche, e anzitutto ai giudici costituzionali, di massimizzare i fini ultimi dell’ordinamento, tenendo però sempre conto delle possibilità giuridiche e fattuali⁷¹. Ciò si verifica assai spesso, poiché un ordinamento giuridico non è mai prodotto unitariamente: in tale eterogeneità di leggi, sono frequentissime le antinomie, gli scontri tra leggi incompatibili tra loro.

Per poter risolvere non traumaticamente tali scontri (per poterli superare senza avere la paralisi dell’attività giuridica), i principi orientano il legislatore a intervenire in quelle situazioni in cui il conflitto può diventare dirompente.

I disastri delle due guerre hanno contribuito a produrre un nuovo ordine istituzionale e sociale basato su un sistema dove la morale individuale e l’etica collettiva vengono positivizzati in una sintesi talmente cogente che l’attuazione della legalità⁷² va identificandosi sempre più con l’attuazione e la realizzazione di tali valori⁷³.

Se le norme devono corrispondere sul piano materiale ai valori costituzionali, allora la validità delle stesse non può più essere accertata sul solo piano formale alla luce di criteri esclusivamente procedurali. Tale categoria deve essere

⁷¹ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte* (1994). Trad. it. Teoria dei diritti fondamentali. A cura di Matthias Klatt. Bologna: Il Mulino, pp. 152 e ss.. Le regole hanno condizioni di soddisfacimento del tipo “tutto o niente”, e si applicano per sussunzione; i principi, invece, possono essere soddisfatti in gradi diversi, e si applicano attraverso il bilanciamento (*Abwägung*): un ragionamento assiologico condotto sui binari del principio (o giudizio) di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).

⁷² FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit. pag. 338 illumina sul tema osservando che “la legalità cambia natura: non è più solo condizionante e disciplinante, ma è essa stessa condizionata e disciplinata da vincoli giuridici non più solo formali ma anche sostanziali; non è più semplicemente un prodotto del legislatore ma è anche progettazione costituzionale del diritto da produrre e dunque limite e vincolo, quale diritto sul diritto, al legislatore medesimo. Sicché del diritto positivo risulta positivizzato, da quel patto sociale che è la costituzione, non più solo l’“essere”, ossia l’“esistenza”, ma anche il “dover essere”, ossia le condizioni di “validità”; non più solo il “chi” e il “come” delle decisioni ma anche il “che cosa” non deve essere deciso, ossia la lesione dei diritti di libertà, o al contrario dev’essere deciso, ossia la soddisfazione dei diritti sociali”.

⁷³ DOGLIANI, M., *Introduzione*, cit. p. 59.

riconsiderata, e affinché sia integrata, occorre fare necessario riferimento anche ai criteri sostanziali deducibili dalla Costituzione⁷⁴.

Una volta accettato che i principi dispongono di un'intrinseca portata normativa, esprimendo una natura propriamente giuridica, essi entrano nell'ordinamento, contribuendo ad offrirgli una nuova fisionomia. Essi "rinnovano" il materiale giuridico svolgendo innegabilmente una funzione che le altre norme giuridiche che lo costituiscono – per semplificare, le regole – non possono assicurare.

Essi, infatti, manifestano caratteri strutturali propri. Come ha insegnato Emilio Betti⁷⁵, essi sono dotati di un'eccedenza "deontologica o assiologia" essendo capaci di esprimere una natura implicita o trascendente rispetto alle determinazioni concrete espresse dalle regole, le quali non possono mai esaurirne la capacità nomopoietica.

Di fianco alle regole, dunque, lo Stato costituzionale impone la vigenza e la validità dei principi, mostrando un nuovo volto del diritto e dell'ordinamento giuridico, modificandone l'assetto strutturale in una misura che non può più essere ignorata⁷⁶.

Il rifiuto netto del gradualismo kelseniano conduce però allo sdoppiamento dei significati di legalità (costituzionale e ordinaria) e ad una rottura della categoria dell'obbligatorietà, non più sussumibile entro una categoria unitaria.

La forza obbligatoria del diritto, da predicato assoluto di un'unitaria idea di legge, diviene attributo di due idee potenzialmente configgenti, in quanto dotate di due distinti ed autonomi fondamenti giustificativi: da una parte la forza obbligatoria (o efficacia giuridica) della costituzione, che riflette una credenza di razionalità rispetto al valore; dall'altra parte, la forza obbligatoria della legge, che rispecchia invece, una credenza di razionalità rispetto allo scopo⁷⁷.

⁷⁴ In questo senso L. FERRAJOLI il quale in *Diritto e ragione*, cit. pag. 347 ss. e 898 e ss. distingue il "giudizio di vigore" qual è quello basato su condizioni formali e procedurali, dal giudizio "di validità" in senso proprio, basato invece sul merito e dipendente dalla conformità ai contenuti costituzionali.

⁷⁵ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ed., Giuffrè, Milano, 1971, p. 205 ss.

⁷⁶ Riprendendo un passo di L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1, 1985, p. 70, "Tutti i principi sono norme, ma non tutte le norme sono principi; l'altra specie delle norme che non è quella dei principi è quella delle regole".

⁷⁷ MODUGNO, F., in *Introduzione a C. MEZZANOTTE, Il giudizio sulle leggi, ideologie del Costituente*, cit. pag. XV.

Nella prospettiva di rintracciare un criterio di legittimazione della giustizia costituzionale, occorre anche individuare il punto di equilibrio tra questi due diversi tipi di razionalità e di giustificazione del potere. Ciò, avendo a mente che le corti costituzionali – e forse può in questo individuarsi uno dei profili che ne possono assicurare la legittimazione – sono investite dell’onere di individuare la via dell’unificazione di un sistema di fonti segnato da un ineliminabile “scissura”, mirando a raggiungere il massimo dell’equilibrio nella reale parcellizzazione e nella potenziale incommensurabilità dei valori incorporati nella Costituzione⁷⁸.

⁷⁸ MODUGNO, F., in *Introduzione*, cit. pag. XVII.

4. La perdita delle certezze del diritto e la ricerca di un equilibrio

L'idea della costituzione contemporanea come espressione di una tavola di valori giuridicamente vincolante fa fronte alla percezione dell'insufficienza delle garanzie del vecchio Stato liberale di diritto, incapace di fornire un quadro di legittimazione adeguato a porsi quale architrave fondativa di un contesto storico-politico connotato dall'allargamento delle basi sociali dello stato contemporaneo.

Il modello liberale non prevedeva, infatti, programmi d'azione; si limitava a uno schema di diritti e doveri giuridici. Le aspettative costituzionali⁷⁹ tipiche del '900 divengono caratteristiche salienti dell'ordinamento, portando com'è stato osservato a un ormai innegabile processo di eticizzazione della costituzione.

In questa prospettiva, salta quel rigido divisionismo tra "essere" e "dover essere" che ha innervato la tradizione fino ad assumere la forma di un dogma. Così, il prevalere della ragione pratica fa oggi saltare quel dualismo che occupava un posto centrale nel positivismo giuridico.

È dalla realtà stessa, anzi, che i principi fanno scaturire il "dover essere", rendendo peraltro critico, e riaprendo, il seguente tema assai problematico: valorizzando la realtà, v'è il serio rischio che i principi possano essere interpretati e agiti in modi a tal punto diversi e contraddittori da valorizzare qualsiasi realtà, portando per tale via a quella che Carl Schmitt definiva la "tirannia dei valori", cioè a posizioni valoriali in conflitto tra loro, come tali foriere di cesure e perfino di guerre civili.

Certo è che il diritto ha perso alcune certezze. Nessun sistema giuridico evoluto riesce ormai a presentarsi come un *corpus* razionale e sistematico di regole. La fiducia assoluta nella razionalità della legge si perde nel nuovo linguaggio che connota le carte fondamentali contemporanee, dove la definitività delle decisioni politiche si diluisce fino a relativizzarsi. Tale pretesa di definitività è, anzi, attaccata dal progressivo e inarrestabile penetrare dello Stato nella dimensione sociale; è messa in discussione dall'incidenza delle fonti sovranazionali e transnazionali che via via vanno frantumando la volontà unitaria, se non l'identità degli Stati.

⁷⁹ P. PORTINARO, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in *Democrazia, diritti, costituzione*, a cura di G. Gozzi, il Mulino, Bologna, 1997, p. 434.

Muovendo dall'assunto che nello Stato costituzionale si assiste a un cambio di paradigma, questa dimensione giuridica può allora essere meglio descritta facendo riferimento al concetto di "equilibrio" piuttosto di quanto non si riesca a fare con quello di certezza.

Nel nostro tempo, è nella Costituzione che si iscrivono i tratti culturali fondamentali della società⁸⁰. Ivi si sviluppano le qualità del diritto, la sua capacità di orientare le azioni sociali.

Ciò non può attuarsi con imperativi verticali, attraverso regole sempre certe e definitive, ma è necessario tenere in considerazione e avere stretto riguardo alla dimensione fattuale che connota le molteplici interrelazioni fra i soggetti di un contesto storico sociale non omogeneo.

Perché questi rapporti siano efficacemente regolati (*rectius*, orientati) sono sì necessarie norme giuridiche connotate da un imprescindibile crisma della positività, ma il fondamento delle stesse, più che individuarsi nella mera espressione di una volontà politica dominante o dalla ragione umana, deve trarsi da un nuovo concetto, quello di ragionevolezza.

Non possono quindi tali norme essere desunte da un preteso ordine razionale (ma astratto), ma devono fondarsi sulla struttura e sulla "*faktizität*" delle relazioni esistenti⁸¹.

L'irrinunciabilità alle garanzie acquisite dal costituzionalismo richiede peraltro che a queste norme siano presupposte le regole interpretative e le strutture istituzionali del diritto, comunque interne alla sua logica, di cui non può farsi a meno in uno stato di democrazia pluralista.

Se la certezza⁸² appare una pretesa irrealistica e certamente inadeguata alle dinamiche contemporanee – caratterizzate dalla continua integrazione degli interessi, soprattutto in sede giurisdizionale – lo spostamento della "certezza" a

⁸⁰ ZAGREBELSKY, G., *Il giudice come artefice delle leggi*, p. 44: «Lo Stato costituzionale è per l'appunto questo: non uno Stato che ha una legge che chiamiamo costituzione, ma lo Stato che si costruisce su un documento dove si riversano e si iscrivono i tratti culturali profondi della società».

⁸¹ Come direbbe HABERMAS, J., *Morale, diritto, politica*, (1992), tr. it. a cura di CEPPA, L., Edizioni di Comunità, Torino, 2001, p. 54, "la razionalità del diritto non sarà mai faccenda esclusiva del diritto".

⁸² HABERMAS, J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit. p. 262, sostiene che è necessario problematizzare la nozione di certezza, giacché il suo contenuto classico richiedeva una struttura di regole che nessun sistema giuridico odierno – fatto anche di principi e programmi – è in grado di soddisfare".

livello dei principi impone però la controllabilità della correttezza delle decisioni attraverso le quali esse vengono adottate⁸³. E ciò richiede la ricerca di un equilibrio e l'esigenza di aprirsi alle dinamiche del bilanciamento.

Il tema dell'equilibrio/bilanciamento conduce a sua volta alla necessità di considerare che il diritto non possa fare a meno, nel suo determinarsi, da qualcosa che è al di fuori di sé, a un'inevitabile dipendenza da un mondo esterno, rinunciando alla sua (in altri tempi auspicata, se non apoditticamente imposta) "pura" autosufficienza.

La teoria giuridica contemporanea rinuncia, insomma, a definire confini assoluti, ad esempio fra diritto e morale, o fra diritto e fatto. Ciò non esclude il tentativo di garantire la conservazione di una propria fisionomia, di proprie visibili delimitazioni epistemologiche.

La fine dell'autosufficienza del diritto come paradigma etico e scientifico porta alla necessità di ricercare un equilibrio che comprenda in sé, come in una sintesi, le dicotomie tradizionali tra *Sein* e *Sollen*, tra razionale e irrazionale, oggettivo e soggettivo, formale e sostanziale, fatto e diritto, scienza del diritto e politica del diritto, creazione della legge e applicazione della legge.

Questa ricerca mostra come il fenomeno giuridico contemporaneo non possa funzionare in base ai dettami propri della costituzione epistemologica di stampo liberal-borghese: e conferma la messa in dubbio della tradizionale coscienza che il diritto possa darsi come sistema autarchico, e che la sua certezza consista in una sicura previsione dell'esito delle controversie.

In linea generale, essa ci pone davanti al problema che fatto e diritto non possano avere vite separate⁸⁴.

⁸³ OMAGGIO, V., *Il diritto nello stato costituzionale*, cit. pag. 72.

⁸⁴ Con il ridimensionamento delle ambizioni gnoseologiche e assiologiche della modernità «tornano a fiorire gli ibridi cui la Costituzione moderna aveva sottratto la linfa vitale. Così a fianco della ragionevolezza rispunta tra fatto e diritto, l'equità; tra verità e falsità, la verosimiglianza; tra autorità e ragione, l'autorevolezza; tra soggettività e oggettività, l'intersoggettività; tra autore e lettore, l'interprete; tra verità materiale e verità formale, la verità giudiziale, ossia quella che risulta dall'intreccio – governato dal processo – tra i valori del diritto e i principi metodologici della scienza, cfr. VOGLIOTTI, M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007, p. 25.

5. La razionalità pratica del diritto quale attività sociale di natura interpretativa e argomentativa

L'interpretazione è il luogo in cui può scorgersi questa contraddizione, ponendosi proprio al confine tra fatto e diritto; essa non ne rappresenta infatti né un'attività puramente descrittiva, né puramente creativa. Non è né scienza, né politica del diritto. E anzi l'attività interpretativa torna prepotentemente in auge dopo aver dovuto subire un lungo tentativo di purificazione e disintegrazione⁸⁵.

A fronte di tutto ciò, le teorie dell'argomentazione giuridica assumono oggi una posizione centrale nel dibattito giusfilosofico⁸⁶, fondandosi pur nell'eterogeneità che le connota, su una base intellettuale comune da rintracciare nella considerazione del ragionamento giuridico come una prospettiva privilegiata da cui analizzare il fenomeno giuridico stesso.

Sotto questa luce, il diritto non presenta una natura diversa dalla complessità dei ragionamenti interpretativi e argomentativi presupposti alla sua realizzazione, né può pretendersi che sia identificato indipendentemente dal suo momento applicativo.

Viene in tal modo a chiarirsi la richiamata concezione secondo la quale il diritto non può farsi coincidere con un insieme di regole o di oggetti normativi. Esso si qualifica piuttosto come attività sociale di natura interpretativa e argomentativa volta ad enucleare sulla base di regole generali (ma non soltanto su di esse) una soluzione per le fattispecie concrete.

L'individuazione della norma del caso concreto non può prescindere quindi dai processi argomentativi, dove le pratiche del ragionamento (tese a riempire di contenuti le proposizioni normative o a giustificare, argomentandole, le scelte interpretative) sono importanti allo stesso modo di come lo sono le disposizioni.

Soltanto in questa prospettiva, la pratica giuridica può esprimere la sua attitudine e il compito che è chiamata ad adempiere, coincidente con quello della

⁸⁵ M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁶ 37 A. AARNIO, R. ALEXY e A. PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning* (1981), tr. it. a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI in *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. I, Giappichelli, Torino 1981; A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht 1987; ALEXY, R., *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), tr. it. a cura di M. LA TORRE, Giuffrè, Milano 1998; R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), tr. it. a cura di S. FREGA, Il Saggiatore, Milano 1989; MAC CORMICK, N. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), tr. it. A cura di V. VILLA e A. SCHIAVELLO, Giappichelli, Torino 2001.

costituzione e cioè rivolto a limitare e ridurre al minimo gli squilibri e le discriminazioni discendenti dalla natura, dalla politica o anche dall'economia venendo così a sprigionarsi la propria attitudine ordinante.

D'altra parte, deve però accettarsi che il *legal reasoning* non è un processo interamente dimostrativo e sempre formalizzabile: le conclusioni cui perviene non sono infatti pienamente prevedibili e sempre uguali; disponendo della ragione pratica – debitrice della logica formale ma altresì creditrice di concetti logicamente effimeri (la congruenza, l'analogia, la ponderazione e il bilanciamento).

La razionalità pratica, presupponendo il fatto, non è indipendente dai contenuti materiali e anzi, è ermeneuticamente influenzata dal fatto di essere fisiologicamente rivolta alla comprensione delle manifestazioni fattuali della vita culturale.

Il portato di certezza che essa può garantire – se così ci si può spingere a definirla – è quindi debole, potendo soltanto ambire ad assicurare una, seppur limitata, sicura controllabilità dei processi decisionali, che non è più soltanto giuridica, ma anche razionale.

Volendo accettare il valore di una legalità così complessivamente intesa, si può introdurre un tema, quello dei principi, in base al quale la carenza del valore dell'assolutezza della certezza giuridica può essere bilanciato con altri ideali o valori comunque ricavati in base a parametri razionali condivisi in una data società, storicamente e geograficamente intesa.

Così, la struttura del ragionamento include costitutivamente alcuni punti di partenza del discorso offerti dai presupposti e dalle credenze effettivamente condivise dai partecipanti, considerati nella situazione storica in cui si trovano, nella loro realtà effettiva.

Questa base iniziale è indipendente dalla procedura e i suoi esiti, pertanto, non pendono soltanto dalle regole del discorso ma anche dalle convinzioni dei soggetti partecipanti.

La razionalità pratica che viene posta a fondamento dalla teoria dell'argomentazione giuridica si manifesta nella ragionevolezza, concetto per

definizione sfuggente a qualsiasi tentativo di formalizzazione⁸⁷; e malgrado ciò tale da diventare una componente tutt'altro che periferica o residuale nella teoria del diritto.

⁸⁷ *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di LA TORRE M. e SPADARO A., Giappichelli, Torino 2002; F. VIOLA, *Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in «*Persona y Derecho*», 46/2002, pp. 35 e ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in «*Digesto delle discipline pubblicistiche*», vol. XII, Utet, Torino 1997, pp. 341 e ss..

6. Lo Stato costituzionale riedita un'antica tradizione

Siamo dunque giunti ad una fase nuova, in cui si impone una riconcettualizzazione, una riedizione, di elementi fondamentali, già intrinsecamente presenti nella Storia plurisecolare dello Stato moderno.

Sebbene il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale richieda che si abbandonino i vecchi paradigmi e le vecchie contrapposizioni, tuttavia sarebbe senza dubbio errato concludere che le acquisizioni delle teorie “giuridiche di ieri”⁸⁸ non meritino, compatibilmente con lo “stadio” cui è giunto il costituzionalismo contemporaneo di essere preservate o, quantomeno, ripensate criticamente.

Difatti, di fianco alla natura pluralistica e la vocazione particolaristica dello Stato giurisdizionale, con l'indefettibile potenziamento della giurisdizione, soprattutto costituzionale, continuano indiscutibilmente a valere i presupposti fondativi dello Stato moderno, votato alla individuazione certa di un centro del potere identificabile e di una sovrana unità politica.

In questo senso, coglie nel segno l'idea che lo Stato costituzionale si configuri come “un esito complessivo”⁸⁹, nel quale confluisce e precipita l'intera esperienza dello Stato europeo essendo all'altezza di sintetizzare l'hobbesiano principio della consociazione equilibrata delle parti tutte, sotto la volontà di un sovrano, e quello moderno della decisione ponderata, rappresentativa dell'intero.

Questo mutamento può cogliersi anche nella dimensione della “*rule of law*”: il contenuto storico istituzionale di questo termine è del resto irriducibile a strumenti giuridici vuoti o a categorie e definizioni date una volta per tutte. Esso invece si configura quale limite a qualsiasi potere politico che ambisca a porsi quale monopolio nella produzione giuridica⁹⁰.

Per questo il diritto positivo, nella prospettiva garantista della *rule of law*, deve essere, almeno in parte, considerato al di fuori della disponibilità del sovrano,

⁸⁸ Espressione notoriamente impiegata da VIOLA F. e ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione*, cit..

⁸⁹ Così FIORAVANTI, M., *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di FIORAVANTI, M., Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 20-21.

⁹⁰ Lo fa notare OMAGGIO, V., *Il diritto nello Stato costituzionale*, cit. p. 24, richiamando la linea di ricerca di PALOMBELLA, G., nel suo *The Rule of Law and its Core*, in *EUI Conference on Relocating the Rule of Law*, Hart Publishers, Oxford, 2008.

rimanendo, nonostante ciò, diritto positivo e non già diritto naturale o moralità positiva.

Il diritto positivo nell'accezione che gli stiamo offrendo postula una pluralità di fonti giuridiche che assicurino l'equilibrio tra i due lati del diritto, quello del *gubernaculum*, basato sul comando e quello della *jurisdictio*, basato sulla giustizia positiva e sulla storia.

D'altra parte, anche nella distinzione tra *gubernaculum* e *jurisdictio* è nascosto un riferimento alle due distinte dimensioni del diritto: diritto come "sostanza" legittimato da istanze sociali diffuse pre-accettate da chi vi si sottomette, e diritto come "forma", dove una volontà politica accentrata si impone avendo la disponibilità del relativo potere.

Si tratta, insomma, di una distinzione connaturata al fenomeno e come tale ricorrente, e problematizzata anche nello Stato costituzionale contemporaneo. Non si tratta di una complicazione da semplificare, né un difetto da correggere, ma un valore da preservare⁹¹.

Lo Stato costituzionale dunque eredita e incarna un'antica tradizione che attraverso il diritto custodisce e preserva un'etica della convivenza sottratta alla sfera del potere, che affonda le sue radici ed è connaturata all'origine stessa del fenomeno giuridico, confinando con la morale, ma senza perciò disattendere il suo carattere giuridico.

E può allora giungersi ad una considerazione che apre al prosieguo del lavoro: muovendo dalla dimensione costituzionale, i giudici costituzionali sottopongono la legge a una continua verifica di razionalità materiale, di ragionevolezza. Essa si basa sul fine di realizzare obiettivi di benessere sociale, nel rispetto dell'eguaglianza tra i cittadini, mirando altresì alla proporzionalità e all'adeguatezza tra mezzi impiegati e fini perseguiti, per finire di congruenza a valutare la coerenza con i principi fondamentali dell'ordinamento che la Costituzione individua e reca nel suo seno.

⁹¹ ZAGREBELSKY, G., *Il giudice come artefice delle leggi*, cit., p. 23.

CAPITOLO TERZO

LA RAGIONEVOLEZZA: “PERNO” DEL MUTAMENTO NELLO STATO COSTITUZIONALE DEMOCRATICO

1. Premessa

L’analisi dei mutamenti determinati dal passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale – dei quali l’avvento, lo sviluppo e il progressivo affinamento dei sistemi di giustizia costituzionale rappresentano alcuni degli aspetti fondamentali – impone, nel presente Capitolo, l’approfondimento di uno dei perni (forse il principale) intorno ai quali si può apprezzare quella (qui ribadita) “esigenza di riconcettualizzazione” conseguita all’affermarsi del contesto storico-materiale e giuridico al quale apparteniamo e che abbiamo illustrato può definirsi come un ordine giuridico “contemporaneo”⁹².

In una prospettiva teorica, esso è, come visto, rappresentato dalle problematiche riconnesse al farsi strada di una nuova concezione della razionalità⁹³ del diritto, individuabile in una più complessa configurazione tematica: quella della “ragionevolezza”.

Si è osservato, inoltre, come il sistema giuridico attuale si presenti come un sistema aperto. Non solo per il carattere indeterminato delle disposizioni sui diritti fondamentali (i principi), ma soprattutto per il pluralismo dei valori, interessi e bisogni che fa da sfondo agli ordinamenti giuridici contemporanei.

Materiale normativo e modello storico materiale che il metodo concettuale e interpretativo di matrice giuspositivista non riesce più a descrivere⁹⁴.

⁹² Utilizzo questa espressione mutuandola da un lavoro di BALLARINI, A. *L’Ordine giuridico moderno – Interpretazione della Dottrina pura del diritto di Kelsen*, Giappichelli MultiVersum, 2000, per significare, progredendo sul piano temporale, come l’immagine della “modernità”, possa anche declinarsi in una prospettiva di “contemporaneità”, stante il particolare punto di vista che la presente analisi si propone di esaminare.

⁹³ Non si tratta più della razionalità che vede il diritto (naturale) come prodotto della nostra ragione, oppure da una definizione astratta della natura umana, tipica visione del razionalismo e dell’idealismo moderni; né tanto meno la concezione classica che vede il diritto quale prodotto dell’osservazione della natura nel suo insieme, di una natura cosmica e cioè del mondo esteriore organizzato naturalmente. Cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano, 1986, in particolare, p. 343e ss..

⁹⁴ Secondo BALLARINI, A., *L’originalità storica del totalitarismo. Il diritto tra individuo e essere collettivo dominato*, in corso di pubblicazione, “Le istituzioni e le società europee postbelliche hanno

Con l'incorporazione di valori e principi di sapore morale, le costituzioni rigide del Dopoguerra incarnano una vocazione direttiva che le grava di una funzione di "cuspidè" dell'ordinamento. In esse vi si scorge l'ambizione (se non proprio il compito) di ispirarne il suo complessivo contenuto materiale, in modo che il diritto infracostituzionale non possa mai contraddire i contenuti che recano le fonti superiori (possedendo anzi il dovere di svilupparli). L'instaurazione di tecniche e di organi destinati a vegliare sull'effettivo compimento della Costituzione (tra i quali spicca, su tutti, la Corte costituzionale) ne è l'immediata conseguenza.

Il tema della ragionevolezza come dinamica gnoseologica e chiave di lettura nell'attuazione pratica dei sistemi giuridici contemporanei, può rappresentare una interessante prospettiva di indagine per esaminare, con atteggiamento critico, la tenuta e la piena acquisizione dei "fondamentali" sui quali detti documenti normativi convergono, nonché sull'eredità che gli è necessariamente derivata dal modello positivista.

Sullo sfondo, rimane il problema inerente alla giustificazione del diritto e con esso quello di determinare quale deve essere il suo fondamento ultimo. Qui si pone la classica dicotomia tra un relativismo (difficilmente assoluto, ai tempi attuali) che accetta come diritto valido qualsiasi sia il prodotto normativo sorto dalla volontà del potere legislativo, e le tesi che ricorrono e guardano al contenuto "materiale" della norma per determinarne la validità. Appunto respingendola se contraddice le nozioni di giustizia fatte generalmente coincidere con il rispetto della dignità umana garantito dai diritti fondamentali⁹⁵.

messo in moto revisioni che sono giunte alle fondamenta del loro stesso ordine giuridico. Lo Stato di diritto, le teorie giuspositivistiche che lo sostenevano, insieme al tradizionale sistema di valori nel quale la società confidava, si sono dimostrati inadeguati alla prova dell'imporsi storico del totalitarismo." Ne è discesa una trasformazione della struttura stessa dello Stato costituzionale. Essa ha introdotto principi fondamentali con forza di legge superiore nelle costituzioni ed ha assegnato a una magistratura, quella costituzionale, il sindacato di costituzionalità. Il risultato evidente è stato il venir meno della supremazia del legislatore, costitutiva del modello giuspositivistico, insieme a una svolta, potremmo dire storica, quanto alla questione dei valori, ora reintrodotti nel campo del giuridico per essere elevati a principi limite e fondativi." Revisioni, queste, che hanno comportato dei profondi mutamenti nella teoria del diritto, imponendo il riordino dei paradigmi concettuali che sovrintendono alla conoscenza del diritto e, contemporaneamente, ne guidano la pratica". Le revisioni attraverso le quali il mondo del diritto europeo continentale ha rivisto se stesso fin dalle proprie fondamenta".

⁹⁵ Autori come Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Ferrajoli rappresentano una delle espressioni più significative del neocostituzionalismo e attua la ripresa di tendenze antipositivistiche accanto a teorie giuspositivisticamente orientate. Un tratto comune del loro pensiero può scorgersi nel tentativo delle teorie da loro avanzate di mostrare la "doppia natura" del diritto contemporaneo. Fenomeno che tiene in sé una dimensione ideale (quella della correttezza argomentativa che mostra l'ispirazione

Ne *Il diritto mite*⁹⁶ Gustavo Zagrebelsky afferma che nella fondazione (dopo la Seconda Guerra Mondiale) di un nuovo ordine basato sui diritti politici democratici, era avvertito come indispensabile un ancoraggio a qualcosa di obiettivo, di più forte delle ragioni e delle volontà politiche che si sarebbero via via affermate nella successione del tempo.

Il diritto doveva recuperare qualcosa di indiscutibile che potesse essere posto come punto d'attacco iniziale, "naturale" e non controverso, di qualunque ordine sociale e politico, e dal quale non fosse per nessuno possibile distaccarsi.

La soluzione al problema fu la costituzionalizzazione dei diritti.

Si tratta però di una soluzione che si distacca sia dalla tradizione statalista dello Stato di diritto ottocentesco, sia dalle diverse tradizioni che vanno sotto il nome del giusnaturalismo⁹⁷, pur presentando allo stesso tempo, aspetti che richiamano l'una e le altre.

Si comprende allora come sia cruciale l'indagine della relazione che corre tra il diritto e la ricerca del suo fondamento (assumendo, sin da subito come dubbia, la possibilità di individuare quale esso sia), in quanto detta relazione costituisce un aspetto che influenza qualsiasi tentativo di ricerca sull'atteggiarsi del fenomeno giuridico nel mondo contemporaneo.

Ciò si impone anche perché nell'ordine giuridico al quale apparteniamo – fondato sull'oltrepassamento del metafisico e di qualsiasi assoluto – sembrano permanere alcune strutture concettuali o categoriali che mostrano ancora un forte legame con il passato.

giusnaturalistica di fondo di ogni livello di produzione giuridica) e una reale (che mostra l'urgenza di una struttura fattuale, fenomenica, del diritto).

⁹⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 88-89

⁹⁷ L'ambizione di enucleare una nozione di giusnaturalismo in queste pagine non può essere soddisfatta. È impossibile infatti fornire una formula per un concetto tanto complesso. Ciò, peraltro, non ci impedisce di rilevare come si tratti di una nozione polisemica e dotata di una ricchezza semantica che sarebbe qui impossibile ricostruire. Se può dirsi che con l'espressione "diritto naturale" si descrive l'esistenza e la conoscibilità di norme di condotta destinate a regolare i rapporti fra gli individui la cui fonte è da ravvisare nella natura, bisogna tuttavia interrogarsi sul senso da attribuire a tale espressione. Tanto che M. Villey, nel suo *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaka book, Milano, 1986, p. 375 s'interrogava "Di quale natura si parla quando si tratta del diritto naturale?". Un orientamento consolidato vede nelle dottrine classiche la prevalenza del riferimento alla natura nel suo insieme, una natura cosmica, cioè del mondo esteriore organizzato naturalmente; l'immenso territorio medievale, altrettanto tradizionalmente può apparire caratterizzato nelle sue estreme propaggini dall'idea di un diritto naturale di non mediata derivazione divina; l'età moderna, infine, tende a identificare la natura prevalentemente come natura dell'uomo, a carattere razionale. Cfr. la voce di G. M. LABRIOLA, *Giusnaturalismo*, in U. POMARICI (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 261-262.

Il diritto naturale e le sue strutture rappresentano, infatti, una costante quasi ininterrotta nella storia del pensiero giuridico rintracciabile, da ultimo, proprio nel pensiero degli autori riconducibili alla c.d. dottrina del neocostituzionalismo⁹⁸, con detto termine volendo introdurre un fenomeno dottrinale che acquista uno spazio essenziale nella presente ricerca ma che, sul piano definitorio, è certamente insuscettibile di contenere e descrivere l'assai più complesso fenomeno che caratterizza le teorizzazioni sul nuovo ordine costituzionale contemporaneo.

Tanta continuità porta con sé un interrogativo ineludibile su cosa muova "l'eterno ritorno" del diritto naturale, a cui una risposta più approssimativa e meno precisa può, per il momento, ricollegarsi al persistente bisogno di *legittimazione* del discorso giuridico, al di fuori e al di sopra del diritto positivo.

⁹⁸ La maternità del termine "neocostituzionalismo" è di solito attribuita a POZZOLO, S., *Neoconstitucionalismo y especificidad de la intrerpretación constitucional*, in *Doxa*, 21, II, 1998, 339 ss.; POZZOLO, S. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, il Mulino, 2008, 2, 405 ss. Sulla diffusione del termine "neocostituzionalismo" si veda anche BONGIOVANNI, G., *Neocostituzionalismo*, in *Enc. Dir.*, Annali III, 2011. Si tratta di un movimento di pensiero accomunato da alcune tesi chiave facilmente riconoscibili, almeno nei loro tratti generali, ma che appare a dir poco eterogeneo, poco analitico, spesso declamatorio, talvolta caratterizzato più da tesi "in negativo" (in particolare, il rifiuto del positivismo giuridico) che "in positivo". Il termine "neocostituzionalismo" viene usato per definire una pluralità di questioni che riguardano: a) una forma di Stato (lo Stato costituzionale di diritto) nel suo particolare modo di strutturarsi caratterizzato dalla presenza di una costituzione lunga (che contiene un elenco di principi etico-politici, di diritti fondamentali di solito provenienti dal giusnaturalismo illuministico, dalla tradizione etico-politica liberale, ma anche da ideali socialdemocratici), rigida (non modificabile da parte della legge ordinaria) e garantita (dalla presenza di qualche istituzione giudiziaria o paragiudiziaria che ha il potere di annullare gli atti legislativi incostituzionali); b) una cultura giuridica, che si esplica in un insieme di pratiche e di atteggiamenti interpretativi e argomentativi adottati dai giuristi e dalle Corti (ad esempio: l'interpretazione adeguatrice, l'applicazione diretta della costituzione, l'effetto di irradiazione, la sovra- o iper-interpretazione della costituzione, ecc.), specialmente nel contesto di ordinamenti giuridici aventi le caratteristiche sinteticamente menzionate sub a); pratiche e atteggiamenti interpretativi che presuppongono evidentemente l'assunzione della costituzione come documento giuridico propriamente normativo e precettivo, e che hanno come obiettivo la maggior penetrazione possibile della costituzione in tutti i settori dell'ordinamento giuridico. Si tratta dunque di una particolare conformazione (non dell'ordinamento, ma) della cultura giuridica, caratterizzata dall'assunzione di una particolare ideologia delle fonti del diritto (la supremazia strutturale, materiale, e assiologica della costituzione rispetto alle altre fonti del diritto); c) una teoria del diritto, cioè un insieme di tesi aventi carattere esplicativo e ricostruttivo nei confronti di una specifica esperienza giuridica, storicamente determinata. Si tratta di tesi che riguardano ad esempio il ruolo dei principi nell'argomentazione giuridica; il concetto di ponderazione; la presenza di elementi morali nell'interpretazione e argomentazione giuridica; la ricostruzione del sistema delle fonti in un ordinamento costituzionalizzato; la teoria della norma e della validità; d) una filosofia del diritto, o meglio un insieme di tesi filosofico-giuridiche, sulla natura del diritto, sulla qualificazione del diritto come una "pratica sociale" in cui è centrale la dimensione interpretativa e argomentativa; un atteggiamento ideologico e assiologico di approvazione e adesione morale ad un diritto che abbia certe caratteristiche (quelle indicate sub a)). Tale ricostruzione è offerta da PINO, G., *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 56, 1, 2011, pp. 965-997.

È vero che neocostituzionalismo e giuspositivismo, seppure come “paradigmi contrapposti”,⁹⁹ presuppongono entrambi il superamento delle antinomie insanabili, degli assoluti, del metafisico.

Ma, a ben vedere, pensare che queste Scuole abbiano pienamente assimilato tale acquisizione, e che tale pretesa abbia nella realtà trovato una piena realizzazione, sembra presentarsi come qualcosa di dato, per così dire, eccessivamente per scontato.

Il pericolo di ricadere nell’assoluto e nelle essenze del metafisico è sempre presente e la trasformazione concettuale del diritto contemporaneo, fin dentro le sue strutture, non è affatto completa.

Infatti, la realtà storico materiale ha imposto la trasformazione dello stesso positivismo giuridico, il cui metodo aveva influenzato generazioni di giuristi.

E ciò non impedisce di avvederci come, dal lato teorico-generale, è ormai inconcepibile la riduzione del diritto alla legge; e così, dal lato istituzionale il legislatore viene privato del monopolio (giuspositivistico) della statuizione e della discrezionalità sulla disciplina dei diritti fondamentali.

Il distacco dal giusnaturalismo e dagli schemi concettuali che esso ha perpetrato non è dunque compiuto, essendo essi sempre in agguato nell’impiego e nell’applicazione dei valori che, seppure costituzionalizzati (quindi positivizzati nel più alto documento normativo), sembrano ancora ricercare, in ultima istanza, il loro fondamento nel “metafisico”, e non nel mondo positivo, fenomenico.

A fronte di ciò, occorre domandarsi come il principio di ragionevolezza si inserisca nella ridefinizione concettuale che questo passaggio richiede.

Il neocostituzionalismo ha compreso il permanere di una tendenza metafisica e ha cercato di correggerla, ad esempio ragionando sul concetto di costituzionalizzazione/positivizzazione dei principi e sulla previsione di una giurisdizione di controllo, quella costituzionale, sulla conformità delle leggi sotto ordinate, definendone i limiti e le dinamiche operative.

Per avere senso, e per essere coerente con l’acquisita idea della necessità dell’oltrepassamento della morale (e dell’oggettivismo etico che essa porta con sé),

⁹⁹ RICCOBONO, F., *Giuspositivismo e neocostituzionalismo: due paradigmi contrapposti*, in AA.VV. *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, Torino 2015.

va tuttavia riscontrato che lo stesso concetto di ragione (o ragionevolezza) deve essere attualizzato e sottoposto al *test* che gli richiede di essere inteso in senso storico-materiale, coerente con “la formazione del pensiero giuridico moderno”¹⁰⁰; e di configurarsi quale concetto che rifiuti ogni identificazione con l’Assoluto, con il Vero, con il Giusto, con i trascendenti intesi con l’iniziale maiuscola.

In questo Capitolo ci si interrogherà, dunque, su quale senso abbia e su cosa si giustifichi la necessità di fissare nel concetto di ragionevolezza, quale perno del sindacato di costituzionalità delle leggi e con esso dell’atteggiarsi dell’Ordine giuridico contemporaneo.

Tuttavia, entrare teoreticamente nel cuore del principio di ragionevolezza e indulgere in una ricerca sul merito del suo significato, sarebbe ambizione oltre che assai rischiosa, anche improduttiva.

Volendo, infatti, rimanere coerenti con un’impostazione puramente fenomenologica e votata al metodo formalistico, occorre riscontrare che nella realtà non c’è mai un carattere in essa talmente impresso da autorizzare una ricerca a perseguire il compito di portare alla luce ciò che di per sé, restando costante, la determina e la fa essere. E questo, del resto, sarebbe il punto di approdo di un pensiero postmetafisico.

L’impostazione deve essere piuttosto storico-filosofica: non ci pone il problema di cosa sia la *ratio* o la ragionevolezza, ma cosa questa rappresenti o come venga intesa dagli Autori considerati in questo lavoro, evidenziando il modo di affermarsi e di atteggiarsi di questo concetto.

Ci si preoccuperà di descrivere la realtà pratica oggetto dell’indagine, da un punto di vista fenomenico, senza l’ambizione di valutarla. Ma in un modo che sia funzionale ad indicare come è venuto affermandosi nelle dottrine esaminate e che ruolo svolge il principio di ragionevolezza; che cosa in esso ravvedano gli Autori del Neocostituzionalismo, tra i quali è pur sempre comune l’idea (di stampo non cognitivista) che il diritto non vive come puro diritto di ragione, ma esiste solo come diritto istituzionalmente posto; ciononostante non si nega che esso è intimamente vivificato da quella pretesa di correttezza (di stampo giusnaturalista) che è costitutiva di ogni momento del diritto, seppur positivo.

¹⁰⁰ M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit. p. 348

Si cercherà così di individuare quelle “perplexità” discendenti dalla accennata preoccupazione di una sottovalutazione del peso che le acquisizioni discendenti dall’abbandono del giusnaturalismo implicano nell’“Ordine giuridico contemporaneo”.

Individuando e mostrando la presenza di una carenza di unitarietà e di una certa “confusione concettuale” intorno al concetto di ragionevolezza si potrà argomentare infine sulle ragioni per le quali gli strumenti impiegati sembrano ancora troppo poco affilati.

Ciò che non è stato riconcettualizzato, in definitiva, sembra proprio quella ragionevolezza, quel perno su cui ruota tutta l’esigenza di rimodulazione teorica connaturata agli ordinamenti contemporanei, nei quali impera (o si pretende che imperi) una “giustizia” costituzionale.

Proprio la base su cui dovrebbe fondarsi questa riconcettualizzazione vede contrapposti gli Autori che la sostengono, esprimendo un fermento che rappresenta la premessa per l’utile proseguimento della ricerca.

Le risposte che da essi si traggono sono soddisfacenti o questo concetto non ha una sua dimensione “fenomenica” e come tale mal si attaglia alla condizione teorico concettuale del diritto moderno?

2. *Ratio* e ragionevolezza, due Essenze. La problematica necessità di abbandono del metafisico

Il concetto di ragionevolezza appare come quello maggiormente adeguato a muoversi e regolare un mondo storico-materiale, pratico, istituzionalmente individuato, lontano dagli assoluti qual è quello dell'Ordine giuridico contemporaneo. In una parola, una dimensione "fenomenica".

Ebbene, il concetto di razionalità – quella *ratio* cui ad esempio faceva riferimento Cicerone¹⁰¹ – è un concetto che nello sviluppo storico della teoria del diritto ha subito un significativo mutamento¹⁰².

Essendo venuto meno il nesso teoretico che la dottrina tradizionale aveva stabilito tra fondamento/verità/valori/fine/senso e della validità del diritto, quella *ratio* si trasforma e, non ha più il contenuto a cui un tempo si poteva fare riferimento.

Ci si deve allora interrogare se nel concetto di ragionevolezza e nella collocazione teorica che gli attribuiscono gli Autori del neocostituzionalismo non debba ancora scorgersi l'influsso di quel carattere metafisico fondamentale che ha tradotto per secoli la conoscenza del diritto in dottrina del diritto naturale¹⁰³.

Nell'epoca contemporanea, non è più ammissibile che una tale astrazione si legittimi e trovi significato mediante il rimando a una sorta di diritto divino, alla razionalità degli dei, alla giustizia assoluta della legge celeste, alla natura delle cose.

¹⁰¹ CICERONE, *La morale naturale (De Republica, 3, fr. 6)*, dove si legge che "In realtà vera legge è la corretta ragione in accordo con la natura, diffusa in tutti, costante, sempiterna, che eventualmente richiami al dovere ordinando, vietando allontanati dal delitto. E tuttavia non ordina o vieta invano agli onesti, e non smuove i disonesti ordinando o vietando. Per questa legge non è lecito essere abrogata, né si può derogare qualcosa da questa, né può essere interamente cassata, nemmeno possiamo essere liberati da questa legge per (decreto del) senato o del popolo, né bisogna cercare un Sesto Elio come commentatore o interprete, né ci sarà una legge a Roma, un'altra ad Atene, una ora, un'altra in futuro, ma una sola legge sempiterna e immutabile terrà a freno tutti i popoli in ogni tempo, e uno solo sarà dio comune, quasi un maestro o un comandante: quello l'inventore di questa legge, colui che l'ha meditata, emanata; e chi non gli obbedirà, si fuggerà da solo e, rinnegata a lui stesso la natura di uomo, espierà pene grandissime, anche se sarà sfuggito agli altri supplizi, che tali sono ritenuti (dagli uomini)". Sul punto cfr. anche VILLEY, M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano, 1986, pp. 369 e ss.

¹⁰² Per un'analisi dello sviluppo storico di tale concetto che ha il suo atto di nascita nell'Umanesimo giuridico quando comincia a crearsi un legame essenziale tra diritto e razionalismo e che realizza pienamente i suoi principi nelle codificazioni, giungendo sino alle forme contemporanee del sistema, si veda VILLEY, M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 341 e ss.

¹⁰³ KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, p. 61

Il giudice contemporaneo non può certamente accontentarsi di interpretare un fatto controverso e giungere a una soluzione per il tramite di un accertamento giustificato su un concetto (assoluto e cognitivista) di razionalità/ragionevolezza, appaltando o delegando a un'entità metafisica – sia essa il volere divino o la natura delle cose, o ancora la razionalità umana – la giustificazione della propria decisione.

L'Ordine giuridico moderno – promanazione dell'Umanesimo giuridico, età nella quale la *ratio* viene riconosciuta come fonte principale del diritto, dove quest'ultimo assume una forma sistematica e dove la base della scienza giuridica diventa il diritto soggettivo – ci ha imposto di guardare all'organizzazione giuridica avendo a mente il principio di una sovranità autonoma e non derivata, attuando questa organizzazione per il tramite di un'originaria e razionale struttura di esercizio del potere: quella dello Stato¹⁰⁴.

Nell'Ordine giuridico moderno è divenuto ormai insanabile (e irricucibile) il contrasto tra la pretesa di oggettività del diritto e ogni tentativo di ricerca del suo fondamento in una qualche forma di legittimazione esterna.

Si è visto, osservando il mutamento imposto alle categorie fondamentali dello Stato moderno con l'avvento di una forma di “giustizia” costituzionale – un sindacato sulla legittimità della legge alla luce della norma superiore – che le dottrine del Neocostituzionalismo hanno certamente operato una svolta di riconcettualizzazione.

Come si accennava, ciò sembra essere però avvenuto sulla base di impostazioni ermeneutiche che appaiono fondate su strutture teoriche ancora di stampo metafisico, che appaiono in qualche modo ancorate su Assoluti (lo stesso concetto di ragionevolezza, appunto, non riesce ad esimersi da questo sospetto) e che non sembrano attribuire il giusto peso al dato del risolutivo superamento delle categorie metafisiche (morale, valori ecc.).

¹⁰⁴ BALLARINI, A., *L'Ordine giuridico moderno* cit., p. 7. Tale nuovo Ordine ambisce al superamento di ogni arbitrio, avendo come direzione di garanzia la certezza del diritto ed escludendo, nel campo della validità, ogni implicazione di contenuto. Assume forme sempre più generali, astratte e prevedibili; afferma la generalità della norma, il principio di legalità, l'impersonalità del potere, la legittimità esclusivamente procedurale. In questa dimensione, la legge e la gerarchia delle fonti divengono assi portanti dell'oggettività del diritto e di ogni pratica giuridica.

Si tratta di strutture concettuali che paiono, in definitiva, non pienamente adeguate all'eredità dell'impostazione teorica necessaria per la lettura della realtà giuridica alla quale apparteniamo. Un motivo in più, questo, per consentirci di dire che più che di Ordine giuridico moderno si deve piuttosto parlare di Ordine giuridico "contemporaneo".

Valori, principi, giustizia costituzionale, diritti fondamentali, infatti, ci paiono talvolta descritti ancora come "essenze", risultando costruiti come materiali non facilmente individuabili nell'oggettiva positività dell'accadere, nella realtà del divenire. Perché nell'accadere, il fenomeno altro non dimostra se non la sua positiva oggettività.

Nell'adoperare i valori, e così nell'impiegare il parametro della ragionevolezza, gli operatori del diritto sembrano ancora attuare una tendenza all'utilizzo di un *passe-partout* per districarsi tra le maglie della struttura ordinamentale (che è però ormai improntata alla positività).

Ma la ragionevolezza non deve, né può, essere impiegata come soluzione sempre valida, da poter essere adottata per qualsiasi tipo di problema.

In queste interpretazioni sembra darsi per scontato che il concetto di ragionevolezza abbia un significato pacifico e acquisito.

Innumerevoli sono le pronunce con cui la Corte costituzionale italiana, ad esempio, vaglia la legittimità di una legge sulla base del parametro della ragionevolezza. I giudici, però, pur menzionando la maggior parte delle volte il termine ragionevolezza *expressis verbis*, rimangono assiomatici, ovvero utilizzano tale categoria concettuale senza definirla o specificarla.

Ma, come già evidenziato, il diritto moderno, sfociato nel costituzionalismo pluralista, presuppone e forse potenzia (o è chiamato a potenziare), in una prospettiva storicistica, l'abbandono definitivo della metafisica.

Volendo (*rectius*, dovendo) stare "al diritto che è", a prescindere da giudizi di valore su tale realtà giuridica, e riconoscendo nell'odierno sistema giuridico un retroterra teorico-concettuale di "diritto positivo", ci troviamo necessitati a rimanere fermi sul riconoscimento che "l'essere" ormai viene a mancare, e dietro l'apparire, dietro la forma, dietro l'accadere – con il quale l'essere coincide – non si dà alcun contenuto.

Governa il divenire¹⁰⁵.

La scienza giuridica del XIX e XX secolo è scienza moderna della positività e ha tagliato i ponti con la ricerca del diritto “quale dovrebbe essere”. Non è più dimostrabile l’esistenza di una “giustizia” valida per ogni luogo e per ogni tempo e qualsiasi discussione che pretenda di essere legata alla “verità” e al “fondamento” slitta nel campo (esterno al fenomeno giuridico) della valutazione valorativa e dell’ideologia, al metafisico (essere, senso, valori)¹⁰⁶.

La lettura del reale nell’Ordine giuridico moderno deve essere valutabile nei termini della pratica oggettività delle cose e della rigorosa aderenza ai fatti, come una concezione del mondo radicalmente realistica, per mezzo di un principio metodologico di conoscenza positiva della realtà dell’accadere, appuntato sull’ordine reale delle cose.

Occorre, del resto, assimilare l’eredità della lezione kelseniana e riconoscere che dietro la forma non si dà alcun contenuto, che l’essere manca e l’apparire è l’unica specie di essere. L’ammissione di Grozio secondo cui ormai tutto avviene come se Dio non ci fosse e non avesse cura per i fatti umani è ormai qualcosa di avvenuto e che la nostra civiltà giuridica ha definitivamente acquisito¹⁰⁷.

Nell’Ordine giuridico classico i concetti di “Essere”, “Dio”, “Verità” in quanto fonti primarie (a prescindere dalla consistenza ad essi riconosciuta nelle varie epoche) potevano imporre al diritto lo schema: fondamento, legittimità, obbligatorietà, validità¹⁰⁸.

La positiva concezione del mondo giuridico si è però sostituita alla concezione metafisica: finalmente si scopre che attraverso la creazione degli assoluti ci si

¹⁰⁵ BALLARINI, A., *L’Ordine giuridico moderno*, cit. p. 45

¹⁰⁶ GROZIO, *De jure belli ac pacis, Prolegomena XXX*, trad. it. *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, Bologna, 1961, p. 48.

¹⁰⁷ BALLARINI, A., *L’Ordine giuridico moderno*, cit. p. 10 dove emerge chiaramente, ancora, come nell’Ordine giuridico moderno si “reimposta la sintassi tradizionalmente adeguata alla lettura del reale”. E ciò avviene per mezzo di un processo di rappresentazione (bensì artificiale) dell’accadere, volto alla sempre maggiore ed esatta realizzazione oggettiva della “natura delle cose”. In tal modo il divenire acquista una propria oggettività e si emancipa dall’ideologia e dal legame con ogni fondamento di legittimazione metafisico. Non sono cose in sé, o “essenze” (la natura dell’uomo, la natura delle cose ecc.), non sono caratteri immodificabili e immanenti.

¹⁰⁸ A partire da questo schema, si poteva giustificare la ricerca costante della “Giustizia”: mai conclusa, né traducibile in nozioni oggettive e sicure. Ma il mondo classico non conosceva ciò che, invece, permea l’Ordine giuridico moderno: l’autonomia, in particolare del sistema delle fonti, quale cardine di una giuridicità postmetafisica, poggiando sulla conclusione che vi sia un ordine autonomo dell’accadere, non avendo più bisogno di ricorrere o riferirsi ad altro per legittimarsi. Si veda BALLARINI, A., *L’Ordine giuridico moderno*, cit. p. 24.

allontana dai fenomeni e in definitiva da ciò che caratterizza il mondo fisico del diritto.

L'ontologia è ormai superata; e con tale superamento si determina l'assenza di ogni fondamento, ritrovandolo in fondo sulla realtà. Allo schema metafisico del fondamento si è sostituita l'autonomia dell'accadere. Si è appreso che esclusivamente a questa autonomia, ai suoi caratteri e alle sue condizioni di possibilità, va ricondotta l'oggettiva validità del diritto¹⁰⁹.

Ma l'eliminazione degli assoluti inconciliabili e delle dicotomie concettuali tra le essenze può essere garantita soltanto se il diritto abbandona, sul piano della validità e dell'obbligatorietà, ogni implicazione di contenuto¹¹⁰.

In questo senso, gli autori del Neocostituzionalismo sembrano trascurare o sottovalutare il problema fondamentale dell'oltrepassamento dell'ancoraggio "metafisico".

Non sembra sufficientemente problematizzato questo evidente contrasto con il presupposto squisitamente metafisico su cui sembrano nel loro nucleo più interno fondarsi le teorie del Neocostituzionalismo che, con il continuo riferimento al tema della razionalità/ragionevolezza, finiscono quasi per determinare una reviviscenza della sua influenza.

Basti pensare al concetto di diritti fondamentali dell'individuo.

Se da un lato se ne assume il suo valore fenomenico, dall'altro si continua però ad "affibiare" all'individuo caratteri che sono il prodotto della metafisica (i diritti "fondamentali" appunto), spingendosi, in fin dei conti, a pretendere che all'accadere possa darsi un fine.

I diritti fondamentali costituiscono infatti, sia la positivizzazione dei diritti umani sia la possibilità di comporre in forma argomentativa e oggettiva (fenomeno) concezioni etiche e assiologiche ultimamente incommensurabili (metafisico).

¹⁰⁹ BALLARINI, A., *L'Ordine giuridico moderno*, cit. p. 30 che richiama H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubingen 1911, trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli, 1991, p. 3.

¹¹⁰ BALLARINI, A., *L'Ordine giuridico moderno*, cit. p. 19.

In una parola, i diritti fondamentali sintetizzano, nello Stato costituzionale democratico, la duplice natura del diritto, ideale e reale al contempo. E ciò non può non rappresentare un problema di centrale interesse.

3. I principi costituzionali come fulcro dell'ordinamento contemporaneo e la loro proiezione sulla realtà giuridica: supremazia della costituzione, discrezionalità del legislatore e ruolo del giudice

Si è detto che la “storicità” che deve caratterizzare un’analisi sull’esigenza di riconcettualizzazione discendente dai mutamenti legati all’avvento dello Stato costituzionale, e in particolare sul fenomeno della giustizia costituzionale, impone lo studio del concetto di ragionevolezza in una dimensione fenomenica.

E viene subito in evidenza uno dei tratti che maggiormente caratterizza questo cambiamento di paradigma: e cioè il particolare rilievo attribuito al momento applicativo del diritto e con esso al ruolo del giudice¹¹¹.

Il Neocostituzionalismo è una forma di costituzionalismo post-liberale che non si limita ad assegnare alle costituzioni rigide una funzione di mera limitazione del potere dello Stato. Loro precipuo obiettivo è, piuttosto, quello di rappresentare la tavola dei valori fondamentali della società, svolgendo una funzione di integrazione o di costituzionalizzazione dell’intera vita sociale.

È insostenibile, quindi, fondare la legittimità sulla pura legalità, intesa come razionalità moralmente disimpegnata (sia essa di derivazione divina, naturale o fondata sull’ordine delle cose). Le costituzioni novecentesche, fondate su una rinnovata e più consapevole legalità costituzionale, non esprimono delle geometrie museali, non delle mitologie insoddisfacenti, ma pienamente la storicità del diritto, permettendo finalmente l’armonizzazione tra società e ordine giuridico che nella modernità non era ancora stata conseguita¹¹².

Diviene impensabile, fermo questo presupposto fondamentale, che l’applicazione dei principi spetti soltanto al legislatore in forma di espressione sovrana di una volontà autoritativa. Cerniera preziosa, nella sempre maggiore e non facile coerenza tra valori costituzionali e comandi legislativi si pone oggi la

¹¹¹ Secondo ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 13 “la legge, intesa nella sua interpretazione giurisprudenziale è una dimensione del diritto che oggi si impone su qualsiasi considerazione, in quanto al diritto stesso è sempre più con maggior frequenza prodotto di impegni multilaterali tra posizioni politiche, ideologiche, sociali, e a volte intenzionalmente poco precise, nelle quali l’equilibrio effettivo tra i diversi aspetti dell’impegno rimane frequentemente nella decisione del giudice. Ed è sempre con maggiore frequenza il giudice, al posto del legislatore, colui che regola i conflitti sociali”.

¹¹² GROSSI, P., *L’invenzione del diritto*, cit. p. 38.

Corte costituzionale, istituzione di garanzia per il cittadino che trova in essa il presidio a difesa delle sue libertà fondamentali. Proprio per aver accolto nel suo seno una pluralità di valori che ha trasformato in principi di diritto, la gestione del diritto (*rectius* dei diritti) è ormai condivisa tra giudici e legislatore¹¹³. E ciò grazie a quell'organo respiratorio del nostro ordinamento giuridico che è la Corte costituzionale, organo precettore e stimolatore della carica espansiva della tutela costituzionale specie in tema di diritti fondamentali.

Nel costituzionalismo contemporaneo, dunque, le costituzioni assumono un ruolo peculiare. La norma fondamentale si compone della somma dei principi costituzionali dotati di carattere deontologico, non solo perché positivamente stabiliti, ma soprattutto perché assiologicamente fondati. Si riscopre la società in tutta la sua multiformità e vivacità e con tale riscoperta si fa strada una giuridicità non più rattrappita entro la corazza costringente della legalità, operandosi un massiccio recupero del diritto nella genuinità sociale delle sue espressioni oltre i filtri alteranti di una ideologia classista qual era quella borghese¹¹⁴.

In questa dimensione, la necessità di una ponderazione *ragionevole* tra i principi, rappresenta per l'interprete qualcosa di "pre-dato" e non ha a che fare con le pretese metodologiche di una particolare teoria¹¹⁵. Infatti, il testo costituzionale impregna ogni materia oggetto di regolazione legale. E la soluzione che tale regolazione legale offrirà, non potrà mai essere sconnessa da una valutazione

¹¹³ Secondo Massimo La Torre occorre riconoscere che "è passato il tempo di un giuspositivismo orgoglioso di poter fare a meno della riflessione filosofica, ripiegato com'era sul momento della decisione legislativa e sull'asetticità del sistema delle fonti. Così la teoria del diritto ha abbandonato la pretesa di vestire i panni neutrali della scienza pura ammettendo l'influenza, nell'argomentare giuridico, di implicazioni e responsabilità di politica del diritto, la quale per non risultare pura ideologia deve ricorrere agli strumenti e alle logiche della filosofia morale. Il dato comune di questo cambio di paradigma sta nella consapevolezza diffusa che il concetto di normatività forte, valori, principi, criteri morali o "politiche" non possano essere tenuti fuori dal recinto dell'esperienza giuridica, dal suo studio e dalla concettualizzazione di tale esperienza. LA TORRE, M. *Dopo Hart. Il dibattito giusfilosofico contemporaneo*, in AA.VV. *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino 2010.

¹¹⁴ Sono le parole di GROSSI, P., *Op. ult. cit.*, pag. 45

¹¹⁵ MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001, p. 276. L'Autore sostiene che "i principi rappresentano normalmente la traduzione di valori ritenuti fondamentali, all'interno di una determinata società organizzata giuridicamente, ovvero il punto di incontro tra valore materiale e il più alto grado di validità formale." (*Ivi.*, p. 278). Di conseguenza, la Costituzione attuale si caratterizza per basarsi su "valori condivisi" e sulla "progettualità" di un nuovo ordine giuridico che si imponga ex novo nello Stato e nella Società." (*Ivi.*, p. 485).

giudiziale che tenga conto della costituzione medesima e del suo contenuto assiologico.

Ne consegue ulteriormente, l'indispensabilità di associare la validità del diritto a qualcosa di più che a un semplice consenso, all'imposizione di una *voluntas* sovrana o all'aderenza di una certa validità razionale.

Occorre quindi qualcosa di più. Qualcosa che corrisponda appunto a un criterio di ragionevolezza¹¹⁶.

Volendoci soffermare brevemente sul metodo della ponderazione, va premesso che nelle costituzioni attuali “la pluralità di principi e l'assenza di una gerarchia formale tra loro fa sì che non possa esistere una scienza sulla loro articolazione, ma una prudenza sulla loro ponderazione”¹¹⁷.

D'altra parte, da una prospettiva meramente pratica, i principi si rivelano imprescindibili per l'efficacia e la corretta applicazione del diritto a ogni caso concreto, in un contesto ordinamentale dove le regole del “tutto o niente” dworkiniano hanno uno spazio decisamente residuale.

Sarebbe ormai impossibile, infatti, pretendere un ordinamento giuridico composto da un coacervo di leggi capaci di abbracciare ogni caso pratico che possa verificarsi nella realtà.

I principi consentono di riempire le inevitabili imprecisioni e i vuoti normativi di regole che evidentemente non sono capaci di prevedere tutti i casi particolari che avvengono nel reale. La loro flessibilità assicura, inoltre, l'evoluzione del diritto senza dover riformare la costituzione¹¹⁸.

¹¹⁶ Secondo ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, cit. p. 12, mentre le costituzioni flessibili, “suscettibili di essere modificate legislativamente” si consideravano “un punto di partenza e non di arrivo.”, il diritto costituzionale contemporaneo contiene “molteplici promesse”. “Non si tratta assolutamente di una rinuncia, come si potrebbe pensare se si avesse in mente un'idea meschina e povera del “giusto mezzo”, nel senso della *aurea mediocritas*. Si tratta, al contrario, di una maggiore pienezza di vita costituzionale. Una pienezza di vita che esige comportamenti moderati [diremmo *ragionevoli*]”. Il contenuto delle parentesi quadre è di chi scrive.

¹¹⁷ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, cit. 122 da cui si deduce che i principi, presi singolarmente non possono offrire ragioni definitive per prendere una posizione dinnanzi a un conflitto concreto. Proprio perché avranno sempre bisogno di norme concrete, vi sarà un giudice che – anche in base alla realtà fattuale che gli si sottopone – dovrà decidere fino a che punto può avvicinarsi agli ideali che questi contengono.

¹¹⁸ Secondo DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, ult. ed. 2010, le clausole costituzionali imprecise sono state elaborate così in modo deliberato dal legislatore, allo scopo di ottenere delle soluzioni adatte al caso concreto, moralmente giuste e conformi all'evoluzione della società (dove si legge di *standard* “vaghi” deliberatamente scelti da coloro che li avevano proposti e adottati al posto di regole più specifiche e precise che avrebbero potuto emanare, p. 201)

A ciò si aggiunge un'altra variabile, coincidente con la limitazione della libertà assoluta del legislatore nell'esercizio delle sue funzioni. Essa è, come abbiamo già visto, uno dei tratti più evidenti del Neocostituzionalismo.

A tal proposito, Robert Alexy definisce la dimensione ideale di questa discrezionalità mediante ciò che denomina "metafora della cornice". Secondo l'Autore "la cornice rappresenta ciò che è obbligatorio o vietato. Ciò che è libero definisce il margine d'azione del legislatore ossia, ciò che non è ordinato né proibito. Dunque, tutto ciò che è discrezionale definisce il margine d'azione del legislatore"¹¹⁹.

In questo modo, il legislatore ha un margine d'azione strutturale (definito dai limiti reali della costituzione), e un altro epistemico (condizionato dalla capacità del legislatore e dei tribunali di conoscere il contenuto della costituzione e identificare i suoi limiti).

Ma una costituzione impegnata con la sovranità popolare, e allo stesso tempo con la dignità del cittadino, deve essere ordine-cornice, ma allo stesso tempo concedere libertà di decisione al legislatore. Non può esimersi, ancora, dal fornire un ordine fondamentale: e ciò, in senso qualitativo, determinando cioè una serie di valori e obiettivi fondamentali che il legislatore deve rispettare e promuovere, concedendogli al di là di questa esigenza, un margine di libertà affinché prenda le proprie decisioni¹²⁰.

Ed ecco che l'esistenza di margini discrezionali del legislatore comporta il bisogno di un controllo razionale della produzione legislativa.

Questo porta alla constatazione che il potere che acquisisce l'organo competente per giudicare la costituzionalità delle norme rischia però di essere insostenibile; e ciò a maggior ragione, stante il fatto che la carenza di rappresentatività che

¹¹⁹ ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, ult. ed. 2012, p. 615 e ss., dove afferma che "il principio formale della competenza decisoria del Legislatore di per sé non ha la forza sufficiente per prevalere su un principio giusfondamentale materiale e farlo retrocedere". In definitiva, Alexy ammette che, nel diritto positivo, le idee astratte che rappresentano i principi costituzionali rimangono ristrette ad un ambito giuridico condizionato dalla struttura costituzionale e dalla giurisprudenza, e in tale ambito il peso del principio formale è un altro fattore che può arrivare a limitare nella pratica il massimo sviluppo di un diritto fondamentale, sacrificato in parte per mantenere la discrezionalità del legislatore. L'Autore specifica, poi, che "Tuttavia, questa spina è l'imprescindibile prezzo che gli ideali giusfondamentali devono pagare in cambio del trionfo, mai sufficientemente apprezzato, della loro istituzionalizzazione nel mondo".

¹²⁰ ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 616-617.

naturalmente lo connota fa sì che la sua concezione della giustizia o della dignità umana possa essere diversa da quella della maggioranza della popolazione, e così del potere legislativo che ha approvato la legge.

In tale prospettiva il lavoro creativo del giudice si deve giudicare in relazione alla giustizia e alla fedeltà verso il diritto delle soluzioni che offre nelle proprie sentenze.

Alle costituzioni attuali, dunque, è connaturato il fatto di limitare il potere del legislatore su certe materie (essenzialmente i diritti fondamentali e il procedimento democratico), ritenute basilari per la salvaguardia della libertà e della dignità dei cittadini.

Secondo l'impostazione di un altro Autore, Luigi Ferrajoli, alla radice di ogni tentativo di restringere la discrezionalità del legislatore si vuole, in fondo, salvaguardare la democrazia reale.

Se il principio di pura legalità si limita a esigere che l'esercizio del potere sia legittimato dalla legge, il principio che l'Autore definisce di "severa legalità" impone, a quella medesima legge, la conformità a determinati contenuti sostanziali, quale condizione di legittimità dell'esercizio di qualsiasi potere da essa istituito¹²¹.

Proprio perché il potere legislativo, nell'esercizio della discrezionalità politica, deve tenere conto della costituzione, venendo così a ridursi in modo cospicuo il suo margine d'azione, ne segue un aumento dell'importanza del ruolo del giudice costituzionale, il quale esercita le sue competenze servendosi di tecniche che, indubbiamente, gli concedono un ambito di discrezionalità assai largo, nell'adottare le proprie decisioni.

Però, tale discrezionalità non consiste nel disporre di un potere di decisione e nel realizzare una scelta, ma nella possibilità di adottare una decisione legittima, ragionevole perché basata sui principi costituzionali.

Se sono rispettate le garanzie relative alla persona del giudice, e assicurando la qualità argomentativa delle sue decisioni, la discrezionalità giudiziale non può dirsi equivalente a una decisione arbitraria. Al contrario, la sua esistenza, in correlazione

¹²¹ FERRAJOLI, L. *Prefazione* a BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. XV, dove sostiene, parlando di "giuspositivismo costituzionale", che "L'identificazione del giuspositivismo come approccio al diritto «qual è» come il solo diritto di cui deve occuparsi il giudice è tuttora sostenibile [...] a condizione che si riconosca che il diritto «qual è» fa parte integrante anche il suo «dover essere giuridico» disegnato dalle costituzioni".

al cambiamento di funzioni operato da molti sistemi giuridici, è inscindibile dall'esigenza di maggiori quote di responsabilità da coloro che sono i titolari di un potere di decisione.

Ma fino a che punto, entro quali limiti, la giurisprudenza può influire sull'attuazione della Costituzione?

Questa è l'argomento sulla base del quale le visioni formaliste legaliste condannano il ruolo dell'argomentazione giudiziale (e in particolare dell'interpretazione del giudice costituzionale, basata più che nessun'altra sui generici principi della norma fondamentale). Ma questo è un tema strettamente legato proprio a quella ragionevolezza che nel prosieguo del presente lavoro cercheremo di lumeggiare.

Per il momento, vale rilevare che i difensori della meccanizzazione delle attività giudiziali e della sua riduzione alla letterarietà della legge per sopprimere qualsiasi segnale "creativo" del giudice, corrono il rischio di incatenare il diritto contro la sua natura e i suoi fini, trasformandolo in arbitrario, ingiusto e inutile.

A ben vedere, infatti, perfino Kelsen sembra riconoscere che quando il tribunale applica una norma giuridica preesistente occorre sia lasciata alla funzione protettrice del diritto che gli è attribuita un margine di spazio per la sua discrezionalità.

La norma generale, per l'Autore, è comunque una cornice all'interno della quale si deve produrre la norma giuridica individuale. Kelsen rifiuta la presenza di un'unica interpretazione corretta possibile poiché questa impostazione prospetta l'interpretazione come se l'organo di applicazione dovesse solo mettere in movimento il suo mero ragionamento e non anche la sua volontà¹²².

All'interno di questo margine di discrezionalità, dunque, il giudice può ricorrere a valori morali o a obiettivi sociali, che non discendono dal diritto posto; ma ciò è però accettabile, nella visione kelseniana, nella misura in cui è come se il diritto

¹²² Kelsen ammette che il tribunale possa agire anche emettendo sentenza senza appoggiarsi su nessuna norma giuridica regolatrice del caso concreto qualora si dia la mancanza di tale norma generale per una cosa ingiusta, inaccettabile, ossia, per una cosa non soddisfacente sempre che l'ordinamento lo autorizzi a farlo per mezzo di una norma di competenza (KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Piccola Biblioteca Einaudi, 1970 p.118. Kelsen ritiene che, nell'interpretazione, "La norma di grado superiore non può vincolare in tutti i sensi l'atto per mezzo del quale viene eseguita. Sempre deve rimanere un margine più o meno ampio di potere discrezionale in modo che la norma superiore, in rapporto all'atto di produzione o di esecuzione che la eseguisce, abbia sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere riempito per mezzo di questo atto".

positivo stesso aprisse al concorso di determinate norme metagiuridiche come la morale, la giustizia, ecc..

La domanda ritorna: si possono identificare oggettivamente questi criteri interpretativi in modo da garantire l'effettivo assoggettamento del giudice al diritto, evitandone l'arbitrarietà?

Nel modello costituzionale contemporaneo, insomma, diventa irrinunciabile la concessione di un certo margine di discrezionalità ai tribunali (specie se costituzionali), affinché si dia la possibilità di elaborare soluzioni giuridiche conformi ai principi costituzionali e coerenti allo "spirito" della legge.

Ciononostante, mentre affermiamo la nostra fiducia verso un giudice razionale e oggettivo, dobbiamo presentare in profondità i motivi che ci conducono a questa conclusione e le misure che possano servire per massimizzare le probabilità di indipendenza dei giudici costituzionali.

La realtà, nel suo accadere fattuale, è in definitiva, innegabile. Il fatto che i giudici in qualche misura creino, o quantomeno partecipino alla creazione del diritto, deve rappresentare uno stimolo affinché, con una critica realista del ragionamento giuridico, tale spazio di presunto arbitrio sia assoggettato a confini quanto più sicuri nella misura del possibile.

Da questa prospettiva, dopo una riflessione obbligata sul concetto di validità, dedicheremo attenzione alle coordinate e i limiti che impediscono la trasformazione della legittima discrezionalità giudiziale in arbitrarietà o perfino in prevaricazione, proprio sul modello della ragionevolezza.

4. Il problema della validità giuridica nell'Ordine giuridico contemporaneo

Secondo la celebre ricostruzione proposta da Norberto Bobbio, il problema della validità deve identificarsi con il problema dell'esistenza della regola in quanto tale, indipendentemente dal giudizio (di valore) se essa sia giusta o meno¹²³.

Mentre il problema della giustizia viene risolto con un giudizio valorativo, il problema della validità risponde, invece, a un giudizio di fatto, di tipo empirico-razionale, cioè a un mero accertamento¹²⁴.

La norma, infatti, è un prodotto della volontà umana e corrisponde a un evento storico che si compie secondo certe modalità. Una norma è, dunque, valida in ragione della sua appartenenza ad un sistema giuridico in forza.

Si tratta, quindi, di un'obbligatorietà formale, concetto che deve essere tenuto distinto da un'obbligatorietà intrinseca, attributo che è invece proprio di una norma morale.

L'impostazione è comune a quella di Kelsen¹²⁵, il quale identifica i concetti di validità ed esistenza della norma giuridica. E ciò in una prospettiva "formale", escludendo perciò la rilevanza di un qualsiasi contenuto valorativo, e misconoscendone così, in ultima istanza, il suo carattere pratico, legato cioè al fatto da regolare.

Nello stato costituzionale contemporaneo, però, si assiste a una radicale trasformazione della configurazione tradizionale del sistema giuridico.

Esso non può più coerentemente raffigurarsi come una catena normativa uniforme "à la Kelsen", ma al suo interno bisogna mantenere ben distinto un diritto di rango superiore (certamente identificabile anche attraverso le garanzie formali di

¹²³ BOBBIO, N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 24.

¹²⁴ BOBBIO, N., *Teoria generale del diritto*, cit., da cui si deduce, *passim*, che quest'accertamento si compie nell'individuazione del potere legittimo ad emanare la norma in questione, nella direzione della sua vigenza attuale e nella verifica della sua non incompatibilità con altre norme. Ci si trova di fronte così ad un concetto di validità della norma giuridica intesa come sua appartenenza ad un sistema giuridico normativo.

¹²⁵ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit. Nella Prefazione di Renato Treves, il concetto non poteva esprimersi meglio: "Le pretese dei giusnaturalismi di sostituire il diritto positivo col diritto naturale o di sostenere che il diritto positivo se è contrario al diritto naturale non è diritto derivano, secondo Kelsen, dalla confusione che essi fanno della validità *che è condizione di esistenza del diritto positivo*, con il valore che è il fondamento ideologico del diritto naturale, o meglio la subordinazione che essi fanno del primo di questi termini al secondo" P. 17 (i corsivi sono miei).

protezione proprie di una costituzione rigida, quali i sistemi di giustizia costituzionale), il quale detta il dover essere interno al diritto positivo.

Nell'irrompere delle costituzioni rigide, questi assunti devono quindi essere problematizzati: le caratteristiche che contraddistinguono questi documenti normativi, logicamente implicano un controllo sulla legislazione. Controllo connaturato al pluralismo ideologico (che a sua volta contraddistingue le costituzioni contemporanee) e che richiede di coniugare il principio ottocentesco espresso nel parlamentarismo e nella conseguente supremazia del legislatore, con la preminenza che sono venute ad assumere le costituzioni.

Di queste novità e del controllo che comportano (controllo che, a ben vedere, si traduce in un giudizio di validità normativa) è necessario tener conto nel descrivere ed analizzare la pratica attuale e il significato della validità giuridica.

Si deve, anzitutto, porre in discussione l'identificazione tra esistenza e validità di una norma. La nozione kelseniana di validità come esistenza o appartenenza di una norma all'ordinamento in forza della semplice conformità fattuale dell'atto normativo e alle norme procedurali sulla sua produzione, sottintende infatti un sistema di diritto positivo unidimensionale, basato sull'onnipotenza del legislatore e suggerisce un ruolo meramente ricognitivo della scienza giuridica.

Tuttavia, negli ordinamenti contemporanei, è innegabile l'esistenza di una pretesa di validità materiale che riguarda più propriamente la compatibilità del contenuto della norma con quelle di livello superiore nella gerarchia delle fonti.

L'indagine su queste dimensioni rende protagonista, su un piano eminentemente interpretativo il giudice, chiamato ad indagare, sotto una particolare prospettiva di controllo, il contenuto delle norme costituzionali e così anche delle altre norme dell'ordinamento.

Si tratta di un giudizio che non può limitarsi a un accertamento di fatto, relativo all'esistenza/inesistenza di un prodotto della volontà. È, piuttosto, un procedimento complesso che racchiude certamente verifiche di fatto, ma ad essi si accompagnano valutazioni interpretative e tecniche argomentative.

È celebre la distinzione suggerita da Ferrajoli, il quale propone di porre su due piani distinti una norma formalmente esistente (denominandola "norma in vigore")

e una norma conforme al contenuto dei valori positivizzati dall'ordinamento (norma valida)¹²⁶.

Ciò che contraddistingue lo Stato costituzionale dagli altri sistemi giuridici positivi, secondo Ferrajoli, è che in esso sono codificate e disciplinate “anche le norme sulla produzione delle regole della lingua giuridica”: non solo le norme formali sulla produzione degli atti linguistici, ma anche le norme sostanziali sui significati o contenuti da essi legittimamente esprimibili¹²⁷.

La dottrina pura di Kelsen è dunque, secondo l'Autore, ancorata a una concezione semplificata della validità delle norme, oscillante tra la sua identificazione con la loro esistenza e la sua riduzione alla loro efficacia, impedendo di teorizzare, con la figura del diritto illegittimo generata dal nuovo paradigma costituzionale, l'intero sistema di garanzie da questo implicato e imposto¹²⁸.

È, infatti, evidente che di fianco ai limiti formali/procedurali, insistono vincoli sostanziali involgenti il contenuto delle norme. La conformità sostanziale a questi valori decide della validità delle norme positive formalmente esistenti.

Non tengono, pertanto, le tesi c.d. “paleo-giuspositiviste” secondo le quali le costituzioni rigide non avrebbero modificato la struttura del diritto positivo propria dello stato legislativo, ma solo introdotto negli ordinamenti un ulteriore livello normativo, senza alterare né le nozioni di validità e di democrazia, né il ruolo della logica nella pratica giuridica, né il carattere puramente descrittivo della scienza del diritto.

¹²⁶L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma – Bari, 1989, p. 348-351. Le costituzioni prevedono gli uni e gli altri e contengono sia norme sul modo di produrre le norme, sia l'elenco dei valori fondamentali cui tutto il sistema giuridico deve ispirarsi o che, comunque, non deve contraddire. Questi valori guida positivizzati si possono considerare come il dover essere positivo immanente all'ordinamento giuridico stesso.

¹²⁷L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia, vol. I, Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 847. Le Costituzioni contemporanee non possono più essere considerate come una norma precipuamente “procedurale”, quale semplice strumento di organizzazione delle competenze, incapace di porre vincoli sostanziali al potere legislativo. Esse contengono diritti fondamentali quali assi pregnanti e prevede un controllo di costituzionalità delle leggi che risulta di fatto e in via di principi esteso ad ogni giudice. Questo infatti può sollevare un'eccezione d'incostituzionalità dinanzi all'applicazione di qualunque disposizione – eccezione che è a questo punto già l'inizio di un certo accertamento di costituzionalità (escludendone la manifesta infondatezza). Il controllo di costituzionalità risulterebbe così non specializzato ma “diffuso”. Cfr. LA TORRE, *Dopo Hart*. cit. p. 345 e ss.

¹²⁸L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari 2016, p. VII.

È dimostrata, invece, l'evidente discrasia che corre tra validità formale (vigore, apparenza/esistenza della norma) e validità materiale (da intendersi, propriamente, come rispondenza di essa al dover essere interno all'ordinamento giuridico) e l'impossibilità di limitarne il giudizio a un mero apprezzamento fenomenico.

L'esistenza della norma come fatto sociale non basta – nella visione di Ferrajoli – ad attribuirgli validità. È necessario, a tal fine, discendere in un giudizio che implichi una valutazione di normatività e di dover essere. Una norma esiste e vale in modo ben diverso da come esiste un fatto¹²⁹.

Da ciò si può dedurre che stante l'insufficienza di un accertamento di esistenza fattuale della norma, è imprescindibile indagare il suo contenuto, il momento interpretativo/argomentativo diviene dunque centrale¹³⁰.

Le corti costituzionali si fanno carico di questo ruolo e ciò legittima la loro funzione e ci fa comprendere la natura antimaggioritaria che in se stesse serbano¹³¹. Come ricorda Zagrebelsky¹³², la giustizia costituzionale ha il ruolo di proteggere la repubblica, e per questo “limita la democrazia [...], non fa parte della democrazia, ma *serve* la democrazia”.

Il controllo giurisdizionale sulla legittimità costituzionale delle leggi, date tali premesse, si giustifica ulteriormente in considerazione di ciò. Che questo non interferisce affatto nella sfera legittima della legislazione, cioè nelle competenze del potere politico, né tanto meno compromette la separazione dei poteri.

Censurando l'invalidità delle leggi, esso interviene nella sfera *illegittima* del potere politico, e rappresenta perciò la principale garanzia del corretto esercizio del

¹²⁹L. FERRAJOLI, secondo il quale il diritto contemporaneo guardato come sistema di garanzie, non programma soltanto le sue forme di produzione attraverso norme procedurali sulla formazione delle leggi o di altri provvedimenti. Programma altresì i suoi contenuti sostanziali, vincolandosi normativamente ai principi e ai valori iscritti nelle sue costituzioni mediante tecniche di garanzia che è compito e responsabilità della cultura giuridica elaborare (Ferrajoli, *Il diritto come sistema di garanzie*, in *Ragion Pratica*, 1, 1993, 1, p. 147.)

¹³⁰F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 76 e ss.

¹³¹J. LUTHER, *Giustizia costituzionale*, in U. POMARICI, *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, 2007, p. 298-299 dove nell'affrontare il tema del c.d. *Countermajoritarian Dilemma*, l'Autore lo riconduce al fatto che un giudice anche non eletto democraticamente dal popolo e in ogni caso non responsabile nei suoi confronti deve invalidare scelte imputabili ad una maggioranza democratica, così resistendo in nome del popolo a scelte anche avallate da forti sentimenti del popolo. Per risolvere questo dilemma molti deducono una legittimazione democratica della Corte da quella stessa Costituzione, celebrando la quasi sacralità delle scritture o la volontà del popolo costituente rivoluzionario, considerata maggiormente legittimante di quella alla base della legge giudicata.

¹³²G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, p. 121.

potere legislativo e conseguentemente della dimensione sostanziale della validità del diritto¹³³.

La questione della validità si pone, dunque, anche nella prospettiva del “controllo” dell’interpretazione di una disposizione giuridica vigente, compiuto attraverso giudizi di valore volti ad accertare la rispondenza della disposizione medesima ai principi discendenti dalle norme superiori di un determinato sistema giuridico.

Ne deriva che la pretesa della norma di essere ragione giustificativa delle azioni non si fonda semplicemente sul giudizio del suo valore estrinseco, bensì anche e soprattutto sul giudizio di valore intrinseco, che è dato dalla corrispondenza del suo contenuto ai valori fondamentali del determinato sistema giuridico di appartenenza.

Validità e giustizia si avvicinano perché la validità giuridica non è confinata alla mera apparenza, ma allo stesso tempo il dover essere giuridico non s’identifica con un’arbitraria e non legittimabile valutazione di dover essere morale¹³⁴.

In tal modo l’esercizio del principio di autorità – vincolato al rispetto di valori fondamentali preventivamente stabiliti – è soggetto a limiti e sottoposto a un controllo parametrato sull’interpretazione dei testi e delle pratiche che esprimono gli orientamenti valorativi del sistema di riferimento.

E ciò, chiarisce ancor di più le ragioni per cui, in un tale sistema, il ruolo dei giudici assuma una rilevanza particolare rispetto a quello dei legislatori. Pur appartenendo i primi a un’istituzione strutturalmente ambigua perché fonde due istanze tradizionalmente inconciliabili come quella della verità e quella dell’autorità.

Con ciò, si vuole però sottolineare che l’inevitabile discrezionalità interpretativa che si manifesta nelle scelte argomentative del giudice non autorizza lo scetticismo interpretativo più di quanto l’ovvio carattere relativo e approssimativo di

¹³³L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, cit. p. 223.

¹³⁴Ferrajoli riconosce in effetti che la Costituzione si mostri in un duplice significato: è al contempo una teoria politica e una filosofia morale. Ciò non gli impedisce tuttavia di evidenziare che i contenuti sostanziali della dimensione normativa introdotta dallo Stato costituzionale derivano comunque dalla struttura formale delle disposizioni positive e delle posizioni normative che queste sanciscono. Per Ferrajoli, ad esempio, un diritto non è fondamentale in quanto protegge valori o beni fondamentali, ma in virtù della maniera di prevederlo o di concederlo. Sono dunque fondamentali quei “diritti soggettivi che le norme di un dato ordinamento giuridico attribuiscono universalmente a tutti o in quanto persone o in quanto cittadini e/o in quanto persone capaci di agire”. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma Bari 2001, p. 282.

qualunque verità empirica; così l'inevitabile sussistenza di momenti decisionali nella sua accettazione non autorizza lo scetticismo interpretativo¹³⁵.

L'istituzione di un "custode della costituzione" descrive chiaramente il paradosso del sistema giuridico espresso nello stato costituzionale. In esso si registra la coesistenza di due notazioni opposte tra loro: da una parte quella che registra la pretesa, insita in ogni ordinamento giuridico, di un diritto contenutisticamente giustificato, e dall'altra quella che lamenta, e vuole mantenere viva, l'irriducibile distanza strutturale tra diritto e giustizia.

Sulla scorta di tale coesistenza è allora chiaro il compito dei giudici delle leggi. Esso corrisponde non tanto nella capacità di introdurre – attraverso questi giudizi di valore – nuovi fondamenti all'agire – quanto di indicare, descrivendole, quali sono le ragioni giuridiche dell'azione costituite e riconosciute alla luce dell'assetto regolativo dato, che connota un determinato ordinamento giuridico positivo.

Se l'ordinamento si apre ai valori fino a positivizzarli in una norma superiore, l'attività ermeneutica, di cui principale attore è la Corte costituzionale, costituisce l'unica risorsa del sistema capace di amministrare la dialettica tra giusta esigenza della chiusura (della distinzione tra ciò che è diritto e ciò che è esterno ad esso) e quello della trasformazione verso un sempre migliore diritto.

Ma quanto più ampia è la complessità di un tale giudizio, altrettanto maggiore sarà la sua incertezza. È anche per tali ragioni che gli ordinamenti contemporanei decidono di demandare ad un organo apposito il giudizio di legittimità, in grado di assicurare la difesa dei diritti fondamentali e la certezza del diritto nelle condizioni attuali di civiltà giuridica.

¹³⁵ FERRAJOLI, L., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, cit., dove l'Autore osserva che il giudice, non "constata", non "trova", né "scopre", né "registra" il significato di un dato enunciato normativo ma neppure lo "crea" lo "produce" o lo "inventa". Semplicemente lo argomenta come più plausibile o fondato di altri, sia pure astrattamente possibili., cfr. p. 157.

5. La ragionevolezza come logica dei valori nell'argomentazione costituzionale

Assunta la necessità di riparametrare il significato di validità negli ordinamenti giuridici dei nostri tempi, occorre ora procedere nell'indagine sulla particolare conformazione che assume il momento pratico, fattuale, del giudizio di validità alla luce dei parametri costituzionali.

Tale giudizio si caratterizza quale risultato di un *reasoning* giuridico attraverso il quale la *ratio* della regola in vigore è scrutinata alla luce dei principi costituzionali e in considerazione della dimensione fenomenica nella quale si cala.

Non ci si può limitare a considerare tale procedimento come una pura attività interpretativa, di natura logico-deduttiva, o puramente razionale: esso, non rare volte, oltrepassa questa frontiera, inoltrandosi nel territorio dei criteri di giustizia, per quanto positivizzati, e finisce inevitabilmente per sostanzarsi in una sorta di invasione delle competenze del legislatore e delle sue scelte politiche tutelate dal principio democratico.

In questo senso, il concetto di ragionevolezza – che riveste una posizione importante nell'ambito della filosofia contemporanea (nella teoria dell'argomentazione, nella retorica, nell'ermeneutica, nella filosofia politica) – è immagine ricorrente anche nel dibattito sul pluralismo dei valori, sui diritti delle minoranze, sulla giustificazione delle decisioni pubbliche, sulla cosiddetta “democrazia deliberativa” e sul rapporto tra democrazia e valori¹³⁶.

La “ragionevolezza” è una razionalità orientata assiologicamente, ossia guidata da valori consapevolmente assunti come imperativi, trascendenti la mera individualità di un singolo o di una comunità e quindi, sentite come necessariamente intersoggettivi, non più strumentali.

Questa razionalità, nella prospettiva del costituzionalismo, afferisce e trova il suo perfezionamento nei valori costituzionali. Questi ultimi, infatti, non possono considerarsi semplicemente valori relativi, storicamente dati o addirittura

¹³⁶Nell'opera “Il custode della ragionevolezza”, Andrea Morrone sostiene che l'indipendenza e il carattere tecnico delle corti costituzionali consentono di attribuire a tali organi “la titolarità di una funzione di garanzia costituzionale intesa come forma di «neutralizzazione» della *vis polemica* insita nei processi politici di relativizzazione dei valori”, assoggettando così gli accordi politici ai valori costituzionali. Cfr. MORRONE, A. *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001 p. 508.

potenzialmente tirannici, ma sono frutto di elaborazione condivisa e consapevole dei componenti di una società che, per mezzo di essi, vuole orientare il divenire del processo storico¹³⁷ e, così, hanno una vocazione di obiettività. Ossia, il concetto di *ratio* che ogni norma giuridica deve seguire, è, dalla prospettiva della “ragionevolezza”, l’esigenza che la legge trovi forza legittimamente nei valori fondamentali tradotti nei principi della costituzione. In sintesi, la “ragionevolezza” è una proiezione della razionalità verso il conseguimento dei valori costituzionali che devono ispirare ogni norma inferiore¹³⁸.

L’interpretazione del giudice costituzionale non ha solo una funzione “ricognitiva di pensiero, ma ha la funzione di sviluppare direttive per l’azione pratica o per un’opzione: il precetto – mediante un processo direttamente proporzionale al grado di astrattezza-lontananza dalla concreta situazione di fatto – deve essere rielaborato, rinnovato, adattato e adeguato alla vita e alla natura dei rapporti su cui impatta.

Senza dubbio, questo lavoro concede un potere enorme alla Corte, ma decisamente condizionato, in quanto al suo esercizio sovrintendono i precetti costituzionali e la logica concreta dei fatti che le si prospettano. Quindi, il tasso di discrezionalità del sindacato di ragionevolezza è fortemente contenuto dalla complessità dell’oggetto (testi e contesto) e delle valutazioni ad esso inerenti, poiché, il giudizio di ragionevolezza non è altro che un giudizio che media tra testi e contesto, come giudizio di valore finalizzato ad una scelta normativa adeguata alla realtà sociale¹³⁹.

In tal modo, “il giudizio di ragionevolezza” ha una giustificazione interna che consiste in un aggancio forte al testo della costituzione. Ma ne ha anche una esterna data dalla coerenza della motivazione nel seguire «procedimenti argomentativi standardizzati».

Nonostante questo, la logica del “giudizio di ragionevolezza” è la logica del verosimile e non del “vero” assoluto. Non si può affermare che la Corte troverà sempre l’“unica risposta corretta” (sempre che essa esista), ma senza dubbio essa

¹³⁷ MORRONE, A., *Op. ult. cit.*, p. 464

¹³⁸ MORRONE, A., *Op. ult. cit.*, p. 465

¹³⁹ MORRONE, A., *Op. ult. cit.*, p. 428-431

ha il dovere indispensabile di giustificare le proprie decisioni con un'argomentazione rigorosa e completa, che induca al rispetto e all'osservanza perfino coloro che non le condividono.

Dall'altro lato, non è vero che la Corte annulla la discrezionalità del legislatore con le sue decisioni. Il legislatore ha un margine di discrezionalità delimitato dall'irrazionalità della decisione, che in nessun modo restringe le proprie opzioni a una o a poche. Le costituzioni attuali, nella loro diversità e nel loro pluralismo, ammettono numerose linee di azione politica, sempre che queste non attendano all'essenza dei loro valori. Di conseguenza, la Corte rispetta l'ampio arbitrio del legislatore, limitandosi a perseguire la sua arbitrarietà.

Dunque, l'acquisizione del concetto di ragionevolezza, implicante quello di ragione – di cui si presenta come un ampliamento e nel contempo come un'attenuazione, in vista di un allargamento della riflessione verso questioni non comprese nella logica deduttiva – segna per la giurisprudenza un passaggio dai giudizi di mero fatto a giudizi di valore, tradizionalmente considerati come elementi caratterizzanti rispettivamente la ragione e la ragionevolezza¹⁴⁰.

L'incedere dell'impiego del canone della ragionevolezza ha, infatti, progressivamente determinato lo sviluppo di peculiari scrutini interpretativi: dalla pretesa di valutare la congruità della norma rispetto al suo fine; alla verifica degli eventuali effetti collaterali dello strumento normativo prescelto; dalla valutazione della sua economicità, all'accertamento della fondatezza empirica delle relazioni causali e dei fatti presupposti, alla ponderazione dei diritti in conflitto¹⁴¹.

¹⁴⁰ V. OMAGGIO, *Il diritto nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011 dove si sottolinea inoltre che vi è “un'aria di famiglia fra giustificazione teorica e giustificazione pratica, nel senso che se si accetta la prospettiva post-positivista, bisogna ammettere che anche nelle scienze empiriche [come il diritto] entrano in gioco procedimenti di giustificazione razionale non molto diversi da quelli utilizzati nell'ambito delle scienze pratiche”.

¹⁴¹ VIOLA, F. e ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 205 e ss.. Gli Autori sostengono che “questa ricerca conduce inevitabilmente a valutazioni non solo formali riguardanti la ragionevolezza della disciplina in quanto tale, come ampiamente dimostra la giurisprudenza della Corte costituzionale. Ecco allora che l'interprete è chiamato a valutazioni complesse riguardanti non solo la somiglianza o la differenza delle fattispecie, ma anche la corrispondenza o la proporzione tra fattispecie e disciplina giuridica, cioè l'adeguatezza di questa rispetto a quella. In quest'ottica la validità diventa sinonimo di ragionevolezza e questa a sua volta viene intesa come adattamento o adeguatezza della legislazione ordinaria allo spirito della costituzione” da ritenere non come una singola norma, ma come “un coacervo di norme e di principi che assumono una loro coordinazione non già in astratto ma in relazione al problema concreto per cui sono interpellate”. Ciò è stato ben espresso in una delle prime sentenze della Corte costituzionale italiana: “principio generale è che le norme della costituzione non vanno considerate isolatamente, bensì coordinate tra

Questa ponderazione incide, a sua volta, sul modo di interpretare la norma nella sua fase applicativa, in presenza cioè di casi particolari e situazioni determinate. Una forma di interpretazione assai diversa da quella riconducibile alla costruzione della tradizione dogmatica, che l'appiattisce sull'interpretazione della legge, cioè di un certo tipo di regola dotata di fattispecie astratta e su di essa praticamente modellata.

Ebbene, poiché il controllo di costituzionalità implica non soltanto l'interpretazione della legge oggetto del giudizio, ma anche quella della costituzione, sia nelle sue singole disposizioni sia nella sua generale armonia, occorre superare una visione restrittiva dell'interpretazione giuridica¹⁴².

Al mutare dell'oggetto da interpretare, anche il metodo e l'attività interpretativa varieranno. È la sintassi del paradigma costituzionale che conferisce un nuovo carattere – che Ferrajoli definisce “logico”, oltre che giuridico¹⁴³ – alla normatività delle costituzioni, imponendo alla cultura giuridica un ruolo critico e progettuale nei confronti delle loro violazioni, e alla giurisdizione e alla politica una funzione costante di correzione e trasformazione del diritto vigente, in attuazione del progetto giuridico disegnato dai diritti fondamentali da esse stipulati e dai limiti e dai vincoli che ne sono le garanzie.

Nel controllo di costituzionalità, dunque, all'attività interpretativa – volta ad ascrivere significati in quanto atti di comprensione di testi o di comportamenti preesistenti – si affianca quella argomentativa, nella quale si fanno spazio ragionamenti e inferenze volti non già ad ascrivere significati, ma ad applicare criteri di misura.

L'adattamento della legge all'orizzonte di senso desumibile al cospetto dei valori costituzionali (prospettiva interpretativa) costituisce la misura della sua

loro, onde ricavarne lo spirito al quale la Costituzione si è informata e secondo il quale deve essere interpretata” (C. Cost. sent. 121/1957).

¹⁴²Ciò porta ad interrogarsi se non sia ancora attuale l'ammonimento di Kelsen, il quale in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit. p., 65, nell'analizzare la situazione storica del proprio tempo rileva che l'affermazione della positività e dell'oggettività del diritto devono fare i conti con il “ritorno su tutta la linea del diritto naturale”. Ancora oggi, ci interroghiamo noi, la teoria del diritto, nonostante la sua negazione del diritto naturale, sta ancora oggi sotto l'influsso del giusnaturalismo? È ancora oggi vero che soppiantando l'oggettività, la positività e l'esattezza, i principi di questa stessa dottrina dominano ancora sempre nell'odierna scienza giuridica?

¹⁴³FERRAJOLI, L., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, cit. p. VII e VIII.

ragionevolezza che, a sua volta, offre le giustificazioni per la validità della legge stessa.

Una validità così giustificata rappresenta la premessa maggiore del ragionamento da cui trarre gli obblighi giuridici (prospettiva argomentativa) per i destinatari delle norme dell'ordinamento.

Si nota, allora, come l'esigenza di ragionevolezza del diritto – collegata all'attitudine dei principi e dei valori costituzionali a porsi, a loro volta, come criteri di misura per la validità delle particolari determinazioni normative – è un'istanza generale imposta dalla consapevolezza che il giudizio di validità è la conclusione di un ragionamento giuridico complesso, pratico, e non più un accertamento notarile, lineare e astratto.

La legge, infatti, non è più vista soltanto come la decisione di un'autorità costituita, ma soprattutto come la realizzazione di finalità precostituite e indisponibili, suscettibili di variabile applicazione a seconda della dimensione fattuale che sono volte a regolare.

Così, il controllo di ragionevolezza svolto dalle corti costituzionali non mira a determinare ciò che il legislatore avrebbe dovuto decidere (perché ciò significherebbe esautorarlo delle sue competenze), ma è volto, piuttosto, a perimetrare l'ambito del ragionevole, individuando ciò che non lo è date le specifiche finalità valorative storico-culturali e le determinate condizioni di fatto che di volta in volta vengono considerate.

Non a caso, si può osservare come tale sindacato di costituzionalità sia totalmente pervaso dal metodo della ragionevolezza, finendo per coincidere, secondo alcuni, con un controllo di ragionevolezza¹⁴⁴.

Anche nell'opinione di Zagrebelsky, uno dei principali (per importanza e frequenza) criteri di controllo della legittimità costituzionale delle leggi è rappresentato dalla razionalità e dalla ragionevolezza¹⁴⁵.

¹⁴⁴ MODUGNO, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica Napoli, 2007, p. 50 e ss. L'Autore osserva come “la ragionevolezza è logica dei valori, se non altro perché la costituzione prima ancora che articolarsi in enunciati esprimenti direttamente vere e proprie regole o norme, contiene in misura considerevole principi” [...] Per questo, “alla logica formale propria del giuspositivismo si contrappone la logica dei valori. Alla ragione classica di contrappone la più pervasiva ragionevolezza”.

¹⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., p. 85. L'Autore abbozza una distinzione proponendo che “la razionalità consiste nella coerenza del sistema normativo; la ragionevolezza nella congruità della

Il controllo di costituzionalità può risolversi in un giudizio di illegittimità costituzionale per irragionevolezza a causa dell'incongruenza tra il carattere del caso regolato e la determinazione legislativa che lo riguarda.

È, dunque, evidente che il giudizio di costituzionalità presenti sovente caratteri mobili, contraddistinti da una certa elasticità e orientati alla ponderazione. Il bilanciamento degli interessi in gioco non deve però intendersi come mera attività interpretativa.

Esso, a ben vedere, non riguarda il mondo dei significati delle disposizioni normative. Piuttosto mira al raggiungimento di una soluzione soddisfacente in presenza di un conflitto di interessi¹⁴⁶.

È indubitabile che tale è attività propria anche (o soprattutto) del legislatore che nell'ambito della sua autonomia politica di scelta dà attuazione ai principi costituzionali. In linea di principio, conseguentemente, le corti costituzionali interpretano e valutano il bilanciamento compiuto dal legislatore alla luce di un sindacato di ragionevolezza. Ma ciò avviene sul presupposto di una propria ponderazione degli interessi in gioco che certamente non è scritta nella costituzione¹⁴⁷, ma che si rifà a una *juris prudentia* che è espressione di una razionalità materiale attenta "al possibile", e che nella realizzazione dei principi si denomina ragionevolezza¹⁴⁸.

soluzione normativa alle caratteristiche di senso e di valore del caso disciplinato, congruità non valutata liberamente ma alla stregua dei principi costituzionali".

¹⁴⁶ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, cit. p. 167. Nel descrivere la "*Juris prudentia*" come "*Scientia juris*" l'Autore osserva, sul presupposto del pluralismo dei principi, che se oggetto e metodo devono concordare, occorre respingere l'idea della trattazione scientifica del diritto attuale alla stregua di una disciplina logico formale. Non sarebbe invece così, se si pensasse di avere a che fare con un sistema dato e compiuto, tratto da un unico fondamento capace di svilupparsi deduttivamente secondo il principio di non contraddizione. Il diritto non è un dato ma un "farsi" incessante, nel quale confluiscono esigenze molteplici poste da numerosi e contraddittori principi. Viene allora in rilievo la contrapposizione tra *scientia iuris*, da intendersi come razionalità formale, e *juris prudentia* quale razionalità materiale orientata ai contenuti. Mentre il criterio delle prime è vero/falso, tutto/niente, delle seconde è una progressione quantitativa dal meno al più appropriato, dal meno al più opportuno, dal meno al più adeguato e produttivo.

¹⁴⁷ ZAGREBELSKY, G., *Storia e costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, in AA.VV. *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, p. 78 dove si legge che nelle costituzioni pluralistiche manca la disciplina della "compatibilità", la soluzione delle collisioni e la fissazione di punti di equilibrio tra i diversi principi universali in esse inseriti "l'uno accanto all'altro". È compito della scienza costituzionale *sul quale il positivismo legislativo, per la sua vocazione esclusivamente servente un diritto già bell'e fatto, non ha nulla da dire*. La scienza costituzionale non può, in questa visione, abdicare a un ruolo autonomamente ricostruttivo, *non essendole possibile nascondere le sue responsabilità ostentando le certezze del positivismo* (corsivi miei).

¹⁴⁸ ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, cit. p. 169. L'Autore riscontra così la rinascita, negli ordinamenti contemporanei di aspetti del diritto premoderno. Gli autori delle costituzioni vigenti

Mentre l'idea metafisica di verità, quale concetto assoluto, è retta dal principio di non contraddizione (poiché la negazione del vero non può che essere falsa), se ci si cala in una prospettiva fenomenica – potremmo dire di filosofia pratica, ma anche di filosofia dei valori – concezioni diverse possono essere ugualmente ragionevoli.

Onde, come ricorda Zagrebelsky, oscillazioni o divergenze nella giurisprudenza costituzionale non sono necessariamente contraddizioni: possono essere la registrazione consequenziale del mutamento obiettivo di fattori di senso, e poi di valore, da cui la valutazione circa la validità della legge necessariamente dipende¹⁴⁹.

In ogni caso appare evidente l'impiego di logiche legate a filo doppio con la natura discorsiva e argomentativa dei valori, capaci queste, di coordinare il conflitto all'interno dell'armoniosa trama di un sistema costituzionale¹⁵⁰.

Mediante la ragionevolezza i giudici costituzionali “sviluppano la migliore interpretazione possibile della costituzione stessa, cioè quella che meglio si adatta al *corpus* dei materiali costituzionali pertinenti e lo giustifica nei termini della concezione pubblica della giustizia”¹⁵¹.

I giudici non potranno però invocare una posizione morale personale, né imporre visioni onnicomprensive trascendenti che si rivelino irriducibili, attraverso un'argomentazione razionale, al modo più ragionevole di intendere la concezione pubblica.

In tale maniera, infatti, si attribuirebbe un eccessivo credito al custode della costituzione e si giungerebbe progressivamente a quella costituzione dei custodi che trasformerebbe lo stato costituzionale in uno stato giurisdizionale. Contro

secondo Zagrebelsky hanno posto le condizioni per un rinnovamento del diritto nel segno della tradizione antica. La restaurazione di un modo logico formale di trattazione del diritto attuale sarebbe invece un ritorno indietro, perché un “formalismo” o un “positivismo dei principi” sarebbe oggi impossibile essendo di ostacolo insuperabile il loro carattere aperto e il loro pluralismo. Lo stesso concetto è espresso dall'Autore in ZAGREBELSKY, G., *Storia e costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, in AA.VV. *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, p. 78 dove si legge che nelle costituzioni pluralistiche manca la disciplina della “compatibilità”

¹⁴⁹ ZAGREBELSKY, G., *Principi e voti*, cit., p. 86.

¹⁵⁰ RAWLS, J., *Liberalismo politico* (1993) tr. it. a cura di A. FERRARA, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2008. A p. 186, l'Autore, riferendosi alla Corte Suprema statunitense, vi scorge una funzione di “paradigma della ragione pubblica”. Ciò, nel senso che la sua funzione istituzionale non è soltanto quella di difendere la legge suprema dagli attacchi di maggioranze transitorie, ma anche quella di elaborare e articolare l'ideale politico di un popolo, com'è espresso nella sua costituzione.

¹⁵¹ RAWLS, J., *Liberalismo politico*, cit. p. 189.

queste possibili involuzioni paternalistiche della giustizia costituzionale, si sviluppa intono al canone della ragionevolezza la convinzione che i “discorsi” giuridici (l’idea habermasiana della corte costituzionale come custode della democrazia deliberativa¹⁵² e quella rawlsiana della stessa come paradigma della ragione pubblica¹⁵³) possano sviluppare strategie interpretative capaci di favorire nel circuito decisionale il momento discorsivo (pur non potendosi sostituire ai discorsi politici funzionali alla fondazione delle norme e dei programmi e dovendo sempre presupporre l’inclusione di tutti gli interessati)¹⁵⁴.

In questo senso emerge il ruolo strategico della ragionevolezza sia in quanto razionalità delle argomentazioni, sia in quanto luogo di contemperamento della complessità di principi discorsivi reciprocamente condivisibili.

La ragionevolezza stabilisce, inoltre, un fertile rapporto circolare con un concetto altrettanto importante nella prospettiva dello stato costituzionale. Quello di deliberazione all’esito della pubblica discussione comune intorno alla costituzione¹⁵⁵.

Il legame che connette ragionevolezza, deliberazione e giustificazione si sviluppa nel contesto di un rapporto di reciprocità, generatore di aspettative e di fiducia (fermo restando che deve rimanere un dato acquisito l’impegno a ragionare in situazione di reciprocità, su premesse comuni e con la consapevolezza che l’accordo su di esse non assicura che i risultati del ragionamento siano concordi).

A queste condizioni è possibile deliberare ragionevolmente anche su questioni di valori; a queste condizioni la ragionevolezza è divenuta strumento del ragionamento del giudice della costituzione nel contesto dello stato costituzionale contemporaneo¹⁵⁶.

¹⁵² HABERMAS, J., *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 316 e 328.

¹⁵³ RAWLS J., *Liberalismo politico*, cit. p. 198.

¹⁵⁴ PORTINARO, P. P., *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, cit., pp. 30-31.

¹⁵⁵ HABERMAS, J., *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Giuffrè, Milano, 1996, *passim* e in particolare p. 328.

¹⁵⁶ L’applicazione giurisdizionale va considerata ormai una parte essenziale del processo di attuazione della costituzione, con pari dignità rispetto alla legislazione, anche se con modalità differenti. Cfr. in proposito FIORAVANTI, M., *Costituzione e legge fondamentale* in *Diritto Pubblico*, 2, 2006, p. 468 e ss. Sotto questo profilo, si può affermare che nello Stato costituzionale democratico si è realizzato l’effettivo superamento del dogma dell’*interpositio legislatoris*, necessaria invece nel modello verticale dello Stato legislativo.

6. Ragionevolezza del diritto come pratica sociale

L'avvento della ragionevolezza nel campo teorico giuridico ha fornito vitalità a un tipo di razionalità che risulta, come visto, diversa sia da quella deduttiva del calcolo logico, ma anche da quella induttiva propria delle scienze empiriche. Tale concetto è piuttosto riconducibile a una forma di giustificazione intersoggettiva¹⁵⁷, che si presenta come necessaria ogni volta che ci si trova di fronte a decisioni giuridiche che non possono, in un contesto di pluralismo valoriale, né fondarsi in maniera assiomatica o metafisica, né tanto meno logico-deduttiva.

In un ambito, qual è quello dello stato costituzionale, nel quale si rigenera un'impostazione di carattere filosofico-pratico, è crescente la consapevolezza dell'importanza dei criteri di correttezza del ragionamento giuridico e, più in generale, di una teoria dell'argomentazione, o in altri termini in una ragionevolezza del diritto come pratica sociale.

Attraverso l'impiego di una concezione non oggettivistica, ma neppure formalistica, si può guardare al diritto come un'attività sociale di natura pratica, connotata da attività interpretative e argomentative, volta all'individuazione e alla selezione di soluzioni ragionevoli per i casi di specie.

Il diritto è osservato come pratica, dove l'individuazione della regola di condotta consegue all'attuazione di processi argomentativi (intesi quali giustificazioni delle scelte interpretative). Così, le attività mediante le quali si sviluppa il ragionamento vengono ad assumere un'importanza altrettanto centrale di quanto lo siano le regole del diritto oggettivo che devono essere metro di applicazione.

Il ragionamento giuridico del resto non può che essere concepito come un processo di carattere non dimostrativo, almeno in parte extralogico, e quindi non

¹⁵⁷ LA TORRE, M., Introduzione a *La Ragionevolezza nel diritto*, a cura di La Torre e Spadaro Giappichelli, Torino 2002, p. 2. La concezione "oggettivista" che guarda al diritto insieme di oggetti che la scienza giuridica avrebbe solo il compito di descrivere in chiave avalutativa è superata dalla discussione dai teorici dell'argomentazione i quali hanno provato a ridefinire il concetto stesso di diritto, a partire da un superamento dell'oggettivismo (dove il diritto avrebbe un'esistenza distinta dal complesso dei ragionamenti interpretativi e argomentativi e sarebbe identificabile indipendentemente dalle attività applicative). Secondo OMAGGIO, V., *Op. ult. cit.*, p. 113, l'impostazione oggettivistica – visione, peraltro, comune al giusnaturalismo, al giuspositivismo e al giusrealismo – è tipicamente moderna e garantisce al diritto la sua idoneità a svolgere le caratteristiche funzioni guida della condotta, controllo sociale, regolamentazione dei conflitti, giustificazione delle decisioni, oltre ad assicurare l'autonomia del suo statuto scientifico.

interamente formalizzabile, e all'interno del quale le conclusioni cui si perviene non sono completamente prevedibili.

Ciò, proprio perché “se la ragionevolezza include la razionalità, al contrario la razionalità non comprende la ragionevolezza”¹⁵⁸. In questa dimensione si impiega una razionalità che è allo stesso tempo “materiale”, perché intimamente legata ai contenuti, ma anche “pratica”, in quanto non teorica e quindi non semplicemente orientata a comprendere la realtà quanto, più precisamente, ad operare sulla realtà stessa.

In questo senso, quasi sulla scia della teoria della democrazia deliberativa di Habermas, Robert Alexy sostiene un modello di “costituzionalismo discorsivo”, che si costruisce sui concetti di diritti fondamentali, ponderazione, discorso, controllo di costituzionalità e rappresentazione. La chiave di questo modello si ritrova nel protagonismo del giudice (innanzitutto del giudice costituzionale), come interprete di un diritto il cui perno si trova nella costituzione e nei diritti fondamentali; un modello giuridico basato sulla convinzione che le premesse normative si possono e si devono giustificare razionalmente (*rectius*, ragionevolmente) nell'applicazione giudiziaria.

Nel modello sostenuto da Alexy, la corte costituzionale è legittimata ad essere il supremo interprete dell'ordinamento, poiché “la rappresentazione del popolo nella corte costituzionale è argomentativa”, secondo un modello di democrazia deliberativa. Vale a dire, il popolo sceglie la corte attraverso la costituzione affinché stabilisca le linee interpretative dell'ordinamento, giacché confida nella sua capacità discorsiva e assume i ragionamenti che provengono dallo stesso.

La corte costituzionale esprime argomenti accettati dal popolo e questa è la fonte della sua legittimità. Pertanto, è imprescindibile per la sopravvivenza di ogni

¹⁵⁸ ALEXY, R., *Ragionevolezza nel diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in *La ragionevolezza nel diritto*, cit. p. 153. Si tratta dunque di una razionalità di tipo dialettico, la quale pur presupponendo le regole della logica formale, non si esaurisce in esse, avvalendosi di concetti lontani dalla pura logica (congruenza, analogia, generalizzabilità, sincerità, reciprocità, ponderazione e bilanciamento). Pur non presentando caratteristiche di pura razionalità tali attributi dell'argomentazione ragionevole rendono razionale (e consentono la giustificazione di) un comportamento o anche di un giudizio.

corte costituzionale che questa si concepisca come un'istanza di riflessione del processo politico¹⁵⁹.

Un tale impostazione, fondata sul concetto di ragione pratica e sulla teoria dell'argomentazione, si mostra certamente sfuggente a tentativi di formalizzazione. Ma un tale andamento torna a rendersi necessario, nella teoria del diritto, non soltanto per la crisi delle dottrine positivistiche, ma soprattutto per la rilevanza che i principi hanno assunto nei sistemi giuridici contemporanei oltre alle modalità della loro applicazione¹⁶⁰.

Le teorie dell'argomentazione giuridica partono dall'abbandono del postulato del legislatore razionale e dallo spostamento dell'esigenza di razionalità in capo all'interprete/applicatore giuridico. Si dimostra, dunque, sempre necessaria una giustificazione argomentativa, in sede di applicazione pratica del diritto.

Questa nuova prospettiva impone una profonda analisi delle tecniche utilizzate dal giudice per determinare se il rigore del suo ragionamento è all'altezza della sua potestà interpretativa. E a ciò corrisponde, del resto, anche la circostanza che nei moderni sistemi giuridici esiste normalmente l'obbligo del giudice di motivare le sentenze.

¹⁵⁹ Un Tribunale Costituzionale che con argomenti di diritti umani e giusfondamentali si pronunci contro un risultato del processo politico, viene concepito come istanza di riflessione del processo politico, sempre e quando non solo reclami negativamente che tale risultato non si adatta ai parametri di diritti umani e diritti fondamentali, ma inoltre esiga positivamente, che i cittadini approvino gli argomenti del Tribunale, se fanno parte di un discorso razionale giuridico-costituzionale. Un Tribunale Costituzionale è accettato come istanza di riflessione del processo politico, quando gli argomenti del Tribunale trovano un'eco nell'opinione pubblica e nelle istituzioni politiche, il che conduce a riflessioni e discussioni, le quali si rivelano convinzioni esaminate. Quando questo processo di riflessione tra l'opinione pubblica, il legislatore e il Tribunale Costituzionale si stabilizza in modo permanente, si può parlare di una istituzionalizzazione dei diritti umani di successo nello Stato Costituzionale democratico" ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, cit. p 256 e ss.

¹⁶⁰ Sempre ALEXY, R., *Ragionevolezza* cit. p. 150-151, ritiene che il passaggio a una concezione pragmatica dell'interpretazione è imprescindibile per la sua dipendenza da una molteplicità di fattori (comprese le finalità interpretative connesse alle pretese che recano con se le disposizioni di principio) e dei contesti rilevanti da valutare in base alle esigenze del caso. Il prodotto dell'attività interpretativa, in quanto deve poter essere controllato pubblicamente, deve ambire al rispetto di canoni di correttezza argomentativa. Senza tale elemento, secondo Alexy, tutto ciò che si definisce come un giudizio o un'affermazione, in realtà non sarebbe tale, ma sarebbe in tutto e per tutto equivalente a un evento naturale. Per questo vi è una fondamentale opzione antinaturalistica nella (ragionevole) pretesa di correttezza, che coincide con il suo profilo valutativo.

Il materiale normativo di cui si rendono interpreti i giudici di uno stato di democrazia pluralista, per la maggior parte dei casi infatti, non consente di giungere a un risultato unico, né univoco¹⁶¹.

Il riconoscimento di questo presupposto potenzia la necessità di individuare criteri di correttezza pratica delle tesi e dei giudizi interpretativi. Criteri che Alexy teorizza e individua in una dimensione procedurale, articolando nella sua “Teoria dell’argomentazione giuridica”¹⁶², una serie di regole del discorso razionale come base di universalizzabilità, come postulati della ragion pratica.

Un altro Autore, Ronald Dworkin, puntualizza piuttosto la necessità di questa ricerca sui canoni dell’integrità e sulla coerenza.

Le decisioni sarebbero legittime quando discendono da un unico coerente schema di principio. Muovendo dalla considerazione del diritto come pratica sociale argomentativa, anche Dworkin pone in luce l’importanza del ruolo della comunità politica. E lo fa osservando come un ordinamento giuridico possa essere pienamente compreso nella misura in cui si prendono in considerazione i valori politici condivisi che lo fondano, individuandoli come l’oggetto da cui possono dedursi gli scopi ultimi che assegnano senso a questa pratica sociale.

La garanzia contro l’arbitrio interpretativo è dunque offerta dall’*integrity*, la quale è al tempo stesso vincolo della discrezionalità e guida all’attività decisionale: tanto il legislatore quanto il giudice devono agire in modo “ragionevole” nel senso

¹⁶¹ E ciò “allarma” un Autore come E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, p. 95 che rileva come la genericità dei principi costituzionali e le diverse possibilità della loro combinazione in relazione alle concrete fattispecie attribuiscono alle corti costituzionali spazi eccessivi di valutazione e ampia discrezionalità anche nella scelta e nella gradazione dei valori da affermare. Per evitare che esse, da giudici della legittimità della legge possano trasformarsi in giudici dell’opportunità delle scelte del legislatore è necessaria l’individuazione di criteri suscettibili di garantire la prevedibilità del controllo di costituzionalità. E la motivazione è ciò che rende visibile e funzionale il ponte della ragionevolezza: la conseguenza è che tanto più aumentano i poteri del giudice costituzionale e i margini del suo sindacato nel controllo delle leggi, tanto più deve imporsi l’esigenza di una motivazione che renda trasparenti e persuasive le sue pronunce.

¹⁶² R. ALEXY, *Teoria dell’argomentazione giuridica* (1978), tr. it. a cura di M. La Torre, Giuffrè, Milano, 1998, p. 226 ove l’Autore riconosce la debolezza del discorso pratico generale, sostenendo che all’interno di esso “rimane un vasto ambito di ciò che è discorsivamente possibile, in cui può trovare giustificazione sia un enunciato normativo determinato sia la sua negazione”. Per ridurre l’ambito di ciò che è discorsivamente possibile, servono regole particolari dell’argomentazione giuridica, in grado di legittimare enunciati normativi prescrizioni, giudizi di valore, decisioni ecc., la cui correttezza è definita dall’insieme delle condizioni ideali di comunicazione, finalizzate al raggiungimento di un accordo. Queste condizioni si possono esprimere mediante una serie di regole (cfr. p. 150 e ss) che definiscono la situazione linguistica ideale. Le regole sono distinte in cinque gruppi: regole fondamentali, regole di ragione, regole sull’onere di argomentazione, regole di giustificazione e regole di transizione.

di “coerente” con un complesso dei principi che sono alla base della vita di una comunità istituzionalmente, storicamente e geograficamente determinata.

Se il legislatore deve far sì che le leggi che approva siano congruenti con i principi dell’ordinamento, allora, dal suo canto, il giudice delle leggi deve interpretare le decisioni politiche precedenti alla luce della storia costituzionale¹⁶³ di quella determinata società.

Anche in questo senso, l’interpretazione delle corti costituzionali non potrà mai essere arbitraria. Ma neppure, d’altro canto, semplicemente intesa a cogliere o delucidare il significato delle disposizioni normative. Piuttosto essa contribuirà nel fine di ricostruire il senso delle azioni sociali, compiute nel passato, per giudicare del modo in cui quelle del presente possano inserirsi in una storia consolidata¹⁶⁴.

Vi è dunque una continuità nelle posizioni dei due Autori il cui pensiero è stato qui brevemente tratteggiato; Dworkin affronta lo stesso problema esaminato da Alexy quando sostiene che la legittimità di un ordinamento richiede che esso esibisca una pretesa di correttezza. Ma mentre Alexy individua tale pretesa di correttezza in un’esigenza procedurale¹⁶⁵, Dworkin guarda al concetto di coerenza e integrità alla luce al contesto di riferimento, ravvisando in tale impostazione il criterio massimo di forza persuasiva delle decisioni costituzionali.

Secondo Zagrebelsky, invece, il carattere pratico del diritto richiede un particolare atteggiamento “spirituale” da parte di chi opera giuridicamente. Questo atteggiamento viene dall’Autore denominato proprio “ragionevolezza”. E ciò, per alludere sempre alla necessità di uno spirito di “adattamento” di qualcuno rispetto a

¹⁶³ DWORKIN, R., *L'impero del diritto* (1986), tr. it. a cura di L. Caracciolo di San Vito, il Saggiatore, Milano 1989, p. 212 e ss.. Ancor più del legislatore, vincolato al rispetto dell’integrità quando attua decisioni in materia di diritti fondamentali, il giudice lavora costantemente come interprete della storia giuridica e istituzionale del proprio Paese, a cui presta un’opera “erculeo”, tesa a presentare il suo oggetto nella luce migliore. A proposito del giudice Ercole, si veda anche DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, 2010, p. 162 e ss. Celebre è l’esempio dworkiniano della *chain novel* utile a spiegare il ruolo della congruenza. Gli scrittori che dovranno stilare gli ultimi capitoli di un romanzo scritto a più mani non godono dello stesso margine di libertà degli autori dei capitoli precedenti perché il racconto è ormai incardinato nei suoi binari e il carattere dei personaggi è delineato. Così come gli ultimi capitoli riusciranno maggiormente leggibili quanto più aderiranno ai vincoli imposti dai capitoli precedenti, allo stesso modo le decisioni giudiziarie saranno tanto più giustificabili, quanto saranno più congruenti con i principi fondamentali del sistema e con la storia giuridica precedente.

¹⁶⁴ Secondo VIOLA, F., e ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione*, cit., p. 72, “Quest’unità di senso della storia istituzionale è data dall’accordarsi delle decisioni riguardanti i conflitti secondo determinate linee interpretative persistenti. Ciò dimostra la presenza di una “comunità interpretativa”, nella quale l’interdipendenza dei partecipanti non è fondata soltanto sull’esigenza fattuale di cooperare, ma anche e soprattutto sulla condivisione di valori comuni.

¹⁶⁵ OMAGGIO, V., *Il diritto nello Stato costituzionale*, cit. p. 121.

qualcosa o a qualcun altro, in modo di evitare conflitti attraverso soluzioni che soddisfino tutti nella maggior misura consentita dalle circostanze concrete.

Alla luce di queste diverse impostazioni, si osserva come la ragionevolezza, da requisito soggettivo del giurista è diventato requisito obiettivo del diritto, perché ragionevole è il diritto quando si presta a essere sottomesso a quella esigenza di composizione e apertura, quando cioè non è chiuso alla coesistenza pluralistica. Nella ricerca di questa complessiva “ragionevolezza” consiste l’opera di unificazione del diritto che è data come compito alla giurisprudenza¹⁶⁶.

Si vedono qui, ancora, le differenze tra la concezione attuale del diritto e quella dominate all’epoca dello Stato di diritto ottocentesco dove alla *ratio* del caso concreto si sostituiva la *voluntas* della legge di cui il giudice si limitava de esserne la *bouche*. Conformemente ai caratteri attuali del diritto, dove la *ratio*, ormai secolarizzata, è giunta alla positivizzazione – in una statuizione convenzionale – dei principi costituzionali (e la *voluntas* della legge è stata privata dei caratteri di cieca forza che mira comunque a imporsi), le esigenze dei casi “valgono di più della volontà legislativa” e possono invalidarla.

Dovendo sacrificare le esigenze del caso o quelle della legge, sono queste seconde che soccombono nel giudizio di costituzionalità al quale la legge stessa viene sottoposta¹⁶⁷.

La diffusione della ragionevolezza e del criterio del bilanciamento o della ponderazione come tecniche argomentative – che potremmo definire come la dimensione materiale del concetto di ragionevolezza – sembrano invece criticate da Ferrajoli¹⁶⁸, il quale pur riconoscendo che il bilanciamento o ponderazione corrispondono a tecniche argomentative e decisionali del tutto legittime e

¹⁶⁶ ZAGREBLESKY, G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 203. È interessante notare come Zagrebelsky, menzionando il compito unificatore della giurisprudenza, rileva la necessità che tale attività non sia tenuta separata dalle esigenze di giustizia sostanziale che si materializzano nei casi che chiedono di essere risolti nei termini del diritto. Con ciò, l’Autore riconosce che il necessario carattere ragionevole e non arbitrario della legge, introduce inevitabilmente un elemento di equità nella vita del diritto. E ciò avviene dopo che il positivismo aveva preteso di eliminare ogni traccia in nome del valore assoluto di qualsiasi volontà, purché rivestita della forma legislativa. Il riemergere dell’equità, però, non muta lo statuto della giurisdizione, ancorato a quello pensato in un tempo nel quale il diritto si considerava coincidente con la volontà statale espressa nella legge ed era concepito in modo del tutto indipendente da qualsivoglia esigenza di equità.

¹⁶⁷ ZAGREBLESKY, G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 182-183.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista, Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 3, p. 2771 e ss..

fisiologiche in un ordinamento giuridico – sia nell’ambito delle scelte legislative, sia nell’ambito dell’interpretazione giudiziaria – ritiene, tuttavia, che il ruolo attribuito a tale tecnica sia stato eccessivamente enfatizzato, sia rispetto ai suoi usi effettivi, sia rispetto a quello che dovrebbe essere il giusto perimetro dei poteri del legislatore e dei giudici.

Nei confronti della ragionevolezza nella dimensione del bilanciamento giudiziario, Ferrajoli ravvisa, infatti, un ampio margine di discrezionalità in quanto essa comporta la necessità di valutare, con un soggettivo giudizio di valore da parte del giudice, il “peso” delle norme da bilanciare e del caso concreto cui si devono applicare. Il giudice non potrebbe insomma astenersi dall’esaminare l’effettivo significato, in termini di conseguenze reali, che i principi andrebbero ad assumere una volta riferiti alle situazioni concrete rischiando di cadere nella tentazione di imporre le proprie (necessariamente arbitrarie) verità morali o politiche ed alimentando la tendenza all’esistenza di un oggettivismo etico che le costituzioni contemporanee, almeno *in nuce*, rischiano di alimentare¹⁶⁹.

Inoltre, coniugandosi con la configurazione dei diritti costituzionalmente stabiliti come principi affidati alla ponderazione e perciò passibili di derogazione, un eccessivo ricorso alla predetta tecnica di bilanciamento, rischierebbe di indebolire la normatività stessa delle costituzioni nei confronti del legislatore, e di assecondare e promuovere, anche al di là dei loro spazi inevitabili, la discrezionalità e l’attivismo giudiziari, finendo per minare la gerarchia delle fonti e la separazione dei poteri.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 3, p. 2771-2816. Un costituzionalismo così concepito rischia di risolversi – per chi non crede che esista oggettivamente *la morale o la giustizia* o che si possa parlare di *verità morali o politiche*, o comunque ammetta la legittimità di punti di vista morali e politici che proprio le costituzioni hanno il compito di garantire – nella delegittimazione come “false” delle tesi morali che non riflettono l’oggettività morale così presupposta e perciò in una tendenziale negazione, al di là delle intenzioni, del pluralismo morale e politico e della laicità del diritto e delle istituzioni.

7. Ragionevolezza delle leggi nel sindacato costituzionale

Concentrandoci sull'ambito del controllo di costituzionalità delle leggi, anche in questo contesto si assiste a un uso rilevante della nozione di ragionevolezza. Il controllo di costituzionalità, infatti, non può più limitarsi a una verifica di non difformità della legge dalla costituzione, ma si spinge ad apprezzare la maggiore o minore conformità della prima alla seconda¹⁷⁰.

Come più volte rilevato, l'ispirazione pluralista delle costituzioni contemporanee impedisce la loro riconducibilità a un sistema omogeneo di valori o di principi. Ciò, tuttavia, non preclude la possibilità di una composizione di queste plurali istanze.

La pluralità conflittuale è, anzi, proprio l'intima caratteristica di un ordinamento in cui ogni principio viene predicato assieme al suo limite, ogni regola è posta con la sua eccezione. Tale composizione però deve avvenire in concreto, e secondo criteri di ragionevolezza. E l'argomentazione costituzionale e la ragionevolezza che la declina sono dirette a giustificare i processi di applicazione dei principi costituzionali¹⁷¹.

Nelle condizioni in cui attualmente svolge viene praticato e si svolge, il giudizio costituzionale assume dunque non tanto i caratteri di un controllo negativo sull'assenza di contrasto tra legge e costituzione, quanto quelli di un riscontro positivo circa la sussistenza di quella dose minima di adeguatezza, coerenza, proporzionalità rispetto al fatto (in una parola, di ragionevolezza) che la scelta politica deve incorporare per essere considerata come legittimo esercizio della funzione legislativa.

Alla logica formale propria del giuspositivismo si contrappone dunque la logica dei valori. Alla ragione classica si contrappone la più pervasiva ragionevolezza.

¹⁷⁰ MODUGNO, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit. p. 47.

¹⁷¹ Poiché il carattere dei principi è la loro formulazione aperta e imprecisa, la loro applicazione non pone soltanto problemi di interpretazione in senso stretto, ma anche di ponderazione, volti a stabilire il "peso relativo" di ciascun principio in relazione agli altri, tenendo ben presenti le situazioni concrete da regolare. I principi sono proposizioni normative di un grado di generalità così elevato che di regola non possono essere applicate senza l'aggiunta di ulteriori premesse normative e subiscono per lo più limitazioni da parte di altri principi", cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit. p. 339). J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), tr. it. a cura di L. CEPPA, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 248 ricorda che "i principi avanzano una pretesa indeterminata di validità oppure sono limitati nel loro ambito applicativo soltanto da condizioni molto generali e comunque bisognose di interpretazione".

Come afferma Mezzanotte¹⁷² le aree della costituzione e della legge (immaginate nella loro separazione dal Costituente) si sono avvicinate fino a compenetrarsi o integrarsi nel corso dell'evoluzione storica. I giudici hanno sempre più praticato l'interpretazione conforme a costituzione e la Corte costituzionale si è sempre più avvicinata al legislatore ripercorrendo le sue scelte per poterle raffrontare non già ad un parametro superiore ed esterno, ma per giudicare la corrispondenza ad una interna ragionevolezza e plausibilità.

Il giudizio sulle leggi è solo raramente rappresentabile secondo lo schema della deduttiva applicazione di principi costituzionali ed è generalmente aperto agli orizzonti dell'inferenza empirica e della elaborazione costruttiva e rigenerativa del diritto (così del parametro come della norma oggetto del sindacato)¹⁷³.

In quest'ordine di idee, la ragionevolezza ha potuto imporsi come canone totalizzante ed omnicomprensivo, e sostanziarsi in declinazioni di giudizio così diverse da aver perso l'attitudine a qualificare un peculiare tipo di sindacato.

Si può affermare, insomma, che l'attuale controllo di costituzionalità è totalmente pervaso, è caratterizzato dal metodo della ragionevolezza: è un controllo di ragionevolezza.

Si è, tuttavia, lontani dall'enucleazione di un concetto preciso, che con ogni probabilità non è possibile stabilire, per la natura stessa di questa idea che trova piuttosto espressione negli usi e nelle applicazioni, diversi ma in fondo coerenti che ne sono stati proposti¹⁷⁴.

¹⁷² MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Editoriale Scientifica Napoli, 2014

¹⁷³ ZAGREBELSKY, G., *Storia e costituzione*, cit. p. 81. In una costituzione basata sui principi l'interpretazione è l'atto che mette in rapporto un passato costituzionale assunto come valore e un futuro che ci si pone come problema da risolvere nella comunità. Passato e futuro si legano in un'unica linea e come i valori del passato orientano la ricerca del futuro, così, all'opposto le esigenze del futuro costringono a una continua *ridefinizione* dei principi della convivenza costituzionale. In proposito, si legge ancora, a pag. 80, che "i principi dicono da quale passato si proviene, in quali linee di continuità il diritto costituzionale attuale vuole essere immerso; dall'altro dicono verso quale futuro la costituzione è aperta". I principi sono al tempo stesso fattori di conservazione e di innovazione, di un'innovazione che consiste nella sempre più pregnante e adeguata alle circostanze del presente realizzazione del germe primigenio che costituisce il principio stesso.

¹⁷⁴ Secondo MODUGNO, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit. p. 49 e ss. sostiene che è eminentemente difficile separare ragione e ragionevolezza, data l'estrema ambiguità dei due termini, e specialmente del modo in cui è stata storicamente concepita la ragione. Modugno ritiene che la ragionevolezza non abbia una connotazione concettuale autonoma rispetto alla ragione, ma che possa in certo modo descriversi come una sorta di ragione attenuata o modulata. La conseguenza è che non può propriamente ragionarsi di due logiche contrapposte o separate, bensì di due logiche distinte e talora interferenti: l'una più rigida, l'altra più flessibile. Gli strumenti di controllo propri della

Nel nostro ordinamento il controllo di ragionevolezza ha preso piede per mezzo dell'applicazione del principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 della Costituzione.

Si è superata un'interpretazione stretta della norma¹⁷⁵ che limitava l'incostituzionalità alle sole leggi discriminatorie sotto uno dei profili tassativamente elencati. Nelle pronunce della Corte ha, invece, preso corpo un'interpretazione volta a far emergere il carattere defettibile della norma in questione, ammettendo la presenza di eccezioni implicite rispetto all'elenco tassativo delle discriminazioni¹⁷⁶.

Assumendo la ragionevolezza come criterio di valutazione e giustificazione di trattamenti differenziati, la Corte ha finito per sviluppare un canone generale di controllo dell'esercizio della funzione legislativa, individuando leggi irragionevoli e arbitrarie, o sulla base della loro interna contraddittorietà o in forza di uno schema "ternario"¹⁷⁷.

Attraverso l'impiego di una tecnica di questo tipo il giudizio costituzionale tende chiaramente a trasformarsi da sindacato "interno" – volto a ripristinare la coerenza intrinseca dell'ordinamento a fronte di vizi relazionali tra le norme giuridiche prese in considerazione – in una sorta di controllo "esterno" – che

ragionevolezza però non sono certamente strutturati come quelli riconducibili alla logica formale classica o comunque alla logica comunemente intesa. E gli stessi criteri ermeneutici tradizionali (interpretazione letterale, logica, sistematica, presuntiva dell'intenzione del legislatore) sono stati affiancati ad altri criteri, di più varia natura, come quello della verifica della capacità delle prescrizioni normative di realizzare i fini proposti, della ragionevole congruità o adeguatezza dei mezzi ai fini, del rispetto della coerenza dell'ordinamento con il settore dell'ordinamento nel quale la legge si iscrive, della valutazione delle conseguenze, della razionalità sostanziale delle prescrizioni normative, ossia dell'idoneità a conformarsi e a realizzare valori costituzionali.

¹⁷⁵ CHELI, E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., p. 77

¹⁷⁶ Con la sentenza 16 marzo 1960, n. 15 in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, la Corte costituzionale ha dichiarato che non basta accertare che la norma non sia in contrasto con i precetti inderogabili posti dall'art. 3, in quanto questa disposizione deve intendersi violata "anche quando la legge, senza un ragionevole motivo faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovano in eguali situazioni".

¹⁷⁷ Per sciogliere il dubbio sulla ragionevolezza della differenziazione o dell'equiparazione di trattamento della norma asseritamente lesiva dell'uguaglianza deve aversi riguardo a un'altra norma che regola situazioni analoghe. La Corte assume una prospettiva da cui valutare la rilevanza delle somiglianze e delle differenze tra le fattispecie, come avviene di consueto in ogni ragionamento analogico. Il punto di riferimento è dato dalla *ratio legis*. Quando la fattispecie impugnata e quella presa come termine di paragone si basano sulla stessa *ratio legis*, le differenze poste dal legislatore saranno valutate come illegittime; quando saranno giudicate diverse, saranno valutate illegittime le parificazioni di trattamento, secondo il medesimo schema triangolare del giudizio di analogia.

conduce la Corte a sovrapporre una propria valutazione degli interessi e dei valori in gioco a quella già operata dal legislatore¹⁷⁸.

Il giudizio di ragionevolezza può quindi descriversi non soltanto come esame della coerenza della legge, intesa come rispetto della *ratio legis* o dello spirito dell'istituto giuridico a cui si riferisce, ovvero come assenza di contraddizioni tra previsione astratta e applicazione al fatto concreto. Il giudizio si spinge, infatti, fino all'analisi della congruità della norma, da intendersi come verifica della plausibilità dei mezzi scelti dal legislatore rispetto ai fini perseguiti.

Secondo la dottrina più avvertita, la congruità è comprovata mediante valutazioni progressive di idoneità, necessarietà, proporzionalità¹⁷⁹.

Il giudice costituzionale è tenuto in primo luogo, a valutare l'effettiva reale idoneità del mezzo legislativo rispetto alla realizzazione del fine: tale giudizio può condurre all'esclusione di una manifesta inidoneità, venendo così, sostanzialmente, ancora rispettata la discrezionalità del legislatore. Il giudizio di idoneità tra mezzo e fine mira, dunque, ad accertare la sussistenza di un nesso di ragionevole strumentalità tra la disciplina legislativo e il risultato pratico che essa persegue. In questa fase, il processo argomentativo si avvicina agli stilemi della coerenza, intesa come pura razionalità, risolvendosi in un giudizio, non ulteriormente graduabile, di idoneità/inidoneità.

Il controllo di necessarietà, invece, comporta un confronto tra i diversi mezzi a disposizione del legislatore per realizzare lo scopo stabilito, e porta a giudicare se quello scelto sia effettivamente quello che comporta il minor sacrificio possibile ai diritti in competizione. Se il mezzo predisposto per conseguire il fine non è l'unico idoneo, ma è fungibile con altri (reputati egualmente efficaci, ma più rispettosi nell'incisione di altre situazioni coinvolte), allora il giudizio, a differenza del

¹⁷⁸ CHELI, E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., p. 94

¹⁷⁹ MODUGNO, F., *La ragionevolezza*, cit. p. 48. Si veda anche, più approfonditamente, MODUGNO, F., *Ragione e ragionevolezza*, E.S.I., Napoli 2009. Nell'interrogarsi sul significato di congruenza l'Autore pone il luce come essa indichi la convenienza, la corrispondenza, la proporzione fra due o più contesti reali. Nelle scienze naturali la congruenza è frutto di razionalità pura e ci riporta al concetto di unità e di uguaglianza, così che se gli elementi posti in relazione non sono congrui tra loro, la relazione stessa è incongrua. Tuttavia l'autore nega che il giudizio di incongruità corrisponda anche a un giudizio di irrazionalità. Riferito al rapporto mezzi-fini può verificarsi il caso in cui il mezzo non sia sempre o del tutto adeguato alla realizzazione di un fine: quindi le ragioni di provvisoria o limitata adeguatezza potranno essere presupposte all'espressione non di un giudizio di pura razionalità, ma a un giudizio di ragionevolezza. È difficile allora considerare il rapporto tra mezzo e fine come un rapporto verificabile razionalmente. Ecco che la ragione cede il passo alla ragionevolezza.

primo, non si risolve in termini binari (idoneità/inidoneità), ma in termini quantitativi, di graduazione secondo indici di maggiore o minore compatibilità.

È in questo momento che emerge, con la massima chiarezza, una delle dimensioni qualificanti del giudizio di ragionevolezza: vale a dire la sua capacità di porre a confronto differenti situazioni e di valutare la complessità degli interessi in campo nell'ottica di selezionare la scelta orientata al minimo mezzo, in cui il costo marginale della non esecuzione della condotta in questione sia minore del costo del pregiudizio e del danno che l'esecuzione della medesima provocherebbe¹⁸⁰.

Questo tipo di disamina conduce ad un terzo momento, coincidente con un giudizio di proporzionalità tra i mezzi e i fini. Qui il giudice si spinge fino ai confini della discrezionalità del legislatore, pronunciandosi in merito alla possibilità di optare, nel raggiungimento di un determinato scopo, per strumenti meno costosi e più rispettosi degli interessi in campo.

Occorre, per esempio, valutare se il sacrificio imposto a un diritto fondamentale da una certa misura, che persegue un obiettivo di interesse generale, sia proporzionato al grado di soddisfazione di quest'ultimo. E ritorna il tema del bilanciamento: un grande sacrificio può essere giustificato solo da un grande beneficio¹⁸¹.

La tecnica argomentativa del bilanciamento, dunque, si prospetta necessaria quando la questione da decidere è contemporaneamente sussumibile sotto una molteplicità di norme.

Il testo costituzionale non rappresenta infatti, dal punto di vista etico e ideologico, un blocco unico, costituendo piuttosto espressione della convergenza di

¹⁸⁰ OMAGGIO, V., *Il diritto nello Stato costituzionale*, p. 124. Ecco come la ragionevolezza, una volta separata dallo specifico problema dell'uguaglianza, ridonda su qualsiasi disciplina legislativa, in quanto criterio di valutazione del rapporto intercorrente tra norme legislative e norme o principi costituzionali. In base a tale criterio di giudizio diviene, in altri termini, possibile formulare ipotesi relative alle relazioni tra le leggi e le loro conseguenze, al fine di valutarne la congruità dei mezzi con le finalità che presumibilmente hanno spinto il legislatore a emanarle. Le ipotesi nascono da una conoscenza del contesto in cui sarà inserita la legge, costituito dall'ordinamento giuridico e dall'ambiente sociale politico ed economico di riferimento.

¹⁸¹ PINO, G., *Diritti e interpretazione, Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 207. Si tratta pertanto di una valutazione vantaggi/svantaggi, utilità/costi dell'attività legislativa, una sorta di metabilanciamento che va oltre e si sovrappone a quello del legislatore per annullarlo oppure correggerlo. Questi criteri non sono distintamente articolati nella giurisprudenza costituzionale, che parla piuttosto (C. Cost. Sent. 487/1987) di "un criterio generale di congruenza degli strumenti legislativi rispetto alle finalità da perseguire" oppure di "adeguatezza e necessità del mezzo rispetto al fine". Cfr. MODUGNO, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale* cit., p. 18.

una pluralità di visioni ideologiche, perché frutto di un patto sociale sottoscritto da tutta la comunità politica e che raramente esso stabilisce un ordine di priorità vincolante per gli interpreti.

Inoltre, i diritti costituzionali recano in seno una capacità nomogenetica inespressa capace di sprigionare diversi ulteriori e più specifici diritti, fino a configurare potenziali antinomie, verificabili solo alla luce di fattispecie concrete.

È proprio la dimensione concreta che porta ad osservare il carattere “mobile” della scelta con cui si opera il bilanciamento: una “gerarchia assiologica mobile” tra i principi in competizione¹⁸².

La prevalenza riguarda sovente proprio i diversi gradi di applicazione, più o meno intensa, di un diritto o dei diritti più specifici. Ciò perché, in uno stato costituzionale, anche i diritti sono applicabili secondo gradi e modalità differenti e non rappresentano entità monolitiche; essi possono essere limitati, senza risultare cancellati o soppressi, come accade ad esempio riguardo alla libertà di espressione o alla libertà di stampa, che sopravvivono alle compressioni (seppur ragionevoli) che subiscono a contatto con altri principi e interessi diffusi.

Anche per questo, i criteri di bilanciamento non vanno sopravvalutati rispetto al grado di oggettività e di precisione che consentono di conseguire. Né si può pensare ad un procedimento – come quello proposto da Alexy con la sua formula di ponderazione – che assicuri un calcolo aritmetico delle grandezze da bilanciare¹⁸³.

Non esiste, invero, un metodo che permetta di determinare *ex ante* il risultato di queste operazioni, ma si tratta piuttosto di criteri che servono da guida e che possono rappresentare vincoli significativi.

¹⁸² Vale a dire che l'interprete, non potendo servirsi degli strumenti di risoluzione delle antinomie valevoli per le leggi (quali il criterio gerarchico, cronologico e di specialità), istituisce una relazione di valore tra due principi, che gli consente di attribuire a uno di essi un peso maggiore, ma soltanto in ordine al caso in questione, poiché la gerarchia potrà essere ribaltata in un diverso caso concreto. Così, OMAGGIO, V., *Il diritto nello Stato costituzionale*, cit. p. 128.

¹⁸³ ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 184 e ss. A partire dalla regola, senz'altro condivisibile, secondo cui quanto maggiore è il grado di non soddisfazione di un diritto, tanto maggiore deve essere l'importanza della soddisfazione dell'altro, Alexy propone una scala di misurazione del valore astratto del diritto (elevato, medio, basso) e dell'incidenza delle violazioni (grande, media, lieve), che suscita tuttavia qualche dubbio sulla effettiva possibilità di dare un valore numerico a entità culturali come i diritti, espressi sovente con formule di significato aperto come dignità, libertà, eguaglianza e altre ancora. In ogni caso permane la validità di tali strumenti analitici come modalità di descrizione dei diversi criteri che il giudice costituzionale adopera nella sua attività di ritessitura costante della Costituzione.

Alcuni di essi derivano direttamente dalle regole dell'argomentazione pratica di tipo giustificativo come l'universalità, la congruità, la coerenza, la considerazione delle conseguenze; altri provengono da una determinata concezione della costituzione, da una sua visione unitaria che rappresenta, a ben vedere, non solo e non tanto un concetto sistematico normativo, ma un principio ermeneutico che impartisce una direttiva di trattazione delle antinomie di valori in essa presenti, non come contraddizioni irrisolvibili, ma come rapporti di tensione da comporre volta per volta secondo le circostanze.

La tensione nell'unità¹⁸⁴ è esattamente il terreno specifico dell'argomentazione costituzionale e che giustifica alcuni suoi strumenti caratteristici: il criterio di ragionevolezza, il ricorso frequente ai principi e il bilanciamento¹⁸⁵.

La ragionevolezza diventa insomma un criterio e un dovere non soltanto per il legislatore ma anche per lo stesso giudice costituzionale.

In conclusione, per evitare che la giustizia costituzionale diventi così ingombrante per la politica e di trasformare lo Stato costituzionale in uno Stato giurisdizionale, secondo la critica di Bokenforde¹⁸⁶, le scelte interpretative dei giudici costituzionali devono:

¹⁸⁴ Sono in tal senso significative le parole del punto 9 del Considerato in diritto della Sentenza n. 85 del 2013 della Corte Costituzionale: "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona".

¹⁸⁵ Come è noto, intorno al tema della specificità dell'interpretazione costituzionale si è svolto un dibattito animato che ha visto a confronto posizioni molto diverse: quella di chi ritiene "l'interpretazione della costituzione qualcosa di assolutamente speciale e non confondibile con le interpretazioni delle altre norme di legge (Baldassarre); quella di chi invece sostiene che "dal punto di vista delle tecniche interpretative, l'interpretazione costituzionale non presenta alcuna specificità rispetto all'interpretazione di qualsiasi testo normativo. Cfr. LUTHER, J., *Giustizia costituzionale*, in U. POMARICI, U., *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, 2007, p. 302.

¹⁸⁶ Erns-Wolfgang Bokenforde, aveva osservato che il passaggio da uno stato parlamentare di legislazione a uno Stato dominato dalla *jurisdictio* della Corte costituzionale era una trasformazione storicamente irrevocabile; a tal proposito egli non nascondeva la sua preoccupazione per la salvaguardia della separazione della giurisdizione dalla legislazione, cioè dalla sostanza dello stato di diritto. BOKENFORDE, E.W., *Diritti fondamentali come norme di principio*, in *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, tr. it. a cura di M. NICOLETTI, O. BRINO, Giuffrè, Milano, 2006, p. 201-262 dove si legge, pp. 201-262 "Il Tribunale costituzionale diventa un più forte organo politico (non partitico), un Aeropago costituzionale; il culmine della sovranità, che esso detiene in forza della sua competenza vincolante riguardo all'ultima decisione si allarga. La questione, a ciò connessa, concerne la legittimazione democratica del Tribunale costituzionale". Il processo indicato da Bokenforde si è svolto nel senso di una convergenza parallela tra la creazione del diritto da parte del potere legislativo e la sua interpretazione da parte delle Corti

- rispettare il carattere pluralista e aperto della Costituzione;
- evitare gerarchie rigide tra i principi costituzionali la cui composizione spetta *in primis* al processo politico;
- promuovere il consenso e il valore della Costituzione nel suo insieme;
- riconoscere le lacune dell'ordinamento costituzionale tenendosi però lontano da un attivismo che pregiudicherebbe l'effettività delle proprie funzioni¹⁸⁷.

costituzionali e dai giudici in generale: la prima è stata degradata da creazione a concretizzazione dei principi; la seconda è stata potenziata da applicazione a concretizzazione anch'essa.

¹⁸⁷ ZAGREBELSKY, G. *La giustizia costituzionale*, cit.

8. Sui confini per un corretto esercizio del potere giurisdizionale nello Stato costituzionale democratico

Come si vedrà nel prossimo capitolo, agli albori della giustizia costituzionale europea Carl Schmitt, in polemica con Hans Kelsen, mise in dubbio che il controllo di legittimità fosse una questione di applicazione delle norme. Non poteva trattarsi di un'operazione genuina della prassi giudiziaria in quanto detto controllo pone a confronto regole generali, senza possibilità di una vera sussunzione, né di piana applicazione. Schmitt paventava il rischio di una giuridificazione della politica, con la conseguente politicizzazione della giustizia. Sarebbe toccato a un giuspositivista come Kelsen ricordare la natura non meccanica della giurisdizione e il suo legame intrinseco con il dubbio interpretativo in ordine alla portata delle norme¹⁸⁸.

Allo stesso tempo, però non si può sottovalutare quanto si è cercato di porre in evidenza osservando come, nello Stato costituzionale, una delle questioni più evidenti è il ruolo cruciale che si attribuisce al giudice costituzionale, facendone l'interprete privilegiato della costituzione e, al contempo, il revisore di decisioni politiche capaci di trasgredirla.

Così, anche la nascita della tecnica interpretativa della ponderazione, quale derivazione pratica del criterio madre della ragionevolezza, e quale attività determinativa del valore che i diversi principi costituzionali (astratti per natura) sono chiamati ad esprimere nel caso concreto, costituiscono momenti di riflessione importante nella descrizione di questi mutamenti di paradigma nell'Ordine giuridico contemporaneo. Infatti, la scelta di conferire a un tribunale che non è stato direttamente eletto dalla cittadinanza la potestà di esautorare il potere politico (anche utilizzando ragionamenti la cui oggettività non è riscontrabile), costituisce un'opzione imprescindibile nel perseguimento di un pieno sviluppo della costituzione.

¹⁸⁸ KELSEN, H., *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* in *Revue de droit publique et science politique*. 1928, p. 187 e ss.; SCHMITT, C., *Der Huter der Verfassung*, in *Archiv des Offentlichen Rechts*, 1929, p. 161 e ss.; KELSEN, H., *Wer soll der Huter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, 1930-1931, p. 576 e ss..

Tale attività deve eseguirsi però in modo rigoroso e trasparente, se si intende conseguire la sua generale accettazione¹⁸⁹.

Il giudice costituzionale assume, dunque, in modo naturale un ruolo di guardiano delle basi politiche dello Stato democratico; vale a dire dei principi e dei valori che fondano la convivenza. Questo tribunale – organo generalmente composto da magistrati designati dal potere politico – è il massimo interprete della Costituzione e incarna l'istituzione a cui è assegnato il compito di proteggerla dai possibili abusi del legislatore. Esso deve però proteggerli ponendosi in una posizione di distanza che ne garantisca una visione oggettiva ed estranea agli interessi partigiani.

La garanzia più complessa del legittimo esercizio del sindacato costituzionale è rappresentata dal corretto impiego della ragionevolezza delle decisioni della corte costituzionale. Il giudice costituzionale applica principi astratti e per questo suscettibili di diverse interpretazioni; principi che molte volte si contraddicono e che richiedono un'interpretazione che li concili, concedendo a ognuno il grado di influenza che merita nel caso che viene prospettato.

Il giudice costituzionale, in altre parole, aggiunge ai classici criteri interpretativi (grammaticale, sistematico, etc.) una tecnica specifica: la ponderazione, destinata ad applicare i generici principi costituzionali ai casi specifici che deve trattare. Mediante la ponderazione il giudice relaziona in uno stesso processo di ragionamento i principi costituzionali applicabili al caso e le circostanze specifiche dello stesso, dalle quali dipenderà il peso che, in quel caso concreto, possieda ogni principio.

Si è visto come il giudizio di ragionevolezza e il giudizio intorno alla ponderazione ragionevole degli interessi costituzionali, incanalati nelle tecniche dell'argomentazione, possono essere avallati per il rigore, per così dire "razionale" che li connota, sottraendoli all'accusa di trasformarsi in un arbitrario esercizio di

¹⁸⁹ PEGORARO, L., *La giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*, p. 112.. In questo senso, Lucio Pegoraro afferma che i limiti della discrezionalità delle corti costituzionali possono avere natura "linguistica, giuridico-istituzionale e politica". Da una prospettiva linguistica "i tribunali devono affrontare i vincoli dei testi e dei contesti linguistici ed extralinguistici nei quali operano". Sul piano giuridico-istituzionale, i predetti limiti presuppongono che la regolazione del regime dei collegi costituzionali può essere in qualche modo corretta al fine di evitare eccessi. Il limite di carattere politico, infine, porta la corte a un *self-restraint* nelle materie oggetto di stretta discrezionalità politica purché, citando la Corte italiana, "non sia stata esercitata con arbitrarietà o con irrazionalità".

un anacronistico oggettivismo etico. Giungendo a ritenere la ragionevolezza come una razionalità proiettata sui valori della costituzione.

La ragionevolezza, infatti, applica la razionalità ad un contenuto assiologico, esigendo la fedeltà alla legge e all'interpretazione legale verso questi valori, in modo che sia quanto più conforme agli stessi (o, per ogni caso specifico, al valore che alla luce delle circostanze fattuali si ritiene debba prevalere, ferma sullo sfondo la costituzione intesa come un tutto).

Accettare la ragionevolezza, infatti, non implica di credere che il giudice costituzionale possa offrire un'unica risposta, considerata come corretta (la *one right answer*, sostenuta da Dworkin) per ogni caso che gli si prospetti. La discrezionalità giudiziale è una realtà, una discrezionalità che deriva dall'estrema difficoltà di assicurare con totale certezza che, in determinati "casi difficili", la soluzione sia indiscutibilmente una.

Se in certi casi è ovvio che la soluzione costituzionalmente valida è soltanto una, ci saranno altri casi in cui si potrà optare per varie soluzioni razionalmente corrette, giacché l'unico requisito per farlo è il dovere del giudice di argomentare la propria decisione.

E proprio in tale argomentazione si trova la garanzia della ragionevolezza. Come assicura Alexy, la fonte di legittimità della corte costituzionale è deliberativa: la fiducia del popolo nella sua argomentazione, l'accettazione di questa come corretta per la sua saggezza e oggettività, sono i pilastri su cui si regge la sua potestà. Si deve esigere dal giudice costituzionale che argomenta con la massima scrupolosità ciascuna delle sue decisioni, affinché esse siano trasparenti e possano essere, a loro volta, utilizzate dalla comunità degli interpreti. Deve rimanere chiara, se non proprio evidenziata, la loro qualità razionale, il cui declino sarebbe una potente ragione di messa in discussione della legittimazione dei giudici delle leggi.

Coloro che affermano che nella forma di Stato costituzionale viene sdoganata la logica di un "governo dei giudici", dove la corte costituzionale dirige la politica del paese, non sembrano in definitiva tenere adeguatamente conto dei limiti che il giudice costituzionale incontra al momento di realizzare il suo lavoro, e che restringono drasticamente la sua discrezionalità.

A quanto sinora detto deve aggiungersi un ulteriore elemento di valutazione a sostegno della legittimazione del giudice costituzionale: e cioè che la Costituzione impone altrettanti limiti al legislatore, fino ad esigere da questo azioni positive, pur con ciò non annullando, data l'indeterminatezza che connota la maggior parte delle sue statuizioni, la sua libertà a dare esecuzione al proprio progetto politico contingente. Del resto, le costituzioni attuali conciliano il pluralismo con la giustizia e la diversità di progetti politici con il rispetto alla dignità di tutti, incluse le minoranze.

Sintentizzando i predetti concetti, la funzione della corte costituzionale “è politica, ma allo stesso tempo non appartiene alla politica; risulta essenziale nel nostro modo di intendere la democrazia, ma allo stesso tempo non deriva dalla democrazia”¹⁹⁰.

La Corte costituzionale protegge la *res publica*, e per questo limita la democrazia: lo fa perché vale a preservare il carattere di specificazione della repubblica.

La sua funzione è precisamente di evitare che una parte soltanto si impadronisca della “cosa di tutti”. In breve: la giustizia costituzionale è una funzione repubblicana e la sua ragion d'essere è la funzione antimaggioritaria, esercitando la quale limita sì la quantità della democrazia, ma lo fa per preservarne la qualità¹⁹¹.

¹⁹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005, p. 3

¹⁹¹ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit, p. 121

CAPITOLO QUARTO

I MOMENTI FONDAMENTALI

NELL'EVOLUZIONE DEL DIBATTITO TEORICO

SULLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

1. Premessa

L'età contemporanea ci pone di fronte a una delle manifestazioni più eclatanti della difficoltà del pensiero giuridico a gestire, con i vecchi strumenti teoretici e concettuali, il modello attuale di diritto. Esso propone, infatti, istituti e categorie e definizioni che vanno sempre più distanziandosi dal paradigma concettuale del modello ottocentesco dello Stato di diritto di cui è diretto discendente.

Con l'avvento dello Stato costituzionale democratico, sorto dalle macerie del secondo dopoguerra, gli ordinamenti giuridici europei hanno assunto una nuova fisionomia rispetto alle forme di stato che lo hanno preceduto (come lo Stato legislativo di epoca moderna, o lo Stato giurisdizionale di origine tardo medievale).

Si è assistito al tramonto definitivo dell'idea di una sintesi politica rappresentativa unificante e legittimante, in grado di assorbire senza residui la cittadinanza degli individui¹⁹². Il nuovo Stato costituzionale, inaugurato nel rinnovamento democratico del secondo dopoguerra, si propone con discontinuità rispetto all'assetto politico-sociale precedente, costruendo su fondazioni nuove una, essenzialmente diversa, struttura politica e un essenzialmente diverso ordinamento giuridico.

In questa nuova dimensione giuridica, concetti fondamentali che hanno guidato l'evoluzione dello Stato moderno mutano di forma e sostanza, mostrando una nuova morfologia e aprendo a nuove categorie concettuali, le quali si affiancano all'istituzione di nuovi sistemi di garanzia dei diritti fondamentali.

La democrazia pluralista dello Stato costituzionale contemporaneo mette in discussione ogni assoluto, ivi compreso il principio di maggioranza.

¹⁹² OMAGGIO, V., *Il diritto nello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, pag. 8-9 parla di "tramonto del Leviatano" osservando come "il dispositivo costituzionale degli stati nazionali si fondava sulla legittimazione di un potere unico, capace di rendere uno il corpo politico. Il contratto sociale poteva unire i diritti degli individui al diritto dello Stato come insieme di leggi, espressione di un potere impersonale."

La *querelle* weimariana sul Custode della Costituzione costituisce uno dei grandi esempi della pressione, sul fenomeno giuridico, di nuove spinte di riconcettualizzazione. Ma essa s'iscriveva ancora in un sistema in cui l'esigenza formalistica di assumere il diritto come dato in sé, privo di collegamenti con i suoi presupposti, impediva di concepire l'esistenza di fondamenti ad esso esterni, in una parola "extrapositivi", aprendosi a una non-giuridicità se non proprio a "un'impurità" del diritto¹⁹³.

Era ancora immatura, nel pensiero filosofico, l'idea che la produzione del diritto e la sua applicazione fossero debitrice di una razionalità (o, potremmo dire, di una ragionevolezza) che avrebbe dovuto trarsi dal quadro di principi e valori che soltanto le "nuove" costituzioni avrebbero imposto agli ordinamenti novecenteschi.

Avendo riguardo a quella mirabile stagione, infatti, siamo ancora di fronte al conflitto tra un "grande Vecchio" che non vuole morire e un nuovo *Ordo* che fa ancora fatica a venire alla luce.

I grandi giuristi che ne sono stati protagonisti erano, infatti, ancora relegati – seppure con le dovute cautele e le concesse semplificazioni – al novero di quei giuristi positivi, formati in seno ad un modello positivista ancora ben saldo nelle proprie costruzioni dogmatiche e nella forma *mentis* degli operatori del diritto dell'epoca liberale, post-rivoluzionaria.

A ben vedere, infatti, la Costituzione di Weimar, sebbene avesse per prima "scoperto" i diritti sociali, e per prima avesse seriamente cercato di parlamentarizzare l'avvento della "democrazia di massa", ancora non menzionava neanche un diritto fondamentale; da intendersi, questo, nel senso in cui tale inedito "materiale normativo" verrà poi concepito nella cultura giuridica che ha preso piede dopo la Seconda Guerra Mondiale.

Costituisce, tuttavia, un dato storico quello secondo il quale l'enunciazione dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali sia da collocare, invero, in un'epoca

¹⁹³ Dal punto di vista metodologico, infatti, il progressivo abbandono del metodo positivista implica un aprirsi dell'interprete e, suo tramite, della norma, a molteplici fattori extragiuridici, influenti nella scelta applicativa. Ciò è implicito nell'adozione di metodi antipositivisti per i quali la norma giuridica e *in primis* quella costituzionale, non vive di vita autonoma ma "si fonda su di una normalità del comportamento definita da norme, giuridiche o extragiuridiche, del costume, dell'etica, dell'armonia, della moda, ecc", Così, HELLER, H. *Staatslehre*, (1934) trad. it. *Dottrina dello Stato*, E.S.I., Napoli, 1988, pag. 388.

ben anteriore al secondo dopoguerra (risalendo alle prime Costituzioni e Dichiarazioni rivoluzionarie del '700 – la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776, la Costituzione americana del 1787, la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 – e poi alle Costituzioni e agli Statuti dell'800).

Rispetto a Weimar, esiste, però una novità del costituzionalismo novecentesco (che prende avvio dalla Costituzione italiana del 1948 e dalla Legge fondamentale tedesca del 1949): si tratta della rigidità costituzionale.

Si fa strada – e su questo la lezione americana costituisce l'esempio fondamentale – il concetto di un diritto di carattere sovraordinato alle leggi ordinarie, che funge da “garanzia”, ponendo limite e vincoli ai supremi poteri politici, sia di governo che legislativi¹⁹⁴.

Però le dichiarazioni confluite nelle prime “carte costituzionali” sebbene fossero documenti solenni, e politicamente fondativi della convivenza civile, non erano ancora in grado di limitare giuridicamente il potere legislativo. Anzi, taluni avevano addirittura considerato la Dichiarazione francese del 1789 non alla stregua di una legge positiva, come piuttosto integrante un mero documento politico¹⁹⁵.

Era insomma inconcepibile che una legge potesse vincolare la legge, essendo la legge – questo era il paradigma giuspositivistico della modernità giuridica – l'unica

¹⁹⁴ FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, nel Testo della relazione presentata alle “Primeras Jornadas Internacionales de Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba – I.N.E.C.I.P., Córdoba, 10-12 aprile 2002, contenuto nel Volume a cura di E. Vitale, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, I ed., 2001, riedito nel 2008, pag. 388 e ss.. L'Autore osserva che “Si è trattato di un mutamento profondo di paradigma, sia del diritto che dello Stato. Nel paradigma paleopositivistico dello stato liberale la legge, qualunque ne fosse il contenuto, era la fonte suprema e illimitata del diritto, non subordinata, almeno formalmente, neppure alle costituzioni. Non parlo qui della Costituzione americana, che fu rigida fin dall'inizio ma per ragioni e con effetti del tutto diversi dalla rigidità delle costituzioni europee. Come stabilì nel 1803 nella causa *Marbury vs. Madison* il giudice Marshall, la costituzione americana non è derogabile dal Congresso né dai singoli Stati perché ha la forma di un trattato, modificabile solo da tutti gli Stati membri. Ma questo comporta, in capo ai giudici, il potere di disapplicare le leggi ritenute incostituzionali nel singolo caso sottoposto al loro giudizio, ma non certo quello, attribuito invece alle Corti costituzionali europee, di deciderne il definitivo annullamento. In Europa, invece, di rigidità costituzionale non può parlarsi fino al breve esperimento austriaco del 1920, promosso da Kelsen, e poi alla Costituzione italiana del 1948”.

¹⁹⁵ Prosegue FERRAJOLI, L., in *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, cit. “E anche dopo che ne fu riconosciuta la natura di leggi, le costituzioni furono pur sempre considerate per l'appunto leggi, soggette, come tutte le altre, ai principi della successione delle leggi nel tempo. Basti ricordare lo Statuto albertino del Regno d'Italia, che fu da tutti considerato una semplice legge ordinaria, sia pure particolarmente solenne, e come tale poté essere travolto, senza un formale colpo di stato, dalle leggi fasciste di Mussolini del 1925. Giacché non esisteva fino a 50 anni fa, nell'immaginario dei giuristi e nel senso comune, l'idea di una legge sulle leggi, di un diritto sul diritto”.

fonte del diritto: e ciò, sia che fosse concepita come il prodotto della volontà del sovrano, sia che fosse intesa come l'espressione della maggioranza parlamentare.

Ciò che però ne conseguiva sarebbe stata una concezione paradossalmente "limitante": l'idea dell'onnipotenza della legge e, di conseguenza della politica, di cui il diritto è sarebbe stato allo stesso tempo prodotto e strumento. Con il risultato, altrettanto limitante, di una concezione totalmente formale e procedurale della democrazia, identificata unicamente con il potere del popolo, ossia con le procedure e i meccanismi rappresentativi volti, in definitiva, soltanto ad assicurare la forza della maggioranza.

2. La natura “pratica” della giustizia costituzionale, tra teoria dell’interpretazione e teoria dell’argomentazione

Assunte queste premesse, costituisce dato indubitabile come la “dottrina del neocostituzionalismo” abbia contribuito a “frantumare” concetti e categorie fondamentali ereditate dalla tradizione della teoria del diritto e del costituzionalismo come quello della validità¹⁹⁶, ovvero dell’obbligatorietà e della legittimità, per citare i più rilevanti. Senza con ciò tradirne la funzione.

Lo stesso, rinnovato, stile della normazione costituzionale, l’avvento dei principi fondamentali, la natura programmatica di molte norme costituzionali, hanno determinato una rivisitazione della pretesa ottocentesca di tenere insieme nella legge ordinaria diritto e morale, *sein* e *sollen*, fatto e norma, legge e giustizia. Il legislatore non è più l’esclusivo e assoluto produttore del diritto; non solo diviene giudicabile *ex post*, ma anche *in itinere*. Vacilla la sua autorevolezza storica.

E compare un invitato di pietra. Il giudice delle leggi.

La giustizia costituzionale è una “realtà” che si è imposta scardinando le strutture fondamentali dello Stato moderno prebellico, concretizzando la riconcettualizzazione che essa stessa incarnava (o in sé riassumeva). Essa esprime – sottendendo le proclamazioni dei diritti fondamentali nei sistemi di democrazia costituzionale – l’avvento di una tensione tra il fondamento e l’esercizio dell’autorità politica da una parte, e la garanzia dei diritti di libertà e di giustizia superiori alla legge positiva dall’altra; una tensione, insomma tra la democrazia e il costituzionalismo¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Osserva BOBBIO, N., in *Prefazione* a FERRAJOLI, L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. vii-xiv che “In un ordinamento che abbia recepito i diritti fondamentali di libertà la libertà non può essere soltanto formale e pertanto esiste in esso un problema di giustizia interna alle leggi, e non soltanto esterna: dopo che è avvenuta nella maggior parte delle costituzioni moderne la costituzionalizzazione dei diritti naturali, il tradizionale conflitto tra diritto positivo e diritto naturale, e tra giuspositivismo e giusnaturalismo, ha perduto gran parte del suo significato, con la conseguenza che il divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere, espresso tradizionalmente sotto forma di contrasto tra legge positiva e legge naturale, si è venuto sempre più trasformando nel divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere all’interno di un medesimo ordinamento giuridico”.

¹⁹⁷ È interessante notare come queste espressioni, provenienti da contesti storici e ideologici ben diversi possano, se tenuti insieme, configurarsi sia come un ossimoro che come una tautologia. La pratica della democrazia costituzionale è infatti fondata sull’assunto della compatibilità tra sovranità democratica e limitazione del potere, ma il suo equilibrio è sovente instabile e precario, come

L'interesse per lo studio della giustizia costituzionale s'inserisce, del resto, nella constatazione di come tutte le dinamiche dello Stato costituzionale conducono a un rafforzamento del ruolo dei giudici e conseguentemente del momento interpretativo-applicativo del diritto.

L'atteggiamento dello stesso legislatore in Italia sembra mostrarsi come la presa d'atto di una svolta non più dilazionabile che investe l'ordine giuridico in tutte le sue nervature. Crescendo il ruolo dell'interprete, va progressivamente ampliandosi lo spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dal legislatore all'interprete, così moltiplicandosi le occasioni di coinvolgimento di questo nel processo di enucleazione e definizione del diritto, processo che manifesta sempre più un carattere inventivo¹⁹⁸.

Tutto ciò trova un avallo e un'agevolazione nelle acquisizioni che, prima sul terreno filosofico, e poi su quello della teorizzazione giuridica, si affacciano sul controverso tema-problema della funzione dell'interprete e sul rapporto interpretazione/testo. Problema che sembra essere stato soffocato durante la modernità, che lo aveva ricondotto e ristretto a un tema certo e indiscusso: la riduzione della interpretazione a pura esegesi, ossia a un dipanamento meramente logico-deduttivo (e, quindi, passivo) della volontà racchiusa nel testo.

Il testo normativo, però, non è una realtà autosufficiente. Perché assume compiutezza soltanto con l'interpretazione; questa, togliendo generalità e astrattezza alla norma, la immerge nel concreto, la rende diritto vivo e genera un'intima e immediata comunicazione con la attualità (quella stessa attualità a cui appartiene l'interprete).

L'interpretazione è intermediazione tra il messaggio del testo scritto (necessariamente estraniato dal divenire e quindi da ciò che è reale) e la attualità

dimostrano i rapporti conflittuali tra potere giurisdizionale e potere politico. Su questo cfr. V. OMAGGIO, *Il diritto nello Stato costituzionale*, cit. p. 10.

¹⁹⁸ Si apre, così, il problema del rapporto tra giudici e diritto: le separazioni tra legge-diritto-justitia e tra principi-regole pongono su un piano fondamentale il problema dell'interpretazione del diritto e della sua applicazione come disciplina pratica: il caso non può infatti comprendersi se non in riferimento alla norma e questa in riferimento a quello, perché non c'è solo il caso che deve orientarsi alla norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso. Non vi sarebbe alcuna "vera" interpretazione del diritto, ma una sua creazione occasionalistica ad opera del giudice della controversia concreta; oppure l'interpretazione si chiuderebbe in un insensato discorso sul diritto, sradicato dalla propria essenziale funzione regolatrice e "amputato" perciò della sua base di senso e ragion d'essere. VIOLA, F., e ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999

dell'interprete. Conseguenziale ed automatico è il protagonismo dell'interprete, quale attore primario grazie alla sua operosità intermediativa.

In un contesto normativo dominato dai principi e caratterizzato dalla destrutturazione del vecchio sistema di impronta statualista, il “momento pratico” del diritto (elaborazione, interpretazione e applicazione della legge) assume un ruolo cruciale. E all'interno del novero degli interpreti un posto primario spetta oggi, senza alcun dubbio, al giudice (in particolare, per quel che riguarda questo Studio, quello costituzionale).

Attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi il potere giudiziario (qui inteso in senso lato) ha acquisito, inoltre, un immenso potere politico e ciò ha portato numerosi interpreti a denunciare come in ogni giustizia costituzionale si annidi il pericolo di un paternalismo giudiziario, incompatibile con l'autodeterminazione democratica¹⁹⁹, conseguente al venir meno di quel metodo sillogistico rigidamente deduttivo, fatto apposta per vanificare la volontà personale (potenzialmente creativa e arbitraria) di chi lo usa.

Occorre, in quest'ottica tenere ben saldo un altro aspetto, anch'esso fondamentale nel rinnovato spirito costituzionale – ulteriore aspetto che ci può guidare nella ricerca di ciò che dà senso e assicura legittimità alla giustizia costituzionale – e cioè la “teoria giuridica dell'argomentazione”. Con i suoi tentativi di rimodellare la nozione di certezza del diritto e di salvare così il valore insito nel principio di legalità, essa ci guida dunque nella ricerca di un equilibrio che, in una società plurale, la costituzione – e i suoi interpreti – hanno il compito di salvaguardare, ricercare e financo “costruire”.

Anche sotto questo profilo è dunque possibile scorgere un cambiamento rispetto al paradigma precedente: nelle teorie dell'argomentazione, infatti, si ritrova una sorta di allentamento del collegamento tra certezza e prevedibilità, e va ivi assumendo un peso sempre maggiore, il tema della controllabilità.

Il *focus* si sposta, infatti, sui processi razionali, logici e non soltanto legali, presupponendo una connessione tra diritto, morale, ragione pratica ed esprimendo

¹⁹⁹ BÖCKENFÖRDE, E.W., *Stato, Costituzione, democrazia*, Giuffrè (collana Civiltà del diritto) 2006, cit..

una tendenza, tipica del nostro tempo, verso la giustificazione *ex post* e alla considerazione del momento fattuale del diritto.

E ciò, ancora, in netta contraddizione rispetto a quanto aveva caratterizzato l'impostazione giuspositivista, nella quale il diritto va identificato sulla base di un complesso di disposizioni predeterminate, capaci di fissare *ex ante* i criteri di identificazione delle norme, e così di tutto ciò che è diritto, nel contesto di stabilità e omogeneità in cui una tale dogmatica ha potuto proliferare (teorizzando quella trasparenza logico sistematica del processo di applicazione delle fonti ai soggetti dell'ordinamento). Un contesto che nessun sistema giuridico contemporaneo – fatto di regole, principi e programmi – riesce più a garantire²⁰⁰.

Il problema rimane, dunque, quello del quale sono già state gettate le linee fondamentali nel Primo Capitolo: gli interrogativi su come la Corte costituzionale possa legittimarsi in un ordinamento che, nonostante la sua rinnovata conformazione e la decostruzione sui fondamenti del quale è erede, rimane sostanzialmente ancorato alle tradizioni e ai valori connessi al principio di legalità e che, seppure in maniera più “sofferta” o molto diluita (se non addirittura “utopica”), ancora guarda all'idea formale della una legge e alle procedure per la sua approvazione come l'unica sede dove si esprime la volontà popolare e in cui, in definitiva, risiede la democrazia.

Rimane il dilemma sul “posto” della Corte costituzionale quale organo (di sicura rilevanza politica) capace di depotenziare la “parola del popolo” espressa nella legge parlamentare.

Esso è assai vivo nella realtà pratica, nell'attualità dello scontro politico quotidiano, nei conflitti giuridici interistituzionali o interterritoriali, ma deve essere indagato in un livello più alto, maggiormente speculativo. In una parola, filosofico.

Si tratta di impostare la questione della legittimazione a partire da parametri che non sembrano stabilmente e chiaramente impostati nella dimensione filosofico giuridica contemporanea (bisognosi quindi di una stabile concettualizzazione), essendosi venuto a determinare un certo “disordine dogmatico” rispetto a parametri tradizionali ormai stravolti.

²⁰⁰ HABERMAS, J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), cit. p. 262.

Del resto, guardando alla fase costituente italiana e al dibattito in ordine all'istituzione della Corte costituzionale (si veda su questo l'ultimo capitolo) emerge una "confusione di fondo", affrontata dai Padri costituenti, in quelle floride sedute, forse con un occhio eccessivamente rivolto al passato e poco attento alle potenzialità espressive di un istituto così nuovo, se non addirittura "eversivo" (è nota la posizione dei comunisti su una tale Istituzione).

Quando fu istituita la Corte costituzionale non si poteva ancora – forse proprio a causa di quella tendenza a sottovalutare i più volte richiamati "movimenti della riconcettualizzazione" – immaginare, o addirittura "sospettare", quale sarebbe stato il suo esito. Si era, forse, troppo confidenti nella ferma convinzione che la Corte costituzionale potesse limitarsi ad esprimere il modello kelseniano di un legislatore negativo che avrebbe operato per "rime obbligate".

Occorre riconoscere, però, che la visione kelseniana di una corte "neutrale", custode esterna del parlamentarismo, innestata in una costituzione indifferente ai valori, agli interessi materiali, ai contenuti reali, rappresenta tuttavia un disegno storicamente superato. Infatti, le costituzioni contemporanee hanno attuato una penetrante rivoluzione culturale sul piano giuridico, esprimendo – rispetto al passato – una visione invertita della genesi del diritto e, conseguentemente, un mutamento di fondo nel puntualizzarne l'essenza.

È infatti ormai pacifico che nell'evoluzione della giustizia costituzionale, tanto nei sistemi "diffusi" quanto in quelli "accentrati", il modello kelseniano del giudice delle leggi quale "legislatore negativo" (esterno ed estraneo, dunque, al ciclo nomo-poietico) costituisca teorica dai confini eccessivamente angusti, specie se volti a spiegare le dinamiche che connotano oggi il "posto" della Corte costituzionale nell'ordinamento italiano e l'atteggiarsi, il contenuto e la stessa legittimazione del sindacato di costituzionalità²⁰¹.

²⁰¹ Su questo argomento sono fondamentali i contributi di MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi, ideologie del Costituente*, Milano, 1979, ID, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Milano 1984, e di BISOGNI, G., *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico*, cit., ove è frequente il riferimento al fatto che le Corti svolgono un ruolo diverso da quello immaginato da Kelsen, innestato in una concezione "gradualistica" dell'ordinamento. I giudici costituzionali sottopongono continuamente le leggi a verifiche di vera e propria "razionalità materiale", basate sull'idoneità a realizzare obiettivi di benessere sociale, nel rispetto ad esempio di criteri di eguaglianza tra i cittadini, di proporzionalità e adeguatezza tra mezzi e fini e di congruenza con i principi fondamentali del sistema giuridico.

Si erano, insomma, eccessivamente trascurate le potenzialità – forse “eversive”, ma è più onesto definire – “riconcettualizzatorie”, di un Organo schiacciato tra la Costituzione, il diritto e la politica, tra la legge e la morale, mondi che la Storia del pensiero giuridico occidentale mostra da sempre ed eternamente in conflitto.

3. I diversi modelli di giustizia costituzionale e le questioni teoriche e storico-filosofiche ad essi sottese

La giustizia costituzionale è un'acquisizione recente della cultura del costituzionalismo occidentale.

Come fenomeno, essa può certamente osservarsi in una prospettiva squisitamente storico-costituzionale; ciò, però, non esclude che – muovendo da questa – si possano considerare e approfondire quegli studi di teoria giuridica che sono più propriamente afferenti al campo della filosofia del diritto.

L'analisi dei modelli empirici e dei dibattiti che intorno a questi sono andati svolgendosi saranno perciò in questa sede esaminati – ferma la necessaria descrizione “realistica e fattuale” del fenomeno – nella specifica prospettiva dell'intermediazione che sui relativi temi ha guidato la speculazione dei filosofi del diritto.

Venendo a un'analisi sintetica dei modelli teorici, può subito evidenziarsi come Oltreoceano, con il *judicial review of legislation*, si sia data la stura a una particolare pratica giudiziaria, fondata sul carattere consuetudinario della costituzione²⁰², volta a rivendicare il diritto del popolo a conservare la propria *constitution* e per giudicare le scelte dei suoi governanti. In questa specifica dimensione, ciò avvenne sul presupposto fondamentale dell'invocazione del carattere consuetudinario della Costituzione quale norma superiore.

Tout au contraire, questo stesso potere riconosciuto al giudice statunitense di applicare la costituzione e di disapplicare la legge era invece di difficile, se non di inaccettabile, impiego sullo sfondo della Rivoluzione francese dove era chiaramente incompatibile con le idee giacobine della sovranità parlamentare e con la tradizionale diffidenza, ereditata dall'*Ancien Régime*, verso i giudici.

Al di là della Francia, i principali modelli emersi in Europa, dopo quello austriaco progettato da Hans Kelsen, hanno sì, in vario modo, articolato i singoli elementi dell'armamentario kelseniano dell'accennata *Verfassungsgerichtsbarkeit*, ma essi sono stati inoculati all'interno di costituzioni di impostazione e

²⁰²HAMILTON, A., *The Federalist's Papers n. 78*, in *Il Federalista*, (a cura di) M. D'ADDIO E G. NEGRI, trad. it. di TEDESCHINI LALLI, B.M., il Mulino, Bologna, 1990. FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, 2014

contestualizzazione pratica diverse rispetto all'ideale prefigurato nelle teorie del Giurista austriaco.

Si tratta infatti, nella totalità dei casi, di codificazioni costituzionali innovative, impregnate di norme di principio, sui diritti e sui poteri, che sostituiscono i principi generali, di sapore liberale, tipici dell'ordinamento giuridico ottocentesco e delle sue costituzioni *octroyées*.

Nell'autocomprensione dei giudici costituzionali e dei loro osservatori accademici, questi modelli europei si ispirano a diverse "filosofie istituzionali" e rappresentano altrettanti orientamenti nella ricerca di senso della giustizia costituzionale.

Assumendo, di fianco al paradigma americano della *judicial review*, le esperienze europee della giustizia costituzionale sorte all'indomani della Seconda Guerra Mondiale – ma prescindendo da un dettagliato esame del loro funzionamento – si problematizza la riflessione filosofica sulla tenuta della *ratio* fondamentale che sta alla base, contro la quale essa impatta, costituita dalla particolare esigenza di unità e certezza giuridica dell'ordinamento. Temi maggiormente sentiti nelle metodologie e nelle culture giuridiche di *civil law* che pure sono state dotate di giudici speciali per sindacare l'esercizio del potere esecutivo.

La pluralità dei modelli europei si spiega con i diversi e varianti rapporti che essi considerano e instaurano tra legislatore, organi della giustizia costituzionale, e altri giudici comuni.

È in questa premessa di eterogeneità di contesti storico-costituzionali, che nel 1795, nasce in Francia la proposta dell'abate Sieyès di istituire un *jury constitutionnaire* che rappresentasse il popolo²⁰³: «Una Costituzione è un corpo di leggi obbligatorie, oppure non è niente. Se è un corpo di leggi, ci si domanda dove sarà il guardiano, dove sarà la magistratura di questo codice? [...] La magistratura civile vi sembrerebbe poter svolgere questa alta missione? No, non si può

²⁰³ZAGREBELSKY, G., in *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 330.

disconoscere così tanto l'importanza dell'atto costituzionale per ridurlo a essere nient'altro che un titolo di codice civile»²⁰⁴.

L'interesse filosofico giuridico che apre all'analisi dello statuto di questa particolare forma di giustizia costituzionale si può motivare in base a due argomenti: uno, estraneo all'opera di Sieyès, è collegato proprio alla possibilità che il *jury* rappresenti una specie di istituzione antesignana della corte costituzionale; l'altro, connaturato al percorso intellettuale dell'Abate, riguarda il fatto che il *giuri* incarna le fondazioni dell'intera architettura costituzionale disegnata da Sieyès²⁰⁵.

Originando dal dualismo fra separazione dei poteri e giustizia costituzionale nello Stato liberale di diritto²⁰⁶, l'esperienza sorta nelle teorizzazioni di Sieyès è rimasta alla base del dibattito teorico sulla giustizia costituzionale sviluppatosi in Francia e ha storicamente accompagnato la progettazione e l'istituzione dei principali organi e istituti di giustizia costituzionale elaborati dalle costituzioni francesi nelle varie fasi storiche (*Sénat conservateur*, *Senato consulto*, *Comitato costituzionale*, *Conseil constitutionnel*)²⁰⁷.

Per la sua complessità e originalità, il progetto costituzionale presentato da Sieyès rappresenta il centro attorno al quale ha cominciato a ruotare una riflessione

²⁰⁴ *Opinione sul giuri*, in SIEYÈS, E., *Scritti e testimonianze politiche*, a cura di Pasquino, P. Milano, Giuffrè, 1993, t. I vol. 2, p. 815.

²⁰⁵ Questa proposta fu respinta, tra le altre ragioni, anche perché si ritenevano sufficienti le garanzie offerte dal bicameralismo (si pensi alla dicotomia – emersa in premessa – che divide, rispetto alla giustizia costituzionale, l'esperienza dello stato liberale di diritto e del costituzionalismo monarchico sviluppatasi rispetto all'affermazione dello stato costituzionale di democrazia pluralista) nonché per le criticità a quello che sembra un problema irrisolvibile: quello di un effettivo controllo del popolo sui controllori (*quis custodit custodes?*). L'equilibrio costituzionale avrebbe retto dunque sulle procedure della legislazione bicamerale con sanzione regia, escludendo a lungo ogni sindacato sostanziale sulle leggi da parte dei giudici. FAVOREU, L., (a cura di), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, 1987.

²⁰⁶ ESPOSITO, C., *La validità della legge*, CEDAM, Padova, 1934 il quale evidenzia la giustizia costituzionale era una forma di giustizia di Stato, una speciale giurisdizione penale che doveva difendere uno Stato retto da patti costituzionali tra vecchi *élites* aristocratiche e nuovi ceti borghesi. La giurisdizione su questi patti ebbe soltanto un valore simbolico, perché, come diceva Benjamin Constant, la responsabilità dei ministri poteva essere spesso invocata, raramente portata in giudizio e quasi mai giudicata, essendo per lo più impossibile ripristinare un equilibrio costituzionale compromesso da rivendicazioni di sovranità da ambo le parti.

²⁰⁷ GOLDONI, M., *La natura del jury constitutionnaire di Sieyès*, Materiali per una storia della cultura giuridica, 2/2012, il Mulino – Rivistaweb. Dall'approfondimento teorico delle implicazioni di una tale proposta si può ancor più vedere quella difficoltà qualificativa dello statuto degli organi di giustizia costituzionale: il *jury* non era, infatti, totalmente equiparabile né ad una corte costituzionale né ad una camera legislativa. Esso, come un ermafrodito o un Giano bifronte, si trovava a metà strada, costituendo tuttavia un tassello, allo stesso tempo ambiguo ed essenziale, di una specifica concezione della rappresentanza e della separazione dei poteri che ha trovato terreno fertile nella Francia postrivoluzionaria: si allude al trionfo della dottrina volta a promuovere un costituzionalismo di natura legicentrica.

orientata alla possibilità di immaginare una sovranità “limitata” e di una politica che non straripasse oltre la funzione di riconoscimento e soddisfazione neutrale dei bisogni individuali.

Ebbene, se – volendo semplificare – nella dimensione statunitense la giustizia costituzionale si fonda sull’idea di un controllo giurisdizionale diffuso e *a posteriori* che vede coinvolto ogni giudice, nell’evoluzione politico-costituzionale dell’Europa continentale essa è stata quasi sempre “confinata” in una giurisdizione speciale. E ciò, sul dogmatico presupposto che così si sarebbe maggiormente garantita la discrezionalità delle assemblee parlamentari, legittimamente investite dal popolo sovrano.

Su questo sfondo storico, l’acme delle controversie sul controllo giudiziario di costituzionalità è stata raggiunta nella celeberrima polemica tra Hans Kelsen e Carl Schmitt. Iniziata nel 1928 durante un convegno tenutosi a Vienna in seno all’Associazione dei costituzionalisti tedeschi, essa è rimasta alla storia come un dibattito fondamentale e, allo stesso tempo, cruciale sul tema del “Custode della costituzione”. E di qui, giocoforza, sul tema di fondo della “legittimazione” del giudizio di legittimità costituzionale sulla legge²⁰⁸.

Il dibattito si era concentrato sul dubbio se investire lo *Staatsgerichtshof*, la Corte per la di giustizia di Stato del *Reich*, del potere di annullare la legislazione “incostituzionale”.

La proposta di Kelsen fu quella di istituire un organismo dotato del potere esclusivo di un controllo astratto, non incidentale, di tutte le norme del sistema giuridico, sia che fossero di provenienza parlamentare che del governo. Sulla scorta dell’architettura istituzionale che caratterizzava la Corte costituzionale austriaca, Kelsen immaginò una congerie di strumenti tecnico legali che consentissero di assicurare la migliore collocazione del tribunale costituzionale nel sistema.

Schmitt, al contrario, difendeva il modello weimariano di un controllo diffuso e occasionale dei giudici ordinari, sviluppato dal *Rechtsgericht* a partire dal 1923 e

²⁰⁸VINX, L., *The Guardian of the Constitution, Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge 2015.

combinato con un controllo politico sistematico del Presidente in sede di promulgazione e di decretazione d'urgenza delle leggi.

A prescindere dall'articolazione dello strumento specifico impiegato, per entrambi i costituzionalisti la fine della monarchia costituzionale e il nuovo contesto storico, politico e istituzionale rendevano necessario ricercare una nuova impostazione di garanzia della costituzionalità delle leggi.

Il Giurista austriaco difendeva la scelta di vietare il sindacato diffuso e di creare una corte di giustizia costituzionale “gemella” della Corte di giustizia amministrativa: l'annullabilità delle leggi incostituzionali avrebbe conferito – nella prospettiva dello Studioso austriaco – maggiore garanzie. Sia con riferimento all'istituto della responsabilità dei ministri (che garantiva gli equilibri di sistema nella vecchia monarchia costituzionale), sia rispetto all'accertamento diffuso, caso per caso, di una nullità originaria.

Il fondamento sul quale poggia la proposta di Kelsen di costituire un tribunale costituzionale in Germania sta nella teoria della c.d.. *Stufenbaulehre*: in base ad essa, il procedimento di produzione normativa si configura come una sequenza gerarchicamente organizzata di norme, dove ogni norma giuridica è il prodotto della previsione di norme giuridiche di livello superiore.

Il modello kelseniano di una giustizia costituzionale “accentrata” in un organo costituzionale *ad hoc* fu, dunque, giustificato – analogamente alla concezione superiore della Costituzione quale *higer law* espressa nella celeberrima sentenza *Marbury vs Madison* negli Stati Uniti – con la teoria della gerarchia delle fonti del diritto.

Secondo Kelsen, la giustizia costituzionale sarebbe servita, in questo modo, a rafforzare la *Geltungskraft* (forza normativa) della Costituzione²⁰⁹.

In questa ottica, inoltre, il giudizio di costituzionalità delle leggi sarebbe apparso meno incompatibile con la pretesa sovranità del legislatore.

Nel modello propugnato, la costituzione non avrebbe impedito che fossero prodotte fonti primarie con essa anche incompatibili, ma avrebbe dovuto correlativamente prevedere che tali fonti (incostituzionali) potessero essere abrogate non soltanto con le procedure della legislazione, ma con un'apposita

²⁰⁹KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981

procedura giudiziaria che assegnasse alla Corte costituzionale una funzione di “legislazione negativa”.

A differenza di quella “positiva”, questa legislazione negativa si sarebbe dovuta svolgere essenzialmente in applicazione della Costituzione. Essa, di conseguenza, veniva qualificata e ascritta alla dimensione della “giurisdizione”²¹⁰.

Diversamente dalla visione “pura” di Kelsen, considerando la Costituzione come massima espressione di una decisione politica, Carl Schmitt rilevava conseguentemente l’ingiustiziabilità delle questioni, appunto politiche, in esse contenute.

Nell’immaginazione del Giurista tedesco, la Costituzione non poteva intendersi alla stregua di “una griglia” nella quale costringere l’ordinamento giuridico; tanto meno farla coincidere con una serie di procedure etero imposte e volte alla ambiziosa, ma in sostanza fallace, speranza di creare artificialmente un ordine politico impalpabile e autonomo.

La costituzione è vista, infatti, come una “scelta totale”, consustanziale all’entità normativa che regola, e che restituisce, a specchio, l’identità stessa della società in cui vige e che con essa si sviluppa.

Egli polemizzava contro i disegni di legge che, per arginare il sindacato diffuso avviato in concreto dai giudici comuni, riservavano il controllo di costituzionalità delle leggi – da attivarsi in via principale e incidentale – allo *Staatsgerichtshof*.

Per Schmitt, ogni giudice avrebbe dovuto essere investito del potere/dovere di sindacare la costituzionalità formale e materiale di una legge. A ciascun giudice doveva riconoscersi la facoltà di controllare se dietro la forma della legge non si celasse semplicemente un ordine concreto che attentava all’indipendenza del giudice stesso, così forzando la giurisprudenza.

Questo sindacato – solo occasionale – coincideva con la necessità tecnica del giudice di risolvere una puntuale collisione tra norme necessarie per il proprio giudizio e non si sarebbe spinta fino a tradursi in una vera e propria garanzia della Costituzione da affidare ad altre, maggiormente legittimate, istituzioni.

²¹⁰Secondo Kelsen, la Corte costituzionale ha, in realtà, una potestà legislativa negativa: «La decisione con la quale la Corte annulla una legge ha la medesima natura di una legge che abroghi un’altra legge: essa è, in altri termini, un atto legislativo negativo». Cfr. KELSEN, H., *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, «The Journal of Politics», n. 4. 1942pp. 224-225.

Attribuire a una corte costituzionale, oltre al giudizio sulla responsabilità per attività incostituzionali dei membri del Governo o sulle controversie federali, anche la giurisdizione sulla conformità della legge alla Costituzione, si sarebbe in sostanza tradotto nell'istituzione di una nuova, anomala, istituzione giudiziaria, peraltro essenzialmente politica.

Si sarebbe, inopportuno, offerta una parvenza di "giustizia" a funzioni sostanzialmente governative, così doppiandone le prerogative.

Essendo la Costituzione una decisione politica complessiva, solo condensata nella forma di una legge, la Corte, invece di applicare una legge a un fatto, sarebbe inammissibilmente giunta a compiere un'interpretazione autentica della Costituzione. E ciò, agendo come se fosse qualcosa che non poteva essere: un legislatore costituente. In questo modo, secondo Schmitt, si sarebbe arrivati ad un'eccessiva politicizzazione della giustizia intera: «la giustizia avrebbe tutto da perdere, la politica nulla da guadagnare».²¹¹

Le controversie costituzionali, intese come conflitti tra i titolari dei poteri politici supremi, sarebbero state destinate ad impantanarsi in continui e deleteri conflitti politici, ovviamente insuscettibili di una reale soluzione giudiziaria. Sarebbe stato possibile giungere a una tale soluzione soltanto con la prevaricazione della volontà politica avversaria o con un'intesa politica, per definizione "libera nei fini". Insomma, la vera garanzia della Costituzione contro i suoi nemici sarebbe stata soltanto quella politica del Presidente del Reich²¹².

²¹¹SCHMITT, C., *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931, (Trad. it.: *Il Custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981)

²¹²A differenza del costituzionalismo statunitense, quello europeo ha una tradizione monarchica che attribuiva al monarca il ruolo di potere moderatore e arbitro dei poteri. La custodia della costituzione, che Schmitt riservava a un Presidente della Repubblica direttamente eletto dal popolo, si ispira all'idea di un quarto potere neutro, demandato ad arbitrare eventuali controversie tra i poteri e a fare valere la loro comune responsabilità d'innanzi alla Nazione. Ancora, nella forma di governo semipresidenziale di Weimar, si sperava che il Presidente potesse svolgere quella funzione di garante che l'Imperatore aveva smarrito in Austria, dove peraltro la svolta presidenziale del 1929 costrinse Kelsen a lasciare la Corte costituzionale. Cfr. LUTHER, J., *Giustizia costituzionale*, op. cit..

4. Il problema della legittimazione della giustizia costituzionale: una lettura “d’insieme”

4.1. Alcuni interrogativi di fondo

Si è già notato come il problema del controllo di costituzionalità delle leggi possa ben porsi come “crocevia” tra le riflessioni proprie della filosofia del diritto e della teoria costituzionale da un lato, e tra la filosofia morale e la filosofia politica dall’altro.

Ciò, soprattutto, con riferimento alla questione di fondo, posta sull’interrogativo se un conflitto “morale” sui contenuti di principio delle costituzioni debba sempre e comunque decidersi con i crismi e le formalità di un procedimento democraticamente rispettoso, ovvero se possa piuttosto risolversi anche in base a un giudizio svolto da soggetti la cui attività non costituisce invero di quella procedura decisionale democratica²¹³.

La questione problematica che lega trasversalmente il *judicial review of legislation* americano e l’istituzione di Corti accentrate di controllo sostanziale corre lungo l’esigenza di assicurare che l’ultima parola sulla legislazione concernente i diritti spetti a un organo capace di svolgere un ragionamento adeguato alla sostanza non solo giuridica, ma anche morale, che caratterizza i diritti fondamentali.

Sono, a tale proposito, i giudici a dover svolgere questo compito e ad avere l’ultima parola?

Oppure, in uno stato democratico, la sede dove trattare le questioni che attengono ai diritti fondamentali dovrebbe essere individuata nel potere legislativo e nel procedimento di approvazione delle leggi, ad esempio perché il giudizio di moralità politica formulato dal legislatore, diversamente da quello dei giudicanti, non sarebbe mischiato al ragionamento propriamente giuridico²¹⁴?

²¹³CHESSA, O, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, 2014 il quale aggiunge che a giudizio di Waldron (WALDRON, J., *Judges as Moral Reasoners*, in *International Journal of Constitutional Law* (I-CON)M VOL. 7, 2009, 2, 11) non è affatto detto che “judges are good at morality” cioè “they are better at moral reasoning than other political decision makers”.

²¹⁴WALDRON, J., *Judges as Moral Reasoners*, in *International Journal* cit. second il quale “il ragionamento in cui si cimenta il legislatore è un ragionamento in nome della comunità intera su questioni morali importanti, quando è opportuno che questo ragionamento non sia vincolato dai testi

Qual è, insomma, il soggetto che è maggiormente in grado di produrre migliori giudizi di moralità politica? e attraverso quali tecniche argomentative?

Tali interrogativi percorrono tutta l'evoluzione della giustizia costituzionale: nata come sistema di controllo di costituzionalità delle leggi e come strumento per rendere effettiva e operante la costituzione (e a cui è teoricamente precluso ogni giudizio di merito sulle scelte del legislatore). A causa di una combinazione di molteplici fattori – che discendono anche e soprattutto dai cambiamenti che possono guardarsi nella prospettiva del passaggio dallo Stato liberale allo Stato costituzionale – la giustizia costituzionale, quale costruzione allo stesso tempo pratica e teorico concettuale, sembra progressivamente superare i confini nell'ambito dei quali era stata immaginata, finendo per sconfinare nel campo del merito legislativo.

A fronte di tale propensione, si è sviluppato nell'elaborazione teorica un animato dibattito sulla necessità, o meno, di ancorare il “giudice delle leggi” ad approdi che potessero mantenerlo nei classici canoni della democrazia rappresentativa, fondata sulla sovranità popolare²¹⁵.

Nelle pagine che seguono saranno tratteggiate, per grandi linee tematiche, le basi concettuali, che a seconda del contesto storico, geografico, istituzionale si sono state gettate per articolare le possibili risposte agli interrogativi appena evidenziati e come esse si sono misurate, nella pratica, con l'articolazione dei modelli concreti che ne sono discesi.

normative vigenti, ricostruzioni di dogmatica giuridica e precedent. I legislatori affrontano le questioni daccapo, come se fosse per la prima volta”.

²¹⁵Kelsen ammoniva a riguardo che «Ciò che la maggioranza dei giudici di questa corte considera giusto può trovarsi in insanabile contrasto con ciò che la maggioranza delle persone crede e sarà certamente in contraddizione con ciò che ritiene la maggioranza parlamentare, la quale dopo tutto ha approvato questa legge. È auto evidente che il concetto di costituzione impedisce che una legge emanata dal parlamento sia subordinata all'uso di parole ambigue tal quale è la parola “giustizia”. Ciò in quanto, in mancanza di definizioni più rigorose, il diritto viene così ad essere subordinato alla libera discrezionalità di un organo collegiale istituito secondo criteri politici più o meno arbitrari». Moreso, J.J. e Troper, M., *Giustizia costituzionale e stato di diritto*, cit. p. 19. Se la Corte costituzionale fosse stabilmente in grado di salvaguardare la conformità delle leggi alla Costituzione e se, oltre a ciò, essa possa garantire la protezione delle minoranze nei regimi democratici, allora avremmo ottenuto una solida giustificazione per il controllo di legittimità costituzionale degli atti del legislativo.

4.2. Nella dottrina nordamericana

Ponendoci nella prospettiva americana, il dibattito sulla compatibilità con la democrazia rappresentativa di prevedere una funzione giurisdizionale costituzionale non direttamente inserita nel circuito rappresentativo (e deputata al sindacato sulla conformità costituzionale di una legge espressione della volontà della maggioranza²¹⁶) è collegato all'acquisizione di una concezione prescrittiva della Costituzione intesa come norma giuridica.

Ciò è ben documentato nella sentenza *Marbury vs Madison* del 1803 dove per la prima volta emerge chiaramente un'idea della costituzione quale norma giuridica, come parametro. Recita il passo più celebre della sentenza: «Tra queste proposizioni alternative non c'è via di mezzo: o la costituzione è legge suprema immutabile con i mezzi ordinari, oppure, allo stesso livello delle leggi ordinarie, e come queste, è modificabile ogniqualvolta piaccia al legislatore. Se è vera la prima parte dell'alternativa, allora la legge contraria alla Costituzione non è una legge; se è vera la seconda, allora le costituzioni scritte sono un assurdo tentativo per limitare un potere per sua natura illimitabile. Ma certamente tutti gli artefici della costituzione hanno ritenuto di aver elaborato la legge fondamentale e suprema della nazione; di conseguenza, il principio valido in questo caso come in

²¹⁶ Nella dottrina italiana ad esempio, secondo la teoria realista elaborata da Vezio Crisafulli, nessun modello di giustizia costituzionale può invero vantare una piena legittimità democratica. Secondo l'Autore "la Corte non è organo rappresentativo, anche se per un terzo di formazione elettiva e per un altro terzo composta da giudici nominati da un organo elettivo, quale il Capo dello Stato (a sua volta però non immediatamente rappresentativo del popolo)". Se anche il sindacato di costituzionalità fosse diffuso, spettando ad ogni giudice, non per questo l'antinomia sarebbe evitata. L'Autore si domanda se, d'altronde e più in generale, non sia forse l'intero sistema della giurisdizione estraneo al principio democratico e se non sia quello dei giudici (di qualsiasi giudice) un potere privo di legittimazione democratica. L'apparente antinomia può essere dunque superata solo considerando la richiamata contraddizione come inevitabile e immanente alla Costituzione liberal-democratica: "la giustizia costituzionale non tanto rappresenta un'antinomia, quanto piuttosto un'alterazione dello schema democratico-parlamentare; un'alterazione intenzionalmente posta in essere dai costituenti in funzione di un preciso disegno politico, nella quale si esprime quella componente liberale e garantista che qualifica il regime democratico costituzionalmente adottato. Bisogna riconoscere, infatti, che la mancanza di legittimazione democratica che si riscontra nella struttura della nostra Corte costituzionale (come di solito degli organi similari esistenti in altri ordinamenti) è inevitabile ed anzi in qualche misura necessaria per assicurare l'effettiva estraneità del "controllore" rispetto al "controllato". Se le assemblee legislative e la Corte costituzionale derivassero egualmente dall'investitura popolare, e tanto più se quest'ultima fosse diretta ed esclusiva emanazione di quelle, si realizzerebbe, bensì, un alto grado di omogeneità politica e quasi un continuum tra i due poteri, ma a prezzo di un affievolimento del controllo, che finirebbe per rassomigliare ad un autocontrollo". CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale – vol. II: L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1978, p. 73

ogni altro regime a costituzione scritta deve essere che un atto del potere legislativo contrastante con la Costituzione è nullo».²¹⁷

Tale pronuncia ha sancito, oltreoceano, il sorgere di una pratica giudiziaria volta alla limitazione del potere – che trova, come detto, la sua origine nella pratica giuridica emergente dal rapporto tra colonie americane e Madrepatria – finalizzata alla rivendicazione del diritto del popolo alla conservazione della propria costituzione, e alla verifica di legittimità delle scelte dei suoi governanti.

Ciò avvenne sul presupposto dell'invocazione del carattere consuetudinario²¹⁸ della Costituzione, quale *higher law* e *background* naturale di principi fondamentali come *liberty* e *happiness*²¹⁹.

Nella prospettiva della dottrina nordamericana del *judicial review of legislation*, è ad Alexander Hamilton che si deve l'idea che il terzo potere sia in qualche modo “*the least dangerous branch*”, l'unico potere in grado di proteggere la Costituzione: «*it is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature*»²²⁰.

Però, da quando esiste la giustizia costituzionale, vive anche il timore della “*judicial supremacy*”²²¹ o “*juristocracy*”²²² che possa prendere il posto della democrazia.

E in questa dimensione è sorto il c.d. “*countermajoritarian dilemma*” formulato da Bickel²²³: esso consiste nel fatto che un giudice anche non eletto direttamente dal popolo e mai responsabile verso di esso possa rendere *null and void* scelte

²¹⁷FIORAVANTI, M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, 2014

²¹⁸HAMILTON, A., *The Federalist's Papers n. 78*, in *Il Federalista*, cit.; FIORAVANTI, M., *Appunti di storia*, cit.

²¹⁹KRAMER L., *The People Themselves*, in *Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004, p. 9 ss.

²²⁰HAMILTON, A., *The Federalist's Papers n. 78*, cit.

²²¹KRAMER, L., *The People Themselves*, cit., 2004

²²²HIRSCHL, R., *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, (Mass.), 2005

²²³BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, I ed. 1962, Yale University Press, 1986. Se la Corte costituzionale fosse stabilmente in grado di salvaguardare la conformità delle leggi alla Costituzione e se, oltre a ciò, essa possa garantire la protezione delle minoranze nei regimi democratici, allora avremmo ottenuto una solida giustificazione per il controllo di legittimità costituzionale degli atti del legislativo.

imputabili ad una maggioranza, e quindi resistere, proprio “in nome del popolo”, a scelte magari approvate anche da forti sentimenti di quello stesso popolo²²⁴.

In questa prospettiva è forte la percezione della necessità di trovare un fondamento di legittimazione dei pubblici poteri.

Per risolvere questo *dilemma*, molti studiosi hanno cercato di dedurre una legittimazione democratica della Corte Suprema da quella della stessa Costituzione (in senso ampio) nella quale essa si cala, celebrando una sorta di sacralità della volontà del popolo costituente. Entità ritenuta, senz'altro, maggiormente legittimante di quella posta alla base della legge giudicata²²⁵, espressione di una maggioranza sì, ma contingente e legata al periodo storico transeunte e come tale soggetto al divenire e destinato a finire.

La Costituzione americana, intesa in un più ampio senso, non avrebbe più potuto pensarsi come “ordinamento quadro” disciplinante unicamente, o prevalentemente, il rapporto dell'amministrazione con i cittadini. Essa non avrebbe più potuto, allo stesso tempo, essere semplicemente confinata a mera fonte di un ordinamento giuridico chiuso e completo che cali dall'alto sulla testa della società una determinata forma di vita.

La Costituzione avrebbe cominciato ad assumere una funzione più pregnante: quella di prestabilire i procedimenti “politici” in base ai quali i cittadini avrebbero potuto autodeterminarsi, perseguendo cooperativamente l'obiettivo di produrre “giusti” rapporti di vita.

Ed è da questa concezione proceduralistica, ma allo stesso tempo sostanzialistica della costituzione che sorge la “svolta” che consente di attribuire una lettura “in senso democratico” della questione della legittimità della giustizia costituzionale²²⁶.

Prendendo le mosse da questa “concezione di fondo”, già contemporanea e democratica, è possibile guardare anche nelle competenze degli organi di giustizia

²²⁴Il controllo di costituzionalità, con tutto ciò che presuppone e comporta, è un limite, quanto al principio su cui si fonda, e quanto al contenuto della sua azione, al principio maggioritario. In una costituzione non monistica, che accoglie in sé diversi principi ispiratori, l'organo investito della funzione di controllo non partecipa conseguentemente di un fondamento analogo a quello degli organi politicamente attivi ove si esprime il principio di maggioranza. Così, ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 1988, p. 68.

²²⁵AKERMANN, B. *We the people: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991: *dual democracy*.

²²⁶*Ivi*, pag. 312-313.

costituzionale un certo “senso” capace di corrispondere, ad esempio, alla concezione fondamentale legata a ogni intenzione costituzionale: la divisione dei poteri.

Occorre, quindi, progettare una ricostruzione della legittimazione della giustizia costituzionale ad esercitare il controllo su gli altri poteri legittimati dal popolo, specialmente su quello del legislatore, che consenta di «considerare tale controllo a sua volta come proveniente dal popolo»²²⁷.

Volendo ribadire il concetto con le parole di un autorevole Filosofo del diritto italiano, “la giustizia costituzionale ha il compito di proteggere la repubblica e per questo limita la democrazia (...), non fa parte della democrazia ma serve alla democrazia”²²⁸.

Inoltre, se si ammette che la riduzione del valore democratico alla regola maggioritaria non è affatto inevitabile, né indiscutibile²²⁹, è interessante notare l’evidenza di una giustizia costituzionale che si pone, in funzione antimaggioritaria, come *limite* alla democrazia, rinvenendo così la propria legittimazione non «dal basso», ma dal più alto livello, la costituzione, espressione del più giustificato e importante dei limiti alla sovranità popolare.

Tornando alla specifica dimensione nordamericana, secondo una parte delle dottrine, la Costituzione può dare questa legittimazione soltanto se viene interpretata restando fedeli all’*original intent* della volontà dei padri costituenti²³⁰. Secondo altri studiosi, anche se l’interpretazione si orienta ai principi fondamentali che reggono lo spirito della Costituzione e i valori della comunità²³¹.

I giudici costituzionali darebbero voce a un popolo virtuoso che con la costituzione avrebbe accettato di sottoporsi a vincoli simili a quelli che Ulisse si impose per resistere al canto delle sirene²³².

Ciò visto, possono ora tratteggiarsi le due macro-visioni, “antidemocratica” l’una, “democratica” l’altra, in base alle quali nella prospettiva americana devono

²²⁷BÖCKENFÖRDE, E.W, *Verfassungsgerichtbarkeit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 9

²²⁸ZAGREBELSKY, G., *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005, p. 121.

²²⁹D’ANDREA, L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*. Milano, Giuffrè, 2005

²³⁰SCALIA, A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton N.J., Princeton University Press; BORK, R. H., *Coercing Virtue*. Cit..

²³¹DWORKIN, R., *Response to Overseas Commentators*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 651 ss..

²³²TRIBE, L., *Constitutional choice*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

leggersi le problematiche connesse alla al dibattito teorico della legittimazione della giustizia costituzionale.

Il primo modello, che abbiamo definito provocatoriamente “antidemocratico” conosce due varianti, quella originalista e quella politica; il secondo modello si scinde invece in una pluralità di sub-modelli²³³.

Secondo il modello “antidemocratico”, la *counter-majoritarian difficulty* è dilemma che non si può risolvere, né superare: la giustizia costituzionale è di per sé — specie se si guarda al potere di annullare le leggi — antidemocratica.

Potendo i giudici costituzionali porre nel nulla il risultato del processo legislativo, ne rimane inevitabilmente ferita la volontà della maggioranza democratica. Anche la decisione di sottrarre le leggi a un controllo superiore però, *at the opposite*, costituirebbe in sé una inevitabile lesione dei principi fondamentali del costituzionalismo (così, infatti, maggioranze contingenti e transeunti, potrebbero autonomamente perseguire, in modo miope e superficiale, la tutela dei singoli individui e delle minoranze).

Ci troviamo, quindi, di fronte a una tragica alternativa: la democrazia è desiderabile soltanto se compatibile con i principi del costituzionalismo giudiziale, ovvero il costituzionalismo merita rilievo soltanto se compatibile con la democrazia (*democracy trumps constitutionalism*).²³⁴

L'unica strada percorrendo la quale si può efficacemente sfidare il dilemma che nasce dalla tensione tra democrazia e costituzionalismo sta — avendo riguardo al metodo originalista di interpretazione della Costituzione — nell'evitare il più regolarmente possibile la *countermajoritarian difficulty*. Il giudice invaliderà le leggi nella minima misura possibile e limitatamente alle ipotesi nelle quali esse si mostrino in contrasto con una individuata e specifica norma costituzionale.

Al contrario, la dichiarazione giurisdizionale di invalidità della legge inferiore è illegittima quando la norma soggetta al controllo non si pone in palese contrasto con una individuata e specifica norma costituzionale. Diversamente risulterà leso il procedimento democratico e il principio di maggioranza su cui esso si fonda.

²³³Il modello delle preferenze razionali, il modello orientato alla partecipazione e il modello orientato ai diritti, cfr. HALTERN, U., *Integration oder Mythos*, JöR 45 (1997), p. 31 ss.

²³⁴*Law and democracy - Cosmic constitutionalism v democracy*, The Economist, Apr 20th 2012, IOWA CITY, su <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2012/04/law-and-democracy>

Il rappresentante più autorevole di questa dottrina è stato Robert Bork²³⁵. Il *Justice* della Corte Suprema statunitense considera primario valore costituzionale il regime democratico: così, il potere di annullamento assegnato agli organi di giustizia costituzionale assume le sembianze di un corpo estraneo.

I giudici devono rispettare e accettare ciascuna decisione sui valori approvata del legislatore, a meno che essa non si scontri frontalmente e inequivocabilmente con una decisione formulata e adottata chiaramente nel momento del varo della Costituzione (in tal senso, sono molto interessanti anche le posizioni di A. Scalia²³⁶).

La versione c.d. “politica” delle teorie che abbiamo definito “antidemocratiche” spartisce con gli originalisti l’archetipo dell’incompatibilità del potere di annullamento della giurisdizione costituzionale con il principio democratico e con quello dell’ineluttabilità del dilemma contromaggioritario.

M. Tushnet²³⁷, esponente di rilievo di questa Scuola, ha sostenuto che per essere legittimi e meritevoli di impiego, le metodologie dell’interpretazione della costituzione da parte dei giudici comuni delegati a tale controllo in modo “diffuso”, devono conformarsi a due criteri di fondo. In primo luogo, il potere di annullamento dei risultati del procedimento legislativo non deve essere esercitato sul presupposto fondamentale che i giudici ritengano quella legge il semplice prodotto di una sbagliata scelta di politica sociale. Inoltre, deve essere prevenuto il rischio che le opzioni politiche dei giudici possano fondarsi nella Costituzione quali norme cogenti.

Un altro autorevole rappresentante della corrente politica²³⁸ ritiene che nella fase di individuazione della natura della giurisdizione costituzionale non si possa immaginare un compromesso fra i poli estremi costituiti dall’abolizione di qualsiasi controllo giurisdizionale e dall’assoggettamento di ciascuna determinazione democraticamente approvata: *«no theory can reconcile judicial review with majority rule (...) All judicial review in antimajoritarian, so that it is*

²³⁵BORK, R. H., *The Tempting of America*, 1990, New York Free Press e ID, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 1971, Indiana Law Journal

²³⁶SCALIA, A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, cit.

²³⁷TUSHNET, M., *Symposium: An essay on rights*, Texas Law Review, p. 77 ss.

²³⁸CHEMERINSKY, E., *Interpreting the Constitution*, New York, 1987, p. 11 ss.

*hypocritical and disingenious to single out any particular method and criticize it for being antidemocratic».*²³⁹

Gli aderenti alla variante politica del modello antidemocratico respingono in sostanza il concetto di giudici costituzionali posti in una collocazione distinta che consentirebbe loro di comprendere in modo privilegiato lo spirito della Costituzione. Essi ripudiano la concezione volta a demarcare le pronunce degli organi giurisdizionali dalle decisioni degli altri organi statali.

Questa dottrina non intende determinare un obbligo del giudice di rimanere fedelmente legato al testo rendendo l'interpretazione originalista il fulcro di qualsivoglia interpretazione costituzionale.

Essa, anzi, vuole sostenere il *judicial activism* e in tal senso dimostra l'intenzione di coniugare la distribuzione istituzionale dei ruoli tra giudici e legislatore da una parte, incoraggiando dall'altra un certo dinamismo giudiziale²⁴⁰.

Gli Autori che si ispirano al modello democratico ritengono, invece, che la giurisdizione costituzionale faciliti e, anzi, promuova il principio maggioritario e di conseguenza la democrazia.

Bickel²⁴¹, che ha coniato il concetto di *countermajoritarian difficulty*, ha individuato una possibile soluzione raffigurando la giustizia costituzionale quale istituzione rappresentativa.

All'origine del pensiero dell'Autore si pone la divisione fra convenienza (*expediency*) in direzione degli interessi della maggioranza e verso i *principles* costituzionali. Sarebbe, con ciò, compito della giurisdizione costituzionale proteggere i secondi avverso i tentativi di aggressione da parte dei primi. Perché, a differenza degli altri organi statali, il potere giudiziario è "*pronouncer and guardian of values*".

Nell'esercitare una tale "guardiana" dei valori della collettività, la giurisdizione costituzionale opera come un'istituzione rappresentativa (comunque, della maggioranza): ciononostante, dovendo la legittimazione politica sempre ricongiungersi con il consenso maggioritario, ai giudici spetterebbe tutelare i valori

²³⁹Ivi, p. 11 e ss..

²⁴⁰MEZZETTI, L., *Teoria della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, Estudios constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, p. 307 - 354.

²⁴¹BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, cit..

costituzionali contro le *expediencies* soltanto qualora un *principle* abbia ricevuto chiara condivisione da parte della maggioranza per un notevole lasso di tempo.

La giurisdizione costituzionale deve, quindi, “mediare” fra le contingenti e momentanee propensioni della maggioranza e le visioni e i principi ai quali la maggioranza stessa aderirebbe nel lungo periodo.

La tesi di B. Ackerman²⁴², ancora, adotta quale premessa la natura dualista della democrazia statunitense: in seno ad essa, sono rinvenibili due diversi piani di adozione delle determinazioni politico-democratiche; ad esse corrispondono, conseguentemente, diversi gradi di legittimità.

Da una parte, si pongono le decisioni che sono realmente ricollegabili e attribuibili *to the people*, unica entità capace di creare un “diritto superiore” (configurandosi in una pratica di *higher law-making*).

Dall'altra parte, vi sono le decisioni prese dai rappresentanti del popolo; sebbene allo stesso modo delle prime esse ridondano nel “diritto”, così esse sono però di una differente qualità e hanno necessariamente un diverso portato di legittimazione. Queste ultime, quali decisioni politiche ordinarie, hanno luogo quotidianamente; le decisioni riconducibili in via immediata al popolo sono quelle che si verificano eccezionalmente al ricorrere di speciali condizioni di mobilitazione collettiva. Sono questi definiti come “i momenti costituzionali”.

Nella democrazia dualista di Ackerman, i giudici e la Corte suprema devono preservare l'*higher law* contro le derive e le spinte centrifughe della legislazione ordinaria e sono chiamati alla salvaguardia dell'*auctoritas* dei momenti costituzionali, mantenendo ben chiaro il confine che divide i due *tracks* democratici.

In questa dimensione, secondo Ackerman, vanno ripensate le categorie tradizionali. Tra esse, il problema della separazione dei poteri, segnato e ritenuto come qualcosa di sacro e intoccabile, deve essere riletto criticamente alla luce dell'evolversi delle forme politiche e soprattutto dell'esperienza.

Del resto, come lo stesso Ackerman suggerisce, oggi bisogna “*to rethink Montesquieu's holy trinity*” alla luce di una “*reflection on the evolving lessons of experience*”. Tanto più che quella separazione, da squisitamente garantistica

²⁴²ACKERMAN, B., *We the People, Vol. I e II*, Harvard University Press, 1993, 1998.

com'era nell'enunciato montesquieuiano, si era pian piano risolta durante il corso della modernità in una smodata preminenza del potere legislativo, se non in un monopolio di questo nella produzione del diritto²⁴³.

Il risultato benefico per la democrazia, insomma, è ciò da cui la giustizia costituzionale può trarre la propria legittimazione democratica. Per esempio, nella difesa di specifici diritti fondamentali, la giustizia costituzionale contribuisce – “*unblocking stoppages in the democratic process*”²⁴⁴, oppure motivando attraverso argomenti che possono essere condivisi dai cittadini come deliberazioni – alla rimozione degli ostacoli alla partecipazione politico-democratica.

4.3. Nel pensiero di Jürgen Habermas

Il riferimento alla natura deliberativa della decisione quale possibile strumento per affrontare il dilemma contromaggioritario ci consente di spostare l'attenzione sulle implicazioni che si riverberano sul tema in esame avendo riguardo alla teoria della c.d. democrazia deliberativa elaborata da Jürgen Habermas.

Secondo il celebre Filosofo tedesco, un giudice costituzionale può farsi garante della sovranità popolare soltanto se è capace di porsi quale *servant* di una democrazia “deliberativa”²⁴⁵. Una democrazia, cioè, in cui le decisioni della maggioranza sono sempre basate su procedure pubbliche “discorsive” di formazione della volontà politica, sottratte alla strumentalizzazione da parte di poteri privati e rispettose delle regole dell'argomentazione.

Secondo Habermas, per mezzo dei sistemi di giustizia costituzionale le costituzioni ambiscono alla realizzazione di un piano equilibrio tra stato di diritto e democrazia, riuscendo a tenere insieme i diritti politici che legittimano l'esercizio del potere legislativo democratico con altri diritti, vale a dire con quelli che nutrono le richieste di giustizia e certezza nei suoi stessi riguardi.

²⁴³ ACKERMAN, B. *Good-bye, Montesquieu*, in *Comparative Administrative Law*, ed. S. Rose-Ackerman/P. L. Lindseth, Elgar, Cheltenham/Northampton, 2010, pp. 128 e 129.

²⁴⁴ ELY, J. H., *Democracy and Distrust: a theory of Judicial review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

²⁴⁵ HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, Subkamp, Frankfurt, 1992, trad. it. di CEPPA, L., *Fatti e norme*, Guerini e associati, Milano, 1996, p. 285 ss.

Il pensiero dell'illustre Filosofo percorre due opere fondamentali²⁴⁶ e, ai fini della individuazione del ruolo che si intende attribuire al processo democratico, muove dalla premessa essenziale consistente nella differenziazione fra concezione "liberale" e concezione "repubblicana".

Nella concezione "liberale" questo processo è funzionale a una programmazione dello Stato nell'interesse della collettività: qui per Stato s'intende l'apparato amministrativo pubblico, mentre per collettività il sistema di economia di mercato che caratterizza la negoziazione e il commercio dei privati, nonché il sistema del loro lavoro sociale.

In questa chiave, la politica deve aggregare e far valere gli interessi sociali dei privati verso lo Stato, e questo deve specializzarsi nell'impiego amministrativo del potere politico nel perseguimento di comuni obiettivi. Secondo la concezione "repubblicana" invece, la politica è irriducibile a questo ruolo di mediazione costituendo, piuttosto, il processo di socializzazione.

La "politica" è allora un luogo di riflessione etica, un *medium* attraverso il quale singoli individui – consapevoli della reciproca dipendenza in cui convivono – definiscono e svolgono le relazioni giuridiche discendenti da questo reciproco riconoscimento, facendole confluire in "un'associazione di liberi ed eguali consociati giuridici"²⁴⁷.

Da questo punto di vista, nel quadro delle proprie competenze, una corte costituzionale ha il compito di fare in modo che il processo della produzione del diritto arrivi appunto a compimento nelle condizioni legittimanti d'una politica deliberativa.

Questa, da parte sua, è legata a presupposti momenti comunicativi che non possono essere circoscritti all'istituzionalizzazione della formazione della volontà in assemblee rappresentative. Essa comprende la più ampia sfera pubblica, la sua base sociale e il suo contesto culturale.

È, in buona sostanza, nella sintesi emergente dal confronto tra formazione della volontà istituzionalizzata in regole procedurali e formazione più squisitamente

²⁴⁶Ci riferiamo anche a HABERMAS, J., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt A.M. 1996, trad. di CEPPA, L., *L'inclusione dell'altro*, Studi di teoria politica, Feltrinelli, Milano 1998; ID. *Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt A.M. 1998, trad. di CEPPA, L., *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano 1998.

²⁴⁷HABERMAS, J., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, cit. p. 319.

“politica” dell’opinione pubblica che si può sviluppare quella prassi discorsiva di autodeterminazione. Diceva il Filosofo che “iniziative, temi e contributi, problemi e proposte di rilievo giungono più spesso dai margini dell’arco delle opinioni piuttosto che dal suo centro consolidato”²⁴⁸.

La lettura dell’autodeterminazione democratica offerta da Habermas, tende a giustapporre la volontà popolare, “sonnecchiante in lunghi periodi di latenza” e l’attività legislativa istituzionalizzata dei rappresentanti eletti: “durante questi lunghi intervalli, le corti costituzionali – custodi d’una prassi d’autodeterminazione momentaneamente congelata nella *routine* parlamentare – devono farsi “vicarie” dei diritti d’autodeterminazione del popolo.

Il giudice costituzionale diviene l’aiutante repubblicano per quelle libertà positive che i cittadini – benché nominalmente titolari di esse – sono incapaci di esercitare personalmente.

È questa natura “eccezionalista” rispetto alla prassi politica che rende, in definitiva, necessaria e fornisce legittimazione alla presenza d’un “luogotenente pedagogico”. Questi deve agire, però, soltanto nei periodi in cui “il sovrano” preferisce rinchiudersi nella dimensione privata, anziché occupare la sfera pubblica e lì esercitare i suoi doveri.

Dalla concezione procedurale della Costituzione conseguono nella ricostruzione dell’Autore due corollari. Innanzitutto, la giurisdizione costituzionale deve concepirsi quale strumento chiarificatore del diritto. In secondo luogo, essa deve garantire la coerenza dell’ordinamento, individuando il *surplus* di diritto e concretizzandolo nelle proprie decisioni.

Questo *surplus* è un diritto non coincidente con l’insieme delle leggi scritte, avendo la sua fonte nell’ordinamento giuridico costituzionale inteso come totalità e potendo fungere da correttivo della legge scritta.²⁴⁹

Il secondo corollario riguarda, ancora una volta, la concezione della Costituzione e il ruolo che legislatore e giudici costituzionali assumono nell’estensione e nello sviluppo della medesima: il vincolo che entrambi devono

²⁴⁸Ivi, pag. 326-327.

²⁴⁹Ivi, pag. 287-288.

riconoscere alla natura procedurale della Costituzione, non conduce ad alcuna assimilazione concorrenziale tra essi.

Alla Corte costituzionale federale le ragioni legittimanti vengono offerte nella prospettiva dell'applicazione giuridica e non in quanto legislatore sussidiario che interpreti il sistema dei diritti secondo logiche di “*policy*” costituendo una sorta di legislazione implicita.

Per Habermas la Corte di Karlsruhe “riapre il fascicolo di ragioni confezionato dal legislatore nella legittimazione delle sue delibere, e mobilita nuovamente queste ragioni per decidere il caso sintonizzandosi con i principi giuridici vigenti. Ma di queste ragioni la Corte non può disporre liberamente per interpretare e sviluppare in sede immediatamente giudiziaria il sistema dei diritti”²⁵⁰.

4.4. Nel dibattito d’Oltralpe

Con riferimento ai fattori che sono capaci di accreditare o rafforzare la legittimità del controllo in sede giurisdizionale delle leggi, nella dottrina francese²⁵¹ (nonostante la tradizionale avversione che connota questa esperienza paradigmatica), emerge come questo controllo sia ritenuto idoneo a contribuire, grazie agli effetti benefici che è in grado di produrre in seno alla sfera giuridica e politica, al miglioramento del funzionamento dei regimi democratici.

Louis Favoreu²⁵², per esempio, ha isolato alcune fondamentali funzioni che la giustizia costituzionale è chiamata a praticare e che, complessivamente, denotano l’attitudine ad incrementarne la legittimazione.

²⁵⁰Ivi, pag. 311-312.

²⁵¹Per una disamina approfondita delle controversie teoriche sul custode della costituzione tra le due guerre cfr. BAUMERT, R., *La decouvert du jure constitutionnel entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans la République française et allemande de l’entre-deux-guerres*, L.G.D.J. Fondation Varenne, vol 33), Paris, 2009. Cfr. anche, KRYNEN, J., *L’Etat de justice. I. L’ideologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, Paris, 2009; KRYNEN, J., *L’Etat de justice. II. L’emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Paris, 2012; WEDENBURG, H., *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Methodenstreit der Staatsrechtslehrer in der Weimar Republik*, Schwartz, Göttingen 1984; ZANON, N. *La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Presse Universitaire d’Aix-Marseille, Paris, 1991; ZARONE, G., *Crisi dello Stato. Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, ESI, Napoli, 1982.

²⁵²FAVOREU, L., *Le Conseil constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1967. FAVOREU, L., *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1984. FAVOREU, L., *La politique saisie par le droit*, Economica, Marseilles-Aix, 1987 e soprattutto FAVOREU, L. e JOLOWICZ, J. A., (a cura di), *Le controle juridictionnel des lois. Légitimité effectivité et développements recents*, Paris, 1986.

Ripercorrendone alcune, si può menzionare una funzione di pacificazione della vita politica, una funzione di regolazione e autenticazione dei mutamenti politici e dell'alternanza, una funzione di irrobustimento della coesione politica della società, una funzione di dilatazione e radicamento dei diritti fondamentali, una funzione di protezione dei diritti fondamentali, e infine anche una funzione di aggiornamento e adeguamento della Costituzione.

Una configurazione dinamica della giurisdizione costituzionale quale modello adattabile all'attuale mutevole realtà democratica, è stata elaborata da Dominique Rousseau²⁵³. Diversamente dalla scuola positivista e da quella del diritto naturale – che fondano la legittimità della giustizia costituzionale su una concezione aprioristica della democrazia – l'Autore suggerisce di leggere la legittimazione del controllo di costituzionalità come istituto capace di produrre una definizione della democrazia che lo legittima.

Rousseau non guarda al rapporto che intercorre fra verità democratica e meccanismo di controllo di costituzionalità, ma la verità democratica che è resa possibile da un tale meccanismo, di conseguenza legittimandolo.

La giustizia costituzionale consente l'individuazione di un nuovo linguaggio, di una diversa rappresentazione del processo democratico che fissa la legittimità dell'intero scenario istituzionale sul principio della preminenza della Costituzione e di conseguenza del giudice costituzionale”.

Tale ricostruzione della democrazia – denominata dallo Studioso francese come “democrazia continua” – consente di legittimare un giudice costituzionale che, tramite la propria attività giurisdizionale, si atteggia a costruttore del progressivo farsi norma della parola del sovrano”.²⁵⁴

Si assiste così, ad un epocale cambio di scena, connotato dal passaggio dalla concezione della costituzione come separazione dei poteri alla costituzione come garanzia dei diritti.

Questa nuova concezione della costituzione impatta direttamente sulla relazione governati-governanti. La carta costituzionale disegna, nella giurisprudenza costituzionale, uno spazio capace di assicurare – non solo in senso simbolico, ma

²⁵³ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 4° Ed., Paris, 1995, ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, 3° ed., Paris, 1998.

²⁵⁴ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, cit..

soprattutto pratico, attraverso l'annullamento della legge – l'autonomia dei rappresentati dai rappresentanti.

La giurisprudenza è, quindi, in grado di produrre una configurazione nuova del divaricamento dei governati e dei governanti, edificando i diritti dei primi come struttura distinta dalle prerogative dei secondi: la Carta dei diritti e delle libertà costituzionali (divenuta anche giurisprudenziale, con l'inclusione nel *block de consitutionnalité* dei Grands Arrêts dei giudici superiori) individua lo spazio dei governati, la legge, invece, quello spazio dei governanti.

Lo spazio che insiste tra la società civile e quella politica è dunque il “posto” occupato dalla giurisdizione costituzionale.

Inoltre, la più evidente conseguenza prodotta dalla separazione governanti-governati, nel senso appena ripercorso, deve leggersi in quella che viene definita come rappresentazione della rappresentazione.

Infatti, “giudicando delle leggi rispetto alla volontà costituzionale del popolo”, il giudice costituzionale manifesta come i rappresentanti non sono invero sovrani, quanto piuttosto soltanto “delegati” del potere sovrano.

Ogni decisione rappresenta la stessa scena: i governanti avendo parlato e deciso in nome del popolo sono, improvvisamente, ricondotti alla loro condizione di semplici delegati e sottoposti a controllo, e pertanto sottomessi, della fonte della loro delega. E questa scena produce, *d'emblé*, l'immagine del popolo sovrano, poiché le azioni normative dei suoi delegati sono giudicate rispetto ai suoi diritti e alla sua volontà.

L'affermazione della preminenza del popolo rispetto ai propri delegati si compie nella intermediazione dell'organo di giustizia costituzionale; ma manifesto della sovranità del popolo sovrano è – secondo Rousseau – una “carta giurisprudenziale dei diritti e delle libertà” che il giudice costituzionale “ostende” al popolo al fine di renderlo consapevole di questa sovranità. Essa si mostra, invece, ai rappresentanti per renderli edotti della subordinazione che devono al vero sovrano.

Questa “democrazia continua”, tuttavia, sembra dover scontare una (ma, soltanto apparente) contraddizione.

Questa sarebbe rinvenibile nella natura appunto non elettiva dell'organo che garantisce, ma in definitiva in questo modo si può attuare quella mediata

superiorità del popolo rispetto ai governanti/rappresentanti. L'aporia si supera, infatti, considerando che il giudice costituzionale non è un ulteriore rappresentante del popolo sovrano, che si giustappone al Parlamento o al Governo. Esso è un'istituzione che non rappresenta *tout court* i suoi deleganti, ma ad essi (e ai sui delegati) fa rappresentazione della sovranità popolare così come sorge dalla costituzione.

Censurando una legge, il giudice costituzionale non lo fa a sanzione di un eventuale travisamento da parte dei rappresentanti della volontà dei propri elettori; né in quanto depositario di una migliore conoscenza, rispetto agli eletti, della volontà del popolo: esso la censura se il testo nel quale trova espressione la sovranità popolare impedisce l'assunzione stessa di quelle decisioni.

In altri termini, la giustizia costituzionale non fa da rappresentante del popolo sovrano, ma rappresenta ciò nel quale, e attraverso il quale questo si immagina e si riconosce sovrano.

Anche in questo caso l'opera interpretativa che il giudice delle leggi perpetra conferisce normatività alla costituzione interagendo nei rapporti di potere con istituzioni di diversa natura, partecipando in questa continuità democratica, come fosse un imprenditore privilegiato fra gli imprenditori legislativi (*entrepreneurs législatifs*) – a determinare un regime di affermazione partecipativo/concorrenziale delle norme.

Tuttavia, l'interpretazione fornita nell'ambito di operatività del giudizio costituzionale non è il portato di decisioni libere e arbitrarie. Essa è, invece, intelaiata in una pluralità di vincoli e di regole, in una competizione che mette in concorrenza protagonisti diversi (parlamentari, docenti di diritto, organizzazioni di rappresentanza, la stampa, la stessa giurisprudenza costituzionale).

Al di là del suo fondamento in Costituzione, il giudice delle leggi trova legittimazione, quindi, anche sul riconoscimento del valore della propria produzione giurisprudenziale da parte della comunità degli interpreti, siano essi giuristi o politici.

Questo riconoscimento, per essere effettivo e costruttivo, presuppone che fra i due interlocutori si interlinei una relazione in base alla quale i secondi, nonostante

la collocazione istituzionale riconosciuta al primo, possano comunque “ritrovarsi” nella motivazione e nelle argomentazioni che fanno da sfondo alle decisioni.

In assenza di questo si rischia di far esplodere l’antipatia delle istituzioni parallele, della considerazione delle quali e del rapporto che con esse esiste, tuttavia non si deve fare a meno se si vuole assicurata la sua legittimità e legittimazione.

CAPITOLO QUINTO

IL PROBLEMA DELLA POLITICITÀ DEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: GENERAZIONI A CONFRONTO

1. Il “posto” della Corte costituzionale: giurisdizione o legislazione (*ergo* politica)?

Alla luce dell'*excursus* fin qui svolto, appare come un dato acquisito quello secondo il quale il tema della giustizia costituzionale è legato a filo doppio con la storia del costituzionalismo moderno, basandosi sul concetto di rigidità costituzionale e costituendo anzi uno dei mezzi più efficaci per la realizzazione del principio della limitazione del potere.

L'affermazione del principio di costituzionalità rappresenta, infatti, lo snodo fondamentale dell'evoluzione del “nuovo” diritto costituzionale che si è affermato nella quasi totalità delle democrazie contemporanee.

Costituisce un dato ulteriormente acquisito come, a partire dal secondo dopoguerra, nello Stato venuto democratizzandosi mediante l'inclusione nel proprio quadro costituzionale di diritti fondamentali azionabili e di principi sostanziali, sia avvenuto un processo di «rimaterializzazione» del diritto positivo.

Questo processo è andato accrescendosi proprio grazie all'accelerazione impressa dalla giurisprudenza costituzionale e dall'introduzione di un inedito potere di revisione delle leggi attribuito, non senza contrasti e scontri concettuali, ad organi giudicanti a tale specifico fine appositamente istituiti.

Si è già, del resto notato, come, in concorso con altri formanti innovativi, l'introduzione di tali meccanismi di garanzia abbia indotto alla presa di coscienza della necessità di una riconcettualizzazione con la quale si dia atto che nel passaggio dallo statualismo (e dall'impronta positivista tipica dello Stato liberale di diritto) alle nuove costruzioni teorico giuridiche che hanno accompagnato il sorgere e lo sviluppo delle democrazie costituzionali novecentesche, sono ormai emersi nuovi modelli teorici.

Essi sono legati a dinamiche di manifestazione del diritto autonome dalla mediazione esclusiva e diretta del potere politico e che si affermano in una sfera di esperienza che trascende quella giuridico-positiva.

L'affermazione di un "principio di costituzionalità" nelle nuove costituzioni del secondo dopoguerra evidenzia come i diritti e le libertà non risultano adeguatamente protetti dalle sole procedure della democrazia parlamentare, specie se il cittadino si trovi privo di strumenti di protezione efficaci proprio nei confronti dei possibili arbitri dell'organo deputato alla sua rappresentanza nell'esercizio del potere legislativo.

Restituendo effettività al primato di un potere di natura costituente e, con esso, ridando senso e valore ai principi ispiratori e alle norme sancite nella Costituzione, il "principio di costituzionalità" e il connesso processo di "universalizzazione" della giustizia costituzionale formano, negli ordinamenti costituzionali contemporanei, una "nuova" dimensione di "razionalizzazione" del potere.

Tale razionalizzazione, nel senso della previsione di un "principio di costituzionalità" che si aggiunge a quello di legalità consente il superamento della tradizionale concezione per la quale il sistema delle libertà e dei diritti risulta garantito dalla mera esistenza della legge e di un principio di legalità, nonché dalla corrispondente giurisdizione (sia essa amministrativa od ordinaria), chiamata ad apprestare tutela all'individuo nei confronti degli arbitri del potere esecutivo e, più in generale, delle amministrazioni pubbliche.

Come si è notato nel terzo capitolo, dedicato al tema della ragionevolezza²⁵⁵ si registra, ormai in ogni parte della dottrina, una crisi della legalità della legge, con la conseguenza che quel concetto insieme negativo e passivo si trasforma in un principio attivo, in una esigenza di composizione delle contraddizioni tra la

²⁵⁵ Sull'utilizzo del principio di ragionevolezza da parte del Giudice delle leggi, nell'ampia bibliografia, cfr. almeno cfr. BIN, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; CERRI, A., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1997, pag. 902. MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; D'ANDREA, A., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; LA TORRE, M., SPADARO, A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; MODUGNO, f., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; LA TORRE, M., *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2/2011 pp. 495-516 e in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1/2012 pp. 123-154

razionalità (il diritto) e l'irrazionalità (il potere) che attraversa tutto il 'sistema' ponendone continuamente in crisi l'equilibrio.²⁵⁶

Da tali antinomie nasce l'esigenza di una ricostruzione, la ricerca di una "ragione esterna", in breve di un "arbitrio denominato ragionevolezza", che svolge nel sistema politico-costituzionale un ruolo di chiusura; nel senso, cioè, che al suo utilizzo si ricorre allorché i meccanismi formali e garantistici non bastino ad assicurare la funzionalità dell'ordinamento rispetto ad un certo assetto dei poteri sociali e politici.

Si fa, dunque, strada la convinzione dell'impossibilità di un approccio meramente scientifico allo studio e alla pratica del diritto, a cui si affianca l'idea della superiorità assiologica della Costituzione per il fondamentale rilievo rivestito dai valori negli attuali sistemi costituzionali e l'importanza sempre crescente, nella dinamica istituzionale contemporanea, di poteri "neutri" come le corti costituzionali e il potere giudiziario in genere.

L'indagine sui fondamenti teorici e giusfilosofici collegati all'avvento della "giustizia costituzionale", mirata all'individuazione delle problematiche connesse all'individuazione del "posto" che i suoi organi rivestono negli ordinamenti giuridici contemporanei ci spinge, in quest'ultimo capitolo alla disamina del complesso sistema dei rapporti che legano Corte costituzionale e legislatore, nella prospettiva costituente italiana.

Questo ci consentirà di esaminare la pluralità di questioni strettamente connesse all'avvento della giustizia costituzionale e relative al ruolo che assume in un ordinamento a Costituzione rigida²⁵⁷, nonché di esaminare le preoccupazioni connesse alle relazioni "dinamiche" che la legano al potere legislativo.

Vi era da una parte, l'espressione di un rifiuto a qualificare come propriamente normativo l'operato della Corte (non potendo la Corte creare dal nulla norme giuridiche) e, d'altra parte, vi era chi temeva che le decisioni della Corte potessero

²⁵⁶ BALDASSARRE, A., "Dibattito", in OCCHIOCUPO, N. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, p. 123.

²⁵⁷ Già nel 1928, Kelsen aveva avvertito che una Costituzione priva di una garanzia dell'annullamento delle leggi incostituzionali non avrebbe acquisito una vera e propria obbligatorietà in senso tecnico. KELSEN, H., *La giustizia costituzionale* (1928), Milano, 1981, pagg. 27 ss.

esprimere una vera e propria efficacia legislativa, assimilabile a quella propria della legge parlamentare.

Vi era insomma da affrontare la natura di un organo che, comunque lo si volesse inquadrare, generava nei compilatori della sua disciplina la preoccupazione di evitare che con il suo operato potesse porre un limite eccessivo alle determinazioni del legislatore, introducendo nell'ordinamento norme del tutto nuove.

Ma vi era, altresì, il germe di una visione che avrebbe cominciato a riconoscere nell'attività interpretativa svolta dalla Corte una funzione, se non propriamente normativa, almeno creativa²⁵⁸. Una funzione che, costantemente, trae dalle disposizioni costituzionali le norme per adeguare il tessuto normativo vigente alla Costituzione, riconducendo a unità l'azione legislativa, specialmente nei casi di inerzia parlamentare²⁵⁹.

Quest'approccio ci restituisce un'idea più attuale del ruolo della Corte e tiene conto delle peculiarità e delle evoluzioni della giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee. E si situa in contesti ove il giudice costituzionale si trova sempre più costantemente nel ruolo di chi pone in essere articolate operazioni di ponderazione e bilanciamento tra i valori fondamentali contenuti nella Costituzione.

E appare, in questa prospettiva, più chiaro come il rapporto fra Corte e legislatore sia sempre più intersecato e come il ruolo politico della Corte costituzionale sia sempre più strutturato, moltiplicandosi le ragioni di interferenza con l'indirizzo politico parlamentare²⁶⁰.

È senza dubbio da individuare tra Corte e legislatore e nella loro sintesi il compito di concretizzare e sviluppare i principi costituzionali, attraverso

²⁵⁸ GROSSI, P., *L'invenzione del diritto*, cit. pag. 109 avverte, sull'impiego di questo termine che sarebbe più opportuno parlare di reperimento. Paolo Grossi evidenzia come in un ordinamento giuridico *pos-moderno* nessuno, a rigore, crea diritto. "Il rapporto con il diritto è più che di volontà, di lettura, di conoscenza di decifrazione, di interpretazione e in definitiva di invenzione. Nella sua veste di interprete di un testo scritto inteso in tutta la sua potenzialità dinamica e di "inventrice" (scopritrice) di nuove protezioni per il cittadino scaturenti dagli scavi nella dimensione costituzionale della Repubblica, si propone come organo respiratorio dell'intero ordinamento giuridico italiano efficacemente capace di fornire una continua vitale ossigenazione."

²⁵⁹ ELIA, L., *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, Padova, 1988, pag. 224 ss.

²⁶⁰ ZAGREBELSKY, G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1988.

l'interpretazione della Costituzione. Ciò comporta, pacificamente, un'incidenza del Giudice delle leggi su tutto il sistema normativo. Incidenza rafforzata dal progressivo affinarsi delle tecniche di giudizio della Corte e fondata sull'autorità e l'efficacia riconosciuta alle sue pronunce²⁶¹.

La domanda che si staglia sullo sfondo è la medesima: la Corte svolge un'attività di natura tipicamente giurisdizionale, oppure, esprimendo una notevole capacità nomo-poietica, assume una funzione anche politica, para-normativa, tendente a conformare l'ordinamento vigente ai principi costituzionali?²⁶²

Dal dibattito costituente²⁶³ non emerge una posizione dalla quale possa desumersi chiaramente se sia attribuita alla Corte una chiara anima giurisdizionale, o una chiara connotazione politica. Nessuna delle tesi che tendono a propendere per l'una o l'altra natura riescono a prevalere e gli argomenti a sostegno di una specifica connotazione o dell'altra più che coordinarsi si affiancano.

Quando si teme che la Corte possa minacciare la sovranità parlamentare, si cerca di specificare che si tratta di un organo giurisdizionale che tratta la Costituzione come legge, facendone la medesima applicazione. Al contrario, quando sembra consolidarsi un'impostazione secondo la quale il giudizio di costituzionalità possa essere attribuito a qualsiasi giudice, riemerge la connotazione politica e ne segue, perveracamente, il giudizio che sottolinea le "venature politiche" di una tale funzione, tanto che per il suo esercizio è necessario un organo

²⁶¹ CHIEPPA, R., *Il ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*. Giornata di Studio, in www.cortecostituzionale.it da cui è interessante trarre l'ulteriore considerazione secondo la quale la tendenza della giurisdizione costituzionale verso una dimensione di natura politica si mostra nella creazione di strumenti decisori, che superando il tradizionale schema rigetto-accoglimento, permettono al Giudice delle leggi di rispondere prontamente alle esigenze del caso concreto, garantendo l'attuazione della Costituzione. È quindi nel perfezionamento di tali strumenti operativi le più consistente manifestazione della sua anima politica, perché le consente di operare su un terreno comune a quello su cui normalmente agisce il legislatore, supplendo alle sue carenze.

²⁶² MODUGNO, F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in BARILE P. –CHELI E. –GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1988, pag. 58, dove emerge anche una netta attenzione al fenomeno del controllo di ragionevolezza, esercitato sul rispetto del principio generale di uguaglianza, da cui discende la considerazione che la Corte abbia fatto breccia, attuando un controllo di merito sull'intera legislazione, rischiando così di degradare la funzione legislativa da attività sovrana ad un misto di autonomia e discrezionalità.

²⁶³ Per un'approfondita analisi dei lavori parlamentari BISOGNI, G. *La politicità del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giuristico contemporaneo*, G. Giappichelli Editore, Torino 2017

speciale per l'inopportunità storica e teorica di lasciare questo sindacato al giudice comune.

Al predetto interrogativo ne segue un ulteriore, il più importante, e cioè quello relativo ai margini consentiti di quell'evidente sconfinamento di competenze tipico di un organo privo di legittimazione democratica che trova ad operare in un ambito tradizionalmente e radicalmente attribuito al legislatore rappresentativo, vale a dire il merito legislativo.²⁶⁴

È in questa prospettiva che si possono ripercorrere le posizioni emerse in sede costituente e leggerle alla luce dello strumentario teorico concettuale a cui poteva farsi riferimento all'epoca. Si potranno contemporaneamente affrontare le posizioni emerse nella teoria contemporanea sulla giustizia costituzionale (esaminando in particolare la posizione di Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky). E in questo modo si cercherà di comprendere quale sia – sempre che vi sia – il confine tra attività della Corte e attività degli organi rappresentativi.

Occorre proseguire e approfondire inoltre le posizioni di alcuni degli Autori menzionati nel precedente capitolo (in particolare Hans Kelsen e Carl Schmitt, per l'imprescindibilità di un continuo riferimento al loro confronto sul custode della costituzione) per concludere la ricerca sul posto della giustizia costituzionale, cercando di far fronte al problema della "politicità" del giudizio sulle leggi, e di individuare le fonti di legittimazione del sindacato di legittimità costituzionale.

L'originario modello kelseniano, che intendeva il giudice delle leggi come mero legislatore negativo, è infatti radicalmente mutato ed è anche per tali ragioni interessante valutare se la Corte, nell'ambito della propria caratteristica funzione di limitazione all'esercizio del potere, svolga un'attività puramente giurisdizionale, o, invece, in ragione delle specificità che caratterizzano il proprio magistero ricopra anche una funzione in senso lato normativa.

Esaminando i lavori che hanno preconstituito, in Italia, le basi per l'architettura di una giustizia costituzionale – concentrando in quest'esame anche una specifica attenzione al retroterra culturale che faceva da sfondo a tale dibattito – ci si avvede

²⁶⁴ MEZZANOTTE, C. *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, pag. 83 ss. dalla cui trattazione emerge come per una congerie di concause – inerzia parlamentare genericità delle disposizioni costituzionali programmatiche, presenza di concetti meta-giuridici – il sindacato si è spinto così in avanti da toccare il labile confine tra legittimità e merito.

della pluralità di posizioni relative al ruolo che avrebbe dovuto assumere la Corte costituzionale.

La Corte fu immaginata come un giudice dotato di poteri (di annullamento della legge) naturalmente inibiti a ogni giurisdizione, ma al quale era radicalmente preclusa ogni partecipazione al circuito di produzione dell'indirizzo politico.

Emerge in tal senso una lacuna, in sede costituente, di una teoria della giustizia costituzionale.

Nell'istituire la Corte Costituzionale, i padri costituenti, più che proiettarsi verso il futuro del costituzionalismo del secondo dopoguerra, rimasero legati al passato, cercando di costruire un giudizio sulle leggi con una tradizione giusteoria che aveva permesso il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi, ma che relativamente alle leggi aveva coerentemente negato qualsiasi forma di controllo sulla loro validità materiale²⁶⁵.

Questa carenza rappresenta il termine di riferimento per riallacciarsi alla teoria giuridica contemporanea (riprendendo Autori in parte già esaminati come Luigi Ferrajoli, Jürgen Habermas, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky) per giungere a una possibile inquadratura del problema della politicizzazione della giustizia costituzionale e delle connesse questioni di legittimazione del suo operato.

E ciò allo scopo non solo di evitare di vedere nella giurisprudenza costituzionale alternativamente o la migliore interpretazione giuridico morale della costituzione o una manifestazione di *juristocracy*, ma 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 giurisdizione.

²⁶⁵BISOGNI, G., *La politicizzazione del giudizio sulle leggi*, cit. pag. 3, sottolinea come sia rappresentativo di quella che viene definita una "timidezza", "notare che nonostante il problema delle garanzie costituzionali fosse avvertito come piuttosto semplice da disbrigare, non si riuscì a licenziare un testo completo ed autosufficiente, al punto che si rese necessaria l'integrazione con la l. cost. 1/48 per definire più approfonditamente i caratteri del sindacato di legittimità costituzionale italiano. Nella genealogia di quest'ultimo non si trovano ascendenze concettuali 'illustri' – quali possono essere il controllo kelseniano sulla legislazione oppure il sistema statunitense –, giacché i costituenti si mostrarono molto più sensibili ad istanze nascenti dal seno del confronto politico-costituzionale di quegli anni e dalla propria tradizione giuridicocostituzionale, anziché alla astratta o concreta riferibilità di ciò che si stava costruendo a prassi istituzionali coeve di altri paesi".

2. Il dibattito costituente sulla definizione di un sistema di giustizia costituzionale in Italia: due logiche a confronto

Si è avvertito che la nascita della giustizia costituzionale è collegata a una profonda evoluzione della democrazia, connotata anzitutto, e in positivo, dalla spinta a valorizzare le Costituzioni, e porta con sé la necessità di una rinnovata concezione della sovranità popolare. Inoltre, e in negativo, l'origine della giustizia costituzionale è caratterizzata dalla presa di coscienza che le maggioranze parlamentari non sono infallibili né *naturaliter* osservanti delle norme costituzionali²⁶⁶.

Quando, nel 1947, l'Assemblea Costituente dovette procedere all'elaborazione degli articoli presupposti all'articolazione di un sistema di giustizia costituzionale sembra, tuttavia, che l'attenzione nei confronti del giudizio sulle leggi fu assai contenuta. Sta forse in ciò una delle ragioni della netta distanza che sussiste tra quanto immaginarono i padri costituenti la posizione la Corte costituzionale oggi ricopre nostro ordinamento.

Sul fallace presupposto secondo il quale la Corte non avrebbe assunto un ruolo di particolare importanza nel contesto istituzionale italiano, i Costituenti si dedicarono ad abbozzare i confini di quello che ritenevano sarebbe stato un sindacato solo sporadico, chiamato ad involgere specifiche e rare illegittimità costituzionali commesse dal legislatore. I costituenti non avevano captato, forse, le potenzialità insite nell'attività della Corte e la natura cruciale del suo ruolo nell'atteggiarsi delle dinamiche legate alla giustizia costituzionale.

Il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale si stava compiendo, ma i protagonisti della Costituente erano uomini ottocenteschi e la loro formazione avrebbe comportato una scarsa consapevolezza teorica in merito alla riconcettualizzazione che stava avvenendo in tutte le strutture giuridiche. In particolare, con riferimento alla Corte costituzionale era come se non si volesse avvertire quella intrinseca "politicità" del sindacato che le sarebbe stato attribuito.

²⁶⁶ ELIA, L., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 516.

È come se vi fosse stata una sorta di ostinazione, nelle concezioni dei Calamandrei, o dei Leone, dei Ruini o dei Mortati, o (soprattutto) dei rappresentanti di estrazione socialista o comunista²⁶⁷, finalizzata a mantenere i concetti fondanti la sua funzione nell'ambito del potere giurisdizionale, e rifiutando di assumere la pur consapevole politicità della sua funzione a presupposto di un coerente disegno normativo sul suo funzionamento.

Si cercò, insomma, di farle indossare vesti i troppo contenuti e inadeguate alla sua misura.

I costituenti erano in teoria consapevoli che l'obiettivo dell'istituzione a cui dovevano "dare vita" consisteva nel fornire una garanzia agli abusi del legislatore. Erano consapevole della rigidità che caratterizzava questa nuova manifestazione del diritto. Rigidità che impediva qualsiasi modificazione del contenuto della Carta da parte della sola maggioranza contingente.

In pratica, però, nel momento di chiarire in dettaglio come doveva articolarsi il sindacato di legittimità costituzionale emersero i problemi e gli scontri e interpretazioni diametralmente opposte si sovrapposero e si confusero.

Non fu, quindi, una fase semplice quella nella quale si cercò di definire la natura che avrebbe avuto il giudizio sulle leggi, e quale fosse il suo scopo precipuo al di là del suo generico ruolo di garanzia.

In sintesi, e anticipando quanto si sta per approfondire, è possibile in fondo distinguere due logiche che i costituenti seguirono e dalle quali "presero" per disegnare il modello di giustizia costituzionale.

²⁶⁷ MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi*, cit. pagg. 157- 161 e 170-179, il quale si concentra sulla cultura delle garanzie dei comunisti e dei socialisti e ci mostra come sul presupposto della ritenuta autosufficienza del sistema dei partiti politici nel fornire una risposta all'esigenza di un'apposita garanzia alle storture del sistema parlamentare le sinistre furono sempre diffidenti verso l'istituzione di un organo che sindacasse la costituzionalità delle leggi. Se la Corte doveva essere un organo giurisdizionale la competenza, anche solo in tema di legittimità, di una legge regionale l'avrebbe trasformata in un organo politico proprio per la natura dell'oggetto del giudizio: la legge e cioè l'espressione dell'organo elettivo regionale in seno al quale nella dialettica tra maggioranza e opposizione si sarebbe determinata la politica locale. Il giudizio avrebbe dovuto essere affidato al Parlamento, soggetto che per sua natura era molto più adatto a valutare la politicità insita in tali conflitti". Cfr. nel dettaglio, anche AC 1971, vol. VIII, pagg. 2018-2020, da 2061 a 2063 dove si può trarre dalla voce dei protagonisti del dibattito questa tendenza.

Vi era, d'un canto, un modello che guardava alla giustizia costituzionale come contesto di esercizio di funzioni "sostanzialmente giurisdizionale": la Corte sarebbe stata esecutrice di una funzione squisitamente "giuridica" e mai "politica".

La natura "vincolata" della decisione giudiziaria ne avrebbe consentito una piena controllabilità razionale. Di conseguenza, il sindacato di costituzionalità avrebbe potuto essere lasciato nelle mani di qualsiasi giudice. Tale impostazione teorica avrebbe però richiesto che il parametro – e quindi la Costituzione – fosse linguisticamente articolato in modo preciso, precludendo ogni margine di discrezionalità del giudice e chiarendo *ex ante*, nel dettaglio, i confini che il legislatore non avrebbe potuto oltrepassare.

D'altro canto, in base alla seconda impostazione, riconoscendo *in nuce* al giudizio sulle leggi una natura "politica", vi era chi comprendeva che nel sindacato di costituzionalità vi fosse ampio spazio per l'esercizio di discrezionalità. Ciò, perché si comprendeva che se si fosse veramente voluto consentire alla Corte di esprimere il proprio ruolo di garanzia, sarebbe stato necessario dotarla di poteri incisivi ed efficace, attribuendole un reale potere di incidenza (e quindi di revisione) delle scelte interpretative del legislatore.

La riluttanza (anche dogmatica) circa l'esercizio di tale discrezionalità da parte di un giudice (in senso sostanziale) ci fa comprendere come in questa prospettiva sia stata maggiormente sentita l'opportunità di attribuire il controllo sulle leggi ad un organo specializzato²⁶⁸, cercando di investirlo di una legittimazione tale da giustificare – entro una determinata misura – l'esercizio della discrezionalità nel controllo²⁶⁹.

²⁶⁸ Kelsen, H., *Chi dev'essere il custode della Costituzione* (1929), cit. pagg. 227 ss.. È quindi la questione connessa alla rigidità costituzionale e alla sua effettiva garanzia, e quindi al controllo sull'esercizio della discrezionalità parlamentare che giustifica, in tali termini, la previsione di un giudice autorizzato a sindacare la conformità degli atti legislativi alla Costituzione.

²⁶⁹ Avverte Bisogni, G., *La politicità del giudizio sulle leggi. Tra origini costituenti e il dibattito giuristico contemporaneo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pagg. X, che se anche alla luce di questa seconda "logica" sarebbe ipotizzabile definire tale organo "giurisdizionale", tale sarebbe una configurazione soltanto formale. Come se i costituenti avessero "presente questo problema e il loro obiettivo fosse quello di evitare di giungere a un approdo assimilabile all'impostazione statunitense dove la capacità del potere giudiziario di incidere "politicamente" sull'operato delle altre funzioni statali agendo, mediante il *judicial review of legislation*, quale attore politico-costituzionale pariorientato agli altri poteri federali, quasi in concorrenza con il legislativo e l'esecutivo".

Già si conosce quale fu l'approdo: la qualificazione della garanzia costituzionale in termini giurisdizionali. Ma sullo sfondo rimase la questione – a prescindere da quanto fosse presa sul serio dai costituenti – di una sorta di incompatibilità della carica politica che essa esprime con la natura giurisdizionale della sua collocazione. Infatti, se la natura sostanzialmente giurisdizionale della Corte avrebbe dovuto fornire un'identità precisa e di sicuro affidamento, l'inevitabile politicità della propria funzione avrebbe causato non rare difficoltà nel ragionare su questa nuova istituzione.

3. I lavori parlamentari

Il quesito di fondo intorno alla natura politica o giurisdizionale dell'organismo che si intendeva creare corre lungo tutto il percorso di discussione e confronto verso l'approvazione della relativa disciplina nella Carta costituzionale.

Vi era però, come detto, un punto sul quale in Assemblea costituente ci si trovò sostanzialmente d'accordo. I progetti presentati nella Commissione per la Costituzione e il dibattito che li assistette dimostrano l'inconcepibilità di un giudice delle leggi che, seppure dotato del potere di controllo dell'atto massimamente espressivo della volontà democratica, potesse ingerirsi e metter bocca sulla discrezionalità tradizionalmente riservata alle assemblee rappresentative²⁷⁰.

Ne sarebbe rimasto pregiudicato il principio della sovranità, ovvero dell'unità politica che avrebbe necessariamente dovuto riconoscersi al Parlamento (unico organo autenticamente rappresentativo del popolo).

Ebbene l'ambivalenza che la Corte incarnava assumendo le vesti di un organo solo giurisdizionale prima, ma dal sapore anche di politicamente attivo poi, aprì ad una pluralità di ipotesi di disciplina nelle quali in buona sostanza si ripropone il dilemma legato al rischio di creare un'istituzione che sebbene in apparenza giurisdizionale, in realtà avrebbe inevitabilmente finito per esprimere una politica non dissimile, e se non identica, molto prossima a quella legislativa.

²⁷⁰ E ciò, soprattutto, se si tiene conto della natura programmatica di molte delle norme del parametro di controllo e cioè della Costituzione. Sempre secondo BISOGNI, G., *La politicalità del giudizio sulle leggi*, cit. pag. XI e XII le norme programmatiche, quali contrassegni distintivi e irrinunciabili del costituzionalismo contemporaneo, rappresentano un avanzamento nella considerazione giuridica della personalità umana. Se in passato queste norme erano reputate come foriere di una discrezionalità non esercitabile da parte dei giudici, oggi invece lo sforzo della teoria giuridica contemporanea sta proprio "in un'opera di razionalizzazione delle stesse allo scopo di renderle fruibili in sede di ragionamento giudiziario".

4. Intermezzo. L'influenza del modello di giustizia amministrativa e il rimando al binomio legittimità/merito

È utile osservare come in sede costituente il tema della giustizia costituzionale fu subito esaminato nella specifica ottica riconnessa alla risoluzione dei conflitti di competenza tra gli organi dello Stato. Nella ricerca dell'organo deputato a dirimere i conflitti tra lo Stato e le nuove entità regionali, si avvertì immediatamente che l'ipotesi della previsione in capo alla Corte di una competenza esclusiva alla risoluzione di tali conflitti l'avrebbe resa un organo chiaramente politico.

Si cercò, quindi, di riproporre quella scissione che, sul piano della giustizia amministrativa, era ormai dogmaticamente acquisita. Si immaginò cioè di riservare il controllo di legittimità delle leggi alla Corte costituzionale, ma il merito sarebbe stato sempre e comunque affidato al Parlamento.

La carenza di una chiara matrice dottrinale giuspolitica intorno alla giustizia costituzionale spinse dunque i costituenti a impiegare ed utilizzare logiche forse desuete o comunque di antico conio, tutte intrise di quell'idea del giudice come mero esecutore della volontà legislativa.

Si impiegarono così i due concetti – legittimità e merito – con un rinvio teorico-giuridico che finì per costituire un'ulteriore base per decifrare e immaginare i compiti della Corte costituzionale.

La giustizia amministrativa rappresentava un *tertium comparationis* che avrebbe funto da riferimento “culturale” ricorrente: una sorta di modello a cui avrebbe dovuto ispirarsi anche l'architettura del sindacato di costituzionalità.

Guardando a questa impostazione si chiarisce ulteriormente il problema legato al dubbio sulla natura politica o giurisdizionale della Corte. E si chiarisce una delle ragioni – se si pensa anche all'esercizio del controllo oltre ai conflitti tra stato e regioni anche a quelli tra poteri dello Stato – dell'opportunità di assegnare tale funzione a un organo di natura senz'altro politica (quindi il Parlamento), o comunque a un organo giurisdizionale *ad hoc* quale si pensava potesse essere la Corte costituzionale.

I costituenti ebbero, insomma, come esempio quello del Consiglio di Stato. La fisionomia teorica del giudice amministrativo rispondeva pienamente all'esigenza dei costituenti di istituire un controllo a garanzia dei diritti individuali del cittadino

sul massimo dei poteri costituiti, senza però compromettere o incrinare il primato della legge.

Peraltro, la vischiosità di un tale argomentare teorico è chiarito dal rilievo che – procedendo nel dettaglio e lavorando di cesello sulla nuova Istituzione – si capì ben presto come il ricorso a certi concetti non avrebbe di certo risolto le questioni presupposte alla definizione di una figura istituzionale che si mostrava molto più impalpabile quanto più su di essa si approfondiva il dibattito.

Superata la fase dell'inquadramento generale del nuovo Organo nell'ambito giurisdizionale, superata la fase delle facili analogie giustizia nell'amministrazione/giustizia nella legislazione, questi inquadramenti iniziarono però a vacillare.

Lo spazio che avrebbe dovuto essere circoscritto da tali concetti si rivelava invece molto meno circoscritto, con la conseguenza che il concreto assetto del giudizio di costituzionalità non si prestava ad una disciplina univoca.

Modellare la Corte sul Consiglio di Stato non avrebbe certo garantito quella ricercata identità con la concezione continentale della giurisdizione proprio per la problematica estensione del suo operato dalla sfera degli atti dell'esecutivo alla sfera della legislazione. In sostanza, la possibilità che aveva la Corte di spostarsi sul crinale che divide (o che lega) i diritti fondamentali del cittadino e l'interesse all'integrità dell'ordinamento costituzionale, si poneva lì come la manifestazione di una politicità del nuovo organismo che andava in ogni modo contenuta.

5. I progetti sulla Corte costituzionale presentati in sede costituente (i progetti presentati da Piero Calamandrei e Giovanni Leone)

5.1. Le questioni di fondo

Si è notato come l'attenzione che i costituenti dedicarono alla giustizia costituzionale è caratterizzata da una certa ambiguità. L'influenza di fondamenti teorico concettuali di stampo ottocentesco, la fiducia nel ruolo del Parlamento (che mediante il sistema dei partiti si pretendeva sarebbe stato capace di risolvere i conflitti della nascente società pluralista) e la convinzione della necessità di mantenere intatta l'unità politica dello Stato, salvaguardando il principio della supremazia della legge, fece sì che il dibattito si sviluppò con un forte tasso di indeterminatezza, non andando oltre un generico *favor* per la garanzia costituzionale.

Che fosse necessario rinforzare la Costituzione rispetto alla legge ordinaria, appariva comunque un fatto naturale: dopo il recente passato, ove si era assistito alla soppressione dei fondamentali diritti degli individui e delle minoranze politiche, in una cornice formalmente legale, non si poteva più fare affidamento soltanto sul principio di maggioranza e sulla virtù del legislatore.

Pertanto, la previsione di un apposito procedimento per la revisione costituzionale e la previsione di un organo di garanzia rappresentava la prima e più elementare garanzia da opporre a tale eventualità. Del resto, con l'obliterazione del sistema monarchico era venuta meno l'unica realtà istituzionale in capo alla quale ascrivere l'unità del paese, peraltro dopo un complesso e travagliato percorso di liberazione nazionale.

D'altra parte, tali convinzioni furono appannate anche dalla forte presenza di partiti politici a base popolare; e in un tale contesto politico vi era una chiara ostilità alla teorizzazione di un'istituzione priva di diretta legittimazione democratica, viepiù se sarebbe stata in grado di ingerirsi nell'attività di indirizzo politico (di sicura spettanza del circuito Popolo-Parlamento-Governo).

Fu dunque, quello presupposto alla nascita della giustizia costituzionale, un lavoro incentrato su una condivisa posizione di fondo: la definizione della struttura della Corte costituzionale sarebbe stata una questione strettamente tecnica,

come se, quasi inconsciamente, si volesse svalutare il problema della qualificazione e della collocazione della giustizia costituzionale nell'ordinamento.

Ciò, nonostante si stesse affrontando il problema di una disciplina che avrebbe regolato un'intera struttura organizzativa: una Corte che, prima o poi, avrebbe dovuto funzionare concretamente.

Infatti, quando la Corte Costituzionale iniziò ad operare, sotto vesti assai differenti da quelle che emergevano dai primi progetti che furono discussi, la sua attività venne a configurarsi come quella di un organo dotato di potenzialità assai più ampie di quelle che avrebbero potuto prevedere i Costituenti.

Cominciarono insomma ad affiorare, i limiti dello "strumentario giuridico tradizionale" che avevano usato per la strutturazione del nuovo organismo.

Si comprese l'impossibilità, o quanto meno l'inopportunità, di affrontare con l'ausilio dei soli mezzi tecnici, tratti da una teoria giuridica ormai risalente e inattuale, quel coacervo di problemi che il controllo di costituzionalità poneva. Questo, peraltro, non soltanto sul piano puramente teorico, ma in particolare sulla questione della armonizzazione e del corretto inserimento della ventura istituzione nel contesto istituzionale in cui andava calandosi, e in particolare con la centralità parlamentare, quale caratteristica fondante della forma di governo prescelta dai Costituenti.

Nella maggior parte dei casi, quindi, il dibattito costituente sulla giustizia costituzionale si presenta per essere teorico-giuridico: nozioni quali "giurisdizione", "manifesta infondatezza", "legittimità" e "merito" ricorrono sovente nei resoconti parlamentari e sono, invece, assai rare le valutazioni circa le implicazioni politiche e sociali del sindacato di legittimità costituzionale.

La ragione di tale concentrazione sugli aspetti tecnici sta nella fermezza dei presupposti dai quali i costituenti mossero per inferire la necessità di un controllo sul legislatore. Essi, più che trovare fondamento in una precisa concezione giuspolitica della Costituzione (ancora da riconcettualizzare o comunque soltanto in via di riconcettualizzazione), dalla quale derivare l'assetto del sindacato di legittimità sostanziale della legge, puntarono a soddisfare quelle immediate ed elementari esigenze che si presentarono con la caduta del Fascismo e con l'avvento del pluripartitismo di massa.

Se, da un lato, si avvertiva il rischio di ingessare o irrigidire la futura Carta preconstituendo degli strumenti da contrapporre ai potenziali abusi del potere legislativo, dall'altro, vi era la sentita esigenza di garantire la piena giuridicità del controllo di costituzionalità contro qualsiasi tentazione che la Corte costituzionale acquisisse, tramite l'esercizio di una così delicata funzione; una decisionalità politico-costituzionale che i nuovi protagonisti della scena politica – i partiti di massa – riconoscevano solo a se stessi.

Pur potendosi dare – e nella storia del pensiero giuridico e politico si sono certamente date – speculazioni teoriche sulla rigidità costituzionale e sulla politicità di un controllo di costituzionalità della legge, all'esigenza di istituire quest'ultimo si giunse in Assemblea Costituente non sulla base di una data 'filosofia' costituzionale, ma sulla scorta di elementi che la storia istituzionale italiana più o meno recente faceva ritenere evidenti e fuori discussione.

Occorre capire che quei dubbi e quelle incertezze, come anche i problemi che affanneranno i giuristi alle prese con questa parte della Costituzione, ruotano intorno ad una convinzione di fondo che albergava nei costituenti. All'idea, cioè, che il costituzionalismo contemporaneo – di cui la Costituzione repubblicana era espressione – nulla avrebbe immutato dell'immagine della funzione giurisdizionale ereditata dal passato statutario; e, di conseguenza, il controllo di costituzionalità della legge si sarebbe posto, con opportuni adeguamenti ed accorgimenti, nel solco di quella medesima immagine e sarebbe stato edificabile con gli stessi strumenti concettuali di un'esperienza giuridico-politica che, invece, si era connotata proprio per l'esclusione di qualsiasi forma di controllo giudiziario sulla legittimità sostanziale della legge.

La seconda sezione della II Sottocommissione discusse e lavorò sulla base di due progetti. Furono soprattutto due eminenti giuristi, Piero Calamandrei e Giovanni Leone a presentare gli articolati più completi. Entrambi di estrazione culturale processualistica, concentrarono molto la loro attenzione su aspetti attinenti al processo. Aspetti che possono apparire eminentemente tecnici, ma che, ad uno sguardo più approfondito, risultano interessanti alla luce dell'impatto che sarebbero stati in grado di produrre sul concreto atteggiarsi della futura Corte costituzionale.

Va, comunque, evidenziato che in entrambe le proposte si delineò un controllo “accentrato” di costituzionalità delle leggi. Rifiutando di incaricare diffusamente tutto il ceto giudiziario, si preferì investire della relativa competenza un giudice *ad hoc*. In questo è di tutta evidenza la preoccupazione o la premura di entrambi i proponenti di salvaguardare il primato della legge, preservando dall’ingerenza dei giudici comuni le determinazioni assunte nella sede della massima espressione del potere politico legislativo²⁷¹.

5.2. Il progetto Calamandrei

Pietro Calamandrei propose di strutturare il controllo di costituzionalità in due separate tipologie. A una forma di controllo in via incidentale se ne affiancava una in via principale²⁷².

Nel primo caso, il controllo incidentale sarebbe originato dall’emersione di una questione di legittimità nel corso di un processo, assumendo la natura di questione pregiudiziale. Questa sarebbe stata assegnata per la decisione alla I sezione della

²⁷¹ Da sempre, sin dal momento in cui è stato teorizzato un tribunale costituzionale con funzioni di garanzia costituzionale, si è dovuto fare i conti con l’obiezione della sua compatibilità con il principio democratico, la sovranità popolare, la centralità del parlamento, la primazia della legge. L’obiezione viene riportata e confutata già da H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione* (la giustizia costituzionale), in *La giustizia Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 172: «Nei confronti di questo sistema vengono ordinariamente formulate alcune obiezioni. La prima è, naturalmente, che un simile istituto sarebbe incompatibile con la sovranità del parlamento. Questo argomento però – a parte il fatto che non si può fare questione della sovranità di un organo particolare, appartenendo la sovranità, tutt’al più, all’ordinamento statale nel suo complesso – viene meno già solo perché bisogna riconoscere che la costituzione regola, in definitiva, il procedimento legislativo esattamente nello stesso modo in cui le leggi regolano quelle dei tribunali e delle autorità amministrative; che la legislazione è subordinata alla costituzione nello stesso modo in cui la giurisdizione e l’amministrazione sono subordinate alla legislazione e che, di conseguenza, il postulato della costituzionalità delle leggi è, teoricamente e tecnicamente, del tutto identico al postulato della legittimità della giurisdizione e dell’amministrazione.

Se, in contrasto con questa vedute, si continua ad affermare l’incompatibilità della giustizia costituzionale con la sovranità del legislatore, ciò accade solo per dissimulare lo sforzo del potere politico che si esprime nell’organo legislativo di non farsi - in evidente contrasto con il diritto positivo - limitare dalle norme costituzionali. Ma se questa tendenza può essere approvata per motivi di opportunità, essa non ha dalla sua argomenti giuridici».

²⁷² BISOGNI, G., *La politicità del giudizio sulle leggi*, cit. pagg. 84 e ss.. Nel dettaglio cfr. art. 27 del progetto Calamandrei (in BATTAGLINI, M. – MINNINI, M., *Codice della Corte costituzionale con i lavori preparatori, la giurisprudenza, le norme impugnate*, CEDAMO, 1960, pagg. 87 e ss).

Suprema Corte di Cassazione, e avrebbe avuto un'efficacia limitata al caso concreto.

Il controllo principale, invece, poteva essere attivato su richiesta di cinquanta parlamentari, ovvero su istanza della I sezione stessa, ovvero ancora a mezzo del ricorso di un elettore. Anche in questo caso a decidere sarebbe stata la Corte di Cassazione, ma nella sua composizione a Sezioni Unite.

A differenza del controllo incidentale, però, il sindacato in via principale avrebbe potuto essere attivato nel limite di tre anni dall'entrata in vigore della legge e la pronuncia che ne sarebbe conseguita non avrebbe avuto efficacia caducatoria, ma meramente dichiarativa del vizio di incostituzionalità della legge. Il ruolo del Parlamento era salvaguardato e privilegiato dalla previsione di un suo residuo spazio esclusivo di intervento. Sarebbe stato l'organo legislativo, infatti, ad assumere le successive iniziative al fine di sanare il vizio rilevato dalle Sezioni Unite.

Si nota, quindi, come nella visione del Giurista fiorentino, il controllo di costituzionalità non era veramente legato alla nuovo tipo di giuridicità introdotto dalla Costituzione e non teneva in debito conto l'impatto storico che essa avrebbe avuto sull'organizzazione dei poteri pubblici. Il controllo era quindi posto a presidio più che della Costituzione, dello Stato.

Piero Calamandrei guardava alla Costituzione come se essa fosse una manifestazione, seppure peculiare, della legge ordinaria (resistenza della Costituzione all'abrogazione da parte di una legge ordinaria), per l'interpretazione e applicazione della quale vi erano già le deputate strutture istituzionali. Non rimaneva alcun margine per quelle teorizzazioni volte a superare le coordinate teoriche con le quali si confermava il primato della legislazione e, di conseguenza, del ruolo della giurisdizione vincolata dalla stretta subordinazione ai testi normativi da applicare.

Non si guardava, dunque, al controllo di costituzionalità quale rimedio alla prevedibile conflittualità che potesse insorgere tra le forze politiche; esso sarebbe consistito in un effetto già noto e relativo al modo di atteggiarsi del potere giudiziario, rimodulandosi come una mera conseguenza discendente dall'avvento di una fonte sovraordinata alla legge nei confronti del potere giudiziario. In

conseguenza dell'avvento di una fonte superiore, non sarebbe mutata (né doveva cambiare) la fisionomia consueta del potere giurisdizionale.

Calamandrei non diede peso, o forse non volle cogliere le conseguenze connesse, all'istituzione di un controllo di legittimità materiale della legge e non comprese a pieno che questo avrebbe costituito un problema per un'impostazione teoretica di tipo sostanzialmente giurisdizionale della sua funzione.

Non comprese che il controllo della costituzionalità da parte dei giudici sarebbe diventato anche politico, specialmente di fronte a una costituzione come la nostra in cui molti articoli non sono vere e proprie norme giuridiche, ma direttive politiche proiettate verso l'avvenire.

Non poteva farsi, infatti, affidamento sul solo aumento del piano quantitativo di operatività della funzione giurisdizionale (in termini di mera estensione dell'area di operatività della giurisdizione ad atti giuridici in passato insindacabili), ma si sarebbe dovuto da subito comprendere gli effetti che, dal punto di vista qualitativo, avrebbe determinato l'assegnazione di tale funzione alla magistratura ordinaria.

Traendo il materiale applicativo direttamente dalla sfera costituzionale, anche senza il tramite della legge, il giudice si trovava a maneggiare importanti interessi politici e sociali. E se, in passato, il bilanciamento di questi interessi spettava esclusivamente alla mediazione legislativa ora, sulla base dell'impostazione calamandreiana, la possibilità insita nel controllo di costituzionalità di mettere in discussione tale funzione di mediazione operata dal legislatore, a mezzo di un parametro di giudizio connotato da indeterminatezza e genericità, avrebbe lasciato al giudice un'amplissima discrezionalità politica.

Ciò, evidentemente, conduceva a un'eterogeneità dei fini, rendendo quasi contraddittorio l'esito del disegno rispetto alle premesse progettate: si sarebbe trattato di un'impostazione in netto conflitto con il principio di separazione tra diritto e politica che Calamandrei comunque poneva a fondamento della funzione giudiziaria²⁷³.

²⁷³ Su quanto accadde e sul ruolo del bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale si vedano anche: BIN, R. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; PINO, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, il Mulino, Bologna 2010; MORRONE, A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale*.

Il tentativo di attenuare questo pericolo consistette nell'affidare il controllo in via incidentale ad un organo specializzato, benché inserito nella magistratura ordinaria, a seguito di una valutazione relegata al singolo giudizio ed effettuata dal magistrato senza stime di carattere generale ed astratto sulla validità della legge, ma limitandosi ad un vaglio preliminare volto alla sospensione del processo.

Nel conseguiva uno sdoppiamento della funzione giurisdizionale, la quale veniva così a perdere la propria unitarietà: l'inquadramento della giustizia costituzionale alla luce di questa concezione ne evidenziava una duplice natura intrinseca, generale ed astratta una, che avrebbe dato vita al controllo in via principale; particolare e concreta l'altra, che avrebbe originato il controllo in via incidentale.

Il controllo in via principale, in particolare, partecipava di una logica legislativa:

- sarebbe stato attivabile da entità di natura politica (cinquanta parlamentari, il cittadino, la I sezione della Corte);
- sarebbe stato sottoposto a un termine di decadenza;
- avrebbe avuto l'obiettivo di dirimere controversie di natura pubblicistica;
- la pronuncia avrebbe investito la legge nella sua forma.

Tale tipo di controllo avrebbe rappresentato il luogo in cui Costituzione e legge si sarebbero fronteggiate stante la compartecipazione di una medesima natura politica.

Nonostante la logica legislativa che lo contraddistingueva, il controllo in via principale era comunque inquadrato da Calamandrei in un'ottica continentale della giurisdizione dove legge e costituzione rappresentavano due aspetti di una medesima base. Base dalla quale il giudice avrebbe dovuto attingere per l'esercizio della funzione applicativa delle norme.

Per assicurare tale funzione però non era lecito ammettere una dualità istituzionale, con la previsione di una Corte estranea alla magistratura tradizionale, che lasciasse impregiudicato il tema della sovranità, rischiando addirittura di metterne a repentaglio l'esistenza.

Teoria e rassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali, Giappichelli, Torino, 2014.

La legge affetta da incostituzionalità sarebbe infatti caduta soltanto al termine di un procedimento nel quale si attribuiva al Parlamento il compito di sciogliere il nodo.

Peraltro, sebbene l'affacciarsi sulla scena di una fonte gerarchicamente superiore alla legge poneva la difficile questione del loro rapporto, la posizione di Calamandrei ci appare fedele al dogma che pervase tutta l'età statutaria e cioè la sovranità della fonte legislativa, addirittura anche rispetto alla Costituzione.

Sostenendo che questa avrebbe avuto attuazione soltanto per il tramite della legge, Calamandrei cercava di contenere al massimo l'ingerenza che essa avrebbe potuto aver, per il tramite del sindacato di legittimità, nel delicato processo di attuazione costituzionale.

Inoltre, riconoscendo la necessità di prevedere comunque altri canali, oltre quello parlamentare, deputati alla custodia e all'attuazione della costituzione (nel caso di specie la giurisdizione comune), Calamandrei comprese che l'esecuzione della Costituzione non sarebbe stato affare della sola dialettica parlamentare e della sua logica politica, ma avrebbe fruito anche di un mezzo tradizionalmente estraneo a tale tipo di impegni.

Era questa la filosofia che faceva da sfondo all'altra forma di controllo: si nota, infatti, come il controllo in via incidentale, presupponga la convinzione circa una certa omogeneità della legge rispetto alla Costituzione con la conseguenza che il loro eventuale contrasto non si sarebbe posto in termini di vera e drastica contraddizione.

La tipologia di controllo in via incidentale avrebbe consentito di guardare alla Costituzione come norma giuridica e non soltanto come un documento che impone un certo ordine giuridico politico. Essa era suscettibile di essere calata nella quotidianità, era interpretabile in base ai tradizionali criteri interpretativi della legge, nonché applicabile alle controversie di natura schiettamente privatistica.

Nessuno meglio della Cassazione, allora, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica avrebbe potuto garantirne l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione, attuando un controllo che si sarebbe tradotto nella mera disapplicazione della legge. Se fosse risultata costituzionalmente illegittima, non c'era il pericolo di una sua caducazione *erga omnes*, verificandosi una mera

disapplicazione *inter partes*. Si evitava, così, di attribuire alla giurisdizione un potere di annullamento della legge che il primato della funzione legislativa richiedeva di escludere in radice.

In Calamandrei, dunque, ricorre sempre la premura di non soverchiare il principio della supremazia parlamentare.

Nel progetto proposto, sia il controllo in via incidentale che quello in via principale non sarebbero in alcun modo giunti all'annullamento della legge impugnata. Se nel primo tipo, il contrasto si sarebbe risolto nel caso concreto – in tal caso il *vulnus* alla centralità della legge seppur vi sarebbe stato, ne era limitata la portata grazie alla circoscrizione della relativa declaratoria di incostituzionalità al giudizio *a quo* – nel secondo (ove era possibile che emergesse un conflitto in astratto tra Costituzione e legge) l'ultima parola sulla sorte della legge era comunque riservata all'organo che la aveva prodotta, il Parlamento.

Calamandrei era convinto della possibilità di strutturare un controllo di costituzionalità coerente con la concezione continentale della giurisdizione. La sua divisione in due tipologie mirava a mantenere ferma tale concezione.

Non solo, affermando la natura puramente giurisdizionale del controllo di costituzionalità, si manteneva il dibattito su un piano puramente tecnico, razionalmente dominabile, e lo si depurava da qualsiasi considerazione di ordine politico.

Secondo Calamandrei, la giurisdizione, persino dinanzi a una costituzione rigida e intensamente programmatica come quella che stava venendo fuori dalla Costituente, sarebbe rimasta identica a se stessa.

Va però evidenziato che tale convinzione non si rivelò, col senno del poi, di per sé sufficiente a garantire una natura sostanzialmente giurisdizionale del controllo sulla legislazione. La nozione che avrebbe dovuto assicurare il crisma della apoliticità del controllo di legittimità sostanziale della legge – e cioè il suo inquadramento giurisdizionale – rischiava di generare effetti opposti.

Si metteva nelle mani del giudice una discrezionalità che non gli si addiceva. L'assimilazione tra legge ordinaria e costituzione, infatti, non poteva valere di per sé come profilassi da qualsiasi carattere politico, e apriva al rischio opposto: quello

di politicizzare eccessivamente il procedimento giurisdizionale di applicazione di norme giuridiche, snaturandone la funzione.

Per questo, secondo Calamandre, la garanzia affinché il controllo, soprattutto quello in via incidentale, non oltrepassasse i confini posti dai criteri interpretativi tradizionali, andava ricercata nel tenore della norma da applicare. Non sarebbe dovuto residuare in capo al giudice una discrezionalità decisionale eccessivamente ampia.

Per Calamandrei sarebbe stato dunque necessario intervenire sul parametro del giudizio di costituzionalità, conferendogli quelle qualità intrinseche ed estrinseche necessarie per rendere anche quelle costituzionali delle vere e proprie norme giuridiche, sostanziatesi in un comando chiaro e conciso, munito di pedissequa sanzione²⁷⁴, capaci in definitiva di limitare al minimo lo spazio di manovra discrezionale del giudice.

Su questo ultimo aspetto occorre ulteriormente osservare come in Assemblea Costituente fu assai frequente l'esame della connessione tra la natura delle norme costituzionali e la discrezionalità di giudizio della Corte costituzionale.

Si riteneva, al riguardo, che la migliore garanzia contro una eccessiva indipendenza di giudizio politico andasse perseguita nel definire testi normativi che limitassero al minimo quella insopprimibile e pure fisiologica discrezionalità interpretativa.

Un parametro del giudizio di costituzionalità eccessivamente indefinito ed elastico avrebbe fatto del Giudice delle leggi un organo la cui giurisprudenza avrebbe lasciato pochi margini di riconducibilità alle linee interpretative emerse dalla dialettica parlamentare, potendo questo ritagliarsi uno spazio proprio nel processo di attuazione costituzionale. Uno spazio che, in definitiva, sarebbe stato sottratto al circuito di produzione della volontà politica.

Soltanto attraverso una norma di semplice e diretta comprensione il giudice avrebbe potuto provvedere alla sua interpretazione/applicazione senza esporsi al rischio di snaturare, politicizzandolo, il proprio ruolo.

²⁷⁴ Fu per tale ragione che Calamandrei si battè affinché le norme c.d. programmatiche fossero collocate in un preambolo (che ne avrebbe dimostrato l'ampia valenza simbolica sminuendone quella giuridica), lasciando al testo costituzionale vero e proprio norme dotate di natura immediatamente precettiva. Cfr. BISOGNI, G., *La politicità del giudizio sulle leggi*, cit. pag. 97.

In definitiva, nonostante questi sforzi tecnici, dal progetto Calamandrei emerge la consapevolezza che il giudizio sulle leggi non possa guardarsi come mero corollario del principio dello Stato di diritto, possedendo *naturaliter* una eccedenza politica che rende assai difficile la sua qualificazione in termini propriamente giurisdizionali. E ciò spiega la sua attenta ricerca di accorgimenti volti ad evitare questa eccedenza.

Come del resto si osserva anche nelle posizioni di Schmitt, anche Calamandrei affronta l'alternativa fra l'inutilità giurisdizionale del sindacato e la sua utilità politica. Affinché sia veramente incisivo, il giudizio sulle leggi dovrebbe affrontare e inserirsi in quei dubbi e divergenze di opinione (politica) sull'interpretazione costituzionale: ma ciò lo trasformerebbe in una fonte di produzione normativa di rango costituzionale, sebbene sotto mentite spoglie.

Di qui, si comprende l'aspirazione alla ricerca di strumenti diretti a vincolarne il più possibile l'operato, cercando di costruire la sua funzione nei termini di un controllo razionalisticamente vincolato e non discrezionale, come tale il più possibile prevedibile. Il modo migliore per ottenere questo risultato non può che essere, per Calamandrei, la conformazione delle norme costituzionali in un parametro di giudizio idoneo a permettere una "sussunzione conforme alla fattispecie", requisito imprescindibile per un sindacato di costituzionalità della legge autenticamente giurisdizionale.

5.3. Il progetto Leone

Il progetto presentato dall'On. Leone mostra la coscienza del possesso, da parte della giustizia costituzionale, di una propria autonomia e di una propria peculiarità rispetto ai tradizionali poteri dello Stato emerge forse con maggiore chiarezza.

Più che un qualcosa di estraneo e stonato, imposto dalla rinnovata natura rigida della Costituzione, nella funzione della istituendo Corte si scorge la normale conseguenza della nuova stagione politico-costituzionale.

Lo si sta per vedere. Ma prima occorre ribadire che anche nel progetto del futuro Presidente della Repubblica vi è la conferma della necessità di non intaccare l'autorità incontrastata del primato della legge.

Nel progetto presentato, il giudizio delle leggi è strutturalmente costruito, come nel caso di Calamandrei, secondo il modello accentrato. Ma, a differenza di quest'ultimo, nel modello di Leone era prevista un'assai più estesa legittimazione ad adire la Corte e soprattutto, sul piano degli effetti delle sue pronunce, una più consistente efficacia. Esse sarebbero state di annullamento e avrebbero prodotto i propri effetti in via retroattiva.

Anche nella visione di Giovanni Leone, l'obiettivo del controllo di costituzionalità consisteva nella repressione degli abusi che la maggioranza avrebbe potuto commettere a danno della Costituzione, offendendone il fondamentale requisito della rigidità, ma rispetto a Calamandrei, nel progetto del Giurista napoletano il Parlamento sarebbe stato estromesso da qualsiasi titolarità nella funzione in esame.

Il giudizio di costituzionalità era costruito secondo la logica del controllo. Ne conseguiva, dunque, l'impossibilità (oltre che l'inopportunità) di confondere in un unico organo, il Parlamento, il ruolo del controllore e del controllato.

Nel progetto di Calamandrei, comunque non estraneo alla logica del controllo, le due funzioni si sarebbero potute contemperare perché la consapevolezza circa la natura politica del sindacato impediva di tagliare fuori il Parlamento da qualsiasi attività, financo giurisdizionale, che producesse effetti sul prodotto della sua volontà. Ove il giudice costituzionale avesse potuto rendere invalida una legge, senza alcun visto parlamentare, si sarebbe offeso non solo il primato del legislativo, ma si sarebbe ammessa *apertis verbis* una piena politicizzazione del giudice costituzionale.

Ma in ciò, per Leone, era il costo da sopportare una volta accettato il carattere anche politico del giudizio di costituzionalità.

Del progetto presentato da Leone è interessante notare l'enfasi che viene attribuita al concetto di "garanzia" e alla esigenza di dare un significato pregno alla rigidità della Carta costituzionale.

Come Kelsen, il processualista riconosce che in mancanza di una siffatta garanzia, tale innovativo attributo della Costituzione sarebbe rimasto privo di valore. Non si poteva quindi assegnare al Parlamento la prerogativa di controllare se stesso.

Certo, con il raggiungimento di questo obiettivo si sarebbe conseguita, di fatto, una limitazione della sovranità del popolo rappresentato in Parlamento e quella frattura dell'unità ordinamentale tanto cara ai giuristi positivi di epoca liberale.

Si avvertiva, quindi, anche nell'articolato suggerito da Leone, il dilemma di fondo relativo alla relazione tra legge e sentenza di incostituzionalità.

Ma in Leone, a differenza di Calamandrei, la questione non si pone in termini di prevalenza dell'una o dell'altra. Leone aveva accettato che il principio della tripartizione dei poteri fosse "inidoneo" a qualificare questo rapporto.

La *visio* che propugnava il Giurista guardava piuttosto a una Corte investita del limitato compito di sanzionare le lesioni che il Parlamento avrebbe potuto commettere a danno della rigidità costituzionale. E in questa attività la giurisprudenza della Corte avrebbe dovuto esprimere il massimo dell'obiettività e dell'indipendenza²⁷⁵.

Le sarebbe stata chiaramente preclusa qualsiasi "trascendenza" che potesse sconfinare in una vera e propria "cogestione" dell'indirizzo politico espresso nella legislazione.

Secondo Calamandrei – che invece rimaneva fermamente fedele allo schema concettuale discendente dalla tradizionale tripartizione dei poteri – occorreva tenere separati un controllo che sarebbe giocoforza sconfinato nel giudizio politico (controllo in via principale), da quello che poteva risolversi in un giudizio asseritamente solo tecnico (controllo in via incidentale, con natura intrinsecamente giurisdizionale). Secondo Leone – forte della consapevolezza riguardo all'alterità della funzione di controllo della legittimità costituzionale rispetto alla tripartizione dei poteri – era ben possibile riunire entrambi gli aspetti in un unico sindacato.

Non poteva, infatti, artatamente e mediante tecnicismi e sofisticazioni comprimesi la particolare natura del giudizio di costituzionalità, un autentico *Giano bifronte* che presentava allo stesso tempo aspetti di politica e tecnica.

Anzi, proprio la riunione di entrambi questi attributi costituisce la base del progetto Leone, conferendo al sindacato di costituzionalità un raggio di azione senz'altro più ampio rispetto al progetto Calamandrei. E ciò sebbene anche Leone rimase fermo nell'attribuire preminenza al valore dell'unità politica.

²⁷⁵ AC. 1971, voll. VIII, pag. 2024

Lo fece immaginando una molteplicità di espedienti e meccanismi diretti ad impedire che il volto politico del sindacato comportasse il venir meno, o comunque un depotenziamento, del principio di centralità della legge nell'ordinamento costituzionale.

Per evitare che il Parlamento, in ragione del contenuto politico della sentenza di incostituzionalità, scivolasse in una posizione peggiore rispetto alla Corte, furono consegnati due strumenti concettuali.

Anzitutto, proprio in base alla distinzione organo di controllo/organo controllato, così com'era precluso al Parlamento l'autocontrollo sulla propria attività, allo stesso modo si impediva che l'organo di controllo si facesse organo "attivo", propugnando orientamenti innovativi rispetto a quelli definiti in sede parlamentare. L'esercizio della funzione, insomma, non avrebbe dovuto risolversi in una compartecipazione alla gestione dell'indirizzo politico.

Essa si sarebbe dovuta, piuttosto, immaginare come attività di vigilanza: mediante lo strumento dell'annullamento retroattivo si sarebbe potuta circoscrivere l'area all'interno della quale il Parlamento avrebbe dovuto e potuto operare.

In secondo luogo – ed è forse questa la soluzione che avrebbe offerto maggiori possibilità nel perseguimento dell'obiettivo di contenere la politicità della Corte – è ancora una volta nella rigorosa giurisdizionalizzazione del relativo procedimento.

Ma se la strutturazione in senso strettamente processuale di tale funzione appare in Calamandrei, ancora una volta, come il precipitato di concezioni dei poteri pubblici fermamente ossequiose del primato della legge, così non fu nel caso di Leone.

Comprendendo di più dell'insigne Collega l'inedita natura che avrebbe connotato la nascente Corte costituzionale, Leone risolveva il problema dei rapporti tra Parlamento e Corte tramite una soluzione nella quale il garante avrebbe dovuto incidere il meno possibile sulle prerogative del garantito.

Quindi, seppure la qualificazione "giurisdizionale" del controllo di costituzionalità è certamente un dato comune, esso si declina però in modo diverso: in Calamandrei il giudizio di costituzionalità di una legge si manifestava come funzione sostanzialmente giurisdizionale configurandosi come la replica, sul piano costituzionale, del giudizio di legittimità che il giudice ordinario, sul piano

legislativo, già conduceva sulle fonti sott'ordinate alla legge. Diversamente, in Leone, il carattere giurisdizionale del controllo di costituzionalità fungeva da limite per una funzione che non veniva però ritenuta intrinsecamente tale.

Muovendo dal presupposto che tale forma di garanzia sarebbe stata in grado di produrre un impatto considerevole sulla preminenza della legge, essa allora avrebbe dovuto esprimersi in modo circoscritto. In concreto, quindi, le si sarebbero costruiti intorno gli argini del processo giurisdizionale.

Leone, inoltre non conveniva sulla scelta di attribuire alla Cassazione tale sindacato. E ciò rivela ulteriormente la considerazione dell'autentica originalità di siffatta funzione. Dice Leone: “se il giudice comune avesse potuto sindacare la costituzionalità delle leggi avrebbe finito col tradire un'immagine di sé che trapassa indenne dall'età statutaria al nuovo regime repubblicano e che lo vuole dedito a un'attività di mera interpretazione ed applicazione della legge nella quale non sia concesso alcuno spazio per considerazioni di natura politica”²⁷⁶.

A ben vedere, infatti, tra i due giudizi – tecnico e politico – senz'altro quest'ultimo rappresentava per Leone l'aspetto davvero qualificante della nuova istituzione. Anzi, il giudizio di costituzionalità avrebbe dovuto considerarsi addirittura “soltanto” politico.

Non è, infatti, frutto del caso che nel suo progetto i componenti della Corte condividano sensibilità e linguaggio dell'organo soggetto a controllo: Leone immagina che i giudici costituzionali sarebbero stati tutti nominati solo ed esclusivamente dal Parlamento.

Anche sotto questo aspetto, poste a confronto le due proposte se ne comprende in fondo la rispettiva coerenza. Suddividendo il sindacato in un giudizio politico e in un giudizio tecnico-giuridico, Calamandrei immaginava una Corte a sua volta divisa tra membri eletti dalla magistratura e membri eletti dal parlamento. Leone, intuendo che il controllo avrebbe avuto carattere inevitabilmente politico, comunque lo si volesse organizzare, scelse di ancorarne i criteri di valutazione a quelli che presiedono la funzione legislativa, già a partire dalla composizione della Corte di soggetti eletti dal Parlamento.

²⁷⁶ BISOGNI, G., *La politicità del giudizio sulle leggi*, cit. pag. 122.

Insomma, secondo il Giurista napoletano, soltanto restringendo l'incidenza del nuovo Organismo attraverso una stretta giurisdizionalizzazione del procedimento si sarebbe potuto predisporre una garanzia costituzionale avverso la legge senza sminuirne il primato.

Per Leone, tuttavia, la veste processuale della Corte costituzionale altro non era che una sorta di strumentalizzazione del procedimento giurisdizionale diretta a comprimerne la politicITÀ della funzione di garanzia costituzionale. Leone, coerentemente, guardava alla Corte come un organo di garanzia, non tanto delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, quanto piuttosto dell'unità politica dell'ordinamento, la cui tutela al limite avrebbe potuto semmai, anche solo indirettamente, estendersi ai diritti fondamentali del cittadino.

Il Giurista napoletano era meno condizionato dal concetto sostanziale di giurisdizione, comprendendo invece che da un suo uso ortodosso sarebbe potuta derivare un'eccessiva enfasi della sostanza politica del giudizio di costituzionalità. Si sarebbe offerta al ceto magistratuale la possibilità di esprimere una politicITÀ omogenea e, come tale, concorrenziale con quella del Parlamento.

Quanto alla soluzione propugnata da Calamandrei per stemperare la politicITÀ del giudizio costituzionale – e cioè di intervenire sul parametro di tale giudizio – Leone se ne discosta preferendo la via della giurisdizionalizzazione del procedimento.

In questo modo il binomio politico/giurisdizionale non si sarebbe posto perché: *a)* collocando la Corte in una sfera ben delimitata, *b)* prevedendo che la legge incostituzionale non potesse essere impugnata oltre un termine di decadenza e, *c)* formandosi il giudicato su un eventuale rigetto della Corte, sarebbe stato capriccioso e superfluo soffermarsi sull'interrogativo se la Corte avesse avuto una natura politica o giurisdizionale.

Nella visione disincantata di Leone, sarebbe stato inutile agire sul parametro del giudizio di legittimità costituzionale (la Costituzione), ad esempio cercando di limitare il più possibile le norme a contenuto programmatico e anzi l'apparente *vulnus* alla legge avrebbe, invece, prodotto il contrario: avrebbe garantito una tutela più efficace, e a un livello più elevato di quello legislativo, maggiormente

adeguato al nuovo contesto storico politico, delle costituzione lunghe e rigide, e al rinnovato valore della sovranità.

6. Generazioni a confronto: le posizioni di Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky sulla giustizia costituzionale in Italia

6.1. Premessa

Dall'analisi delle posizioni che connotano i due progetti presentati in sede costituente emerge un orientamento di fondo: più che (ed oltre a) guardare alla natura della giustizia costituzionale e alla sua specifica collocazione nell'ordinamento, sembrano in essi rilevare i principi di protezione e di primazia della Costituzione più che i profili volti a rafforzare con previsioni precise la materia della revisione e del controllo di costituzionalità delle leggi.

A seconda del maggiore o minore grado di accettazione dei principi sulla giustizia costituzionale, nelle diverse opinioni esaminate cominciano però a profilarsi le ragioni presupposte alla declinazione dei differenti modelli; siano essi caratterizzati dalla prevalenza del "politico" o del profilo "giurisdizionale", siano i loro effetti prodotti sul piano "astratto" o "concreto", sia la loro organizzazione condotta su tipologie di sindacato "accentrato" o "diffuso".

Anche nella dottrina contemporanea sono affrontati gli interrogativi sulle garanzie per l'ordinamento democratico relativamente al ruolo moderatore e arbitrale della giustizia costituzionale. Ed essi, si nota, sono in netta continuità con le preoccupazioni che, sin dal confronto sul Custode della Costituzione tra Kelsen e Schmitt, animano la configurazione e la collocazione di questo "legislatore parallelo"²⁷⁷.

La questione della carenza di legittimazione democratica dei giudici costituzionali costituisce, quindi, un argomento centrale di riflessione problematica nella dottrina costituzionale contemporanea.

Nell'ordinamento italiano, come anche altrove, tale complessa problematica si pone soprattutto avendo riguardo all'evoluzione giurisprudenziale complessiva della Corte costituzionale la quale non sembra aver saputo resistere alle

²⁷⁷ Fra la dottrina che da sempre approfondisce questi aspetti, cfr., ZAGREBELSKY, G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit.; e MODUGNO, F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

sollecitazioni di un sistema che la vuole mera moderatrice di conflitti, prima ancora che custode di valori costituzionali.

Muovendo, quindi, dall'acquisizione raggiunta secondo la quale l'intera storia costituzionale contemporanea — con il successo e l'accoglimento della teoria kelseniana negli Stati europei contemporanei — conferma che l'interrogativo su chi debba essere il "Custode della Costituzione" non costituisce affatto una domanda retorica, ma un vero e proprio nodo gordiano.

Nella prospettiva della democrazia contemporanea può quindi essere interessante approfondire le posizioni di due Autori, le cui tesi sono già state esposte *passim* nel presente lavoro, Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky²⁷⁸, potendole così confrontare con quelle emerse in sede costituente.

Sul punto può essere interessante, ancora, osservare in senso più ampio e introduttivo del confronto dei due Autori come il cambio complessivo di paradigma del diritto positivo, imposto dallo Stato costituzionale democratico e dalla sua giurisprudenza costituzionale²⁷⁹ abbia indotto l'uno, a coniare la formula "diritto mite" per descrivere il nuovo assetto del diritto costituzionale, la cui materialità poggia ormai sulla gravidanza dei diritti fondamentali e il cui nucleo centrale è ora la discorsività, la ragionevolezza.

La sovranità del principe è oramai rimpiazzata dalla sovranità dei valori²⁸⁰.

Luigi Ferrajoli segue un analogo percorso (anche che se nel suo modello esplose l'analiticità, per non dire la formalità, forse più di quanto accada nella dottrina pura di Kelsen). Ma nella sua ricerca è maggiormente presente una forte attenzione per il positivismo "politico" di Uberto Scarpelli²⁸¹.

²⁷⁸ LA TORRE, M., "Finché la società sarà questa". *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica, Rivista fondata da Giovanni Tarello" 1/2010, pp. 209-226, Il Mulino – Rivisteweb.

²⁷⁹ In merito cfr. BONGIOVANNI, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005, capitolo primo, e LA TORRE, M., *Constitutionalism and Legal Reasoning*, Springer, Dordrecht, 2007

²⁸⁰ SILVESTRI, G., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005, capitolo primo ove è evidenziato che mentre l'ordinamento giuridico kelseniano dissolveva formalmente lo Stato in una serie di gerarchie normative; ora lo Stato è fatto – per così dire – evaporare sostanzialmente nel sistema dei valori costituzionali.

²⁸¹ SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965. Per questo Autore, il positivismo più che un approccio metodologico al diritto è una teoria politica del diritto orientata al valore della certezza e dello Stato di diritto

Ferrajoli riprende e rivendica la permanenza del ruolo del principio di legalità (metodo caro a Norberto Bobbio, suo celebre Maestro e presupposto teorico di tutta l'intrapresa giuspositivistica), individuando nella Costituzione repubblicana un momento di fondazione paradigmatica di un nuovo ordinamento giuridico. Sistema che mette in crisi certi presupposti del vetero-positivismo (per esempio la convinzione di una validità tutta formale delle norme), aprendo a una revisione del giuspositivismo e a una sua materializzazione: all'ancoraggio di questo cioè a principi sostanziali.

Si tratta, quindi, di due posizioni che si ripercuotono sulla rispettiva visione del ruolo e sulla collocazione della giustizia costituzionale nell'ordinamento giuridico e come tali meritano, in conclusione di questa Tesi, essere esaminate nelle pagine che seguono.

6.2. Ferrajoli e la giustizia costituzionale, la vicinanza alla posizione di Calamandrei

Ferrajoli è cosciente che l'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale segna se non proprio una scissione, almeno l'instaurarsi di una tensione tra *gubernaculum* e *jurisdicitio* – tra funzioni di governo e funzioni di garanzia, per usare il lessico di Ferrajoli – circa la titolarità nell'assunzione delle decisioni politiche fondamentali²⁸².

Una tensione che vede il proprio fulcro nel concetto stesso di rigidità della costituzione e nel fatto che vengano posti limiti alla discrezionalità politica del Parlamento²⁸³, sino a sottrarre completamente al suo potere di decisione una “sfera dell'indecidibile”²⁸⁴; quest'ultima posta a salvaguardia della democraticità

²⁸² FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007, Vol. 1, *Teoria del diritto*, pagg. 525 e 881

²⁸³ FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. II pag. 6 e ss. dove l'Autore osserva che la novità introdotta dal paradigma dello stato costituzionale di diritto è, pertanto, che «anche il supremo potere legislativo è giuridicamente disciplinato e limitato, con riguardo non solo alle forme, predisposte a garanzia dell'affermazione della volontà della maggioranza, ma anche della sostanza del suo esercizio, vincolato al rispetto di quelle specifiche norme costituzionali che sono il principio di eguaglianza e i diritti fondamentali».

²⁸⁴ Dice l'Autore, «questa sfera dell'indecidibile altro non è che la sfera pubblica degli interessi di tutti, protetta ora dalla garanzia costituzionale», FERRAJOLI, L., *Op. ult. cit.*, Vol. II pag. 44.

dell'ordinamento. Di fianco a ciò, il rilievo che vi sia la necessità di porre a presidio di questi limiti un organo di giustizia costituzionale, con il compito di dichiarare nulle tutte le leggi, ordinarie e costituzionali, che tali limiti oltrepassino²⁸⁵.

A monte sta la questione ancora più risalente – sia dal punto di vista logico che cronologico – sul rapporto tra democrazia politica e costituzione, riassumibile nell'interrogativo se una generazione possa vincolare le generazioni future alle proprie decisioni, rese imm modificabili perché calate in una costituzione rigida²⁸⁶.

Come Piero Calamandrei, nell'approcciarsi al tema della giustizia costituzionale il Prof. Ferrajoli impiega consapevolmente il concetto di giurisdizione mostrandosi altresì consapevole che questo impiego comporta che da una parte il ragionamento giudiziario debba essere vincolato e, d'altra parte, che qualsiasi operazione teorica su tale *reasoning* implichi la necessità di verniciare le conseguenze che impattano su detta qualificazione.

La giurisdizione è e deve rimanere *ratio* e non *auctoritas*.²⁸⁷ Essa si caratterizza, come nella visione schmittiana (la “sussunzione conforme alla fattispecie” quale elemento qualificante della funzione giurisdizionale), per le connotazioni intrinseche della funzione, e non perché è esercitata da un funzionario denominato *judex*.

²⁸⁵ Sul punto cfr. TRIPODINA, C., “È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi”, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2, 2010, pagg. 3 e ss. Della stessa Autrice è celebre il saggio, ID., *Elia e il posto della giustizia costituzionale: remedium omnipotentiae et impotentiae*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 2, maggio-agosto 2009.

²⁸⁶ Ferrajoli sostiene a riguardo che la rigidità della costituzione è al tempo stesso espressione e garanzia della sovranità popolare delle generazioni future e degli stessi poteri delle future maggioranze. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*. Vol. II, pag. 88

²⁸⁷ Il binomio *ratio/auctoritas* è utilizzato da Carl Schmitt per descrivere il concetto di giurisdizione in senso sostanziale. Ricorda BISOGNI, G., *La politicità del giudizio sulle leggi*, cit. pag. 15 e ss. come “Per Schmitt la funzione giurisdizionale è tale non per la forma attraverso cui è esercitata, ma per la sua natura applicativa essendo i giudici chiamati ad applicare norme al caso concreto. La decisione del giudice deve essere essenzialmente il frutto di *ratio* e non di *auctoritas*. La sua controllabilità razionale non passa attraverso le modalità con le quali si forma il giudicante e i vincoli procedurali per mezzo dei quali la sentenza è prodotta, ma per il tramite del suo contenuto che non può mai essere deciso dal giudice, ma deve essere predeterminato ovvero vincolato dalle norme.

Dette connotazioni, o qualità, sono riassunte nella verificabilità razionale del procedimento intellettuale che produce l'atto di espressione della giurisdizione, la sentenza.

Questa è, infatti, un atto di accertamento²⁸⁸ che deve presentare il carattere della coerenza con le norme sostanziali da applicare e che, necessariamente, postula la sussunzione in esse.

Rispetto a Schmitt, Ferrajoli si mostra distante dell'ambiguità relativa al margine di tolleranza sulla discrezionalità del giudice, sostenendo che essa esprima fenomeno normale e soprattutto che si risolva, teoreticamente, quale carattere intrinseco a qualsiasi esercizio della funzione giurisdizionale²⁸⁹.

Anche ad avviso di Ferrajoli, infatti, qualsiasi operazione di sussunzione alle norme sostanziali da applicare, operata dalla sentenza, non elide comunque un margine o un momento di opinabilità²⁹⁰. Si tratta, infatti, di attività nella quale è inclusa l'interpretazione e in cui rileva la probabilità (e mai la certezza) della prova dei fatti rilevanti.

Il Filosofo fiorentino aggiunge che nell'esercizio della giurisdizione occorre considerare anche l'immane questione della "comprensione equitativa" del

²⁸⁸ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*. Vol. 1, *Teoria del diritto*, cit. pagg. 525 e 881.

²⁸⁹ La tesi di Ferrajoli si avvicina alla posizione di KELSEN, H., *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in *La giustizia costituzionale*, cit., pag. 241, dove afferma che è errato presupporre che «l'esercizio del potere si esaurisca nel procedimento legislativo. Non si vede o non si vuole vedere che esso trova la sua sostanziale continuazione e talora perfino il suo effettivo inizio nella giurisdizione non meno che nell'altro ramo dell'esecutivo, l'amministrazione. Se si individua il "politico" nella risoluzione dei conflitti d'interessi, nella "decisione" (deziision) – per usare la terminologia di Schmitt –, in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento derisorio, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica ma non la "vera" giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere "politico" che ha la legislazione. Il carattere politico dell'una e dell'altra presenta una differenza puramente quantitativa e non già qualitativa». E con riferimento in particolare alla funzione giurisdizionale costituzionale, IBIDEM, pagg. 249 s.: «tra legge e sentenza giudiziaria non c'è differenza qualitativa, che questa produce diritto al pari di quella, che la sentenza di un tribunale costituzionale, per il fatto di essere un atto di legislazione, cioè di produzione del diritto, non cessa di essere un atto di giurisdizione, cioè di applicazione del diritto, e, non da ultimo, che, poiché l'elemento della "decisione" non è affatto limitato alla funzione legislativa ma è anche - e necessariamente - contenuto nella funzione giurisdizionale, questa deve avere carattere "politico" al pari di quella».

²⁹⁰ FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, Vol. 1, *Teoria del diritto*, cit. pagg. 885

fatto accertato costituisce ulteriore elemento che conferisce alle sentenze, irrimediabilmente, un certo grado di discrezionalità.

Ciò, però, secondo Ferrajoli non può condurre alla conclusione kelseniana secondo la quale l'applicazione di norme, indipendentemente che essa sia svolta dal legislatore o dal giudice, sia un'attività funzionalmente omogenea²⁹¹.

Per Kelsen la giurisdizione si distingue dalla legislazione su base meramente procedurale. Ma se le differenti procedure sono considerate nella prospettiva del concetto di fonte del diritto e alla luce della distinzione tra produzione e applicazione di norme, allora giurisdizione e legislazione sono perfettamente omogenee.

Infatti, entrambe applicano norme ed entrambe, applicandole, ne producono di nuove. Solo reinterpretando la funzione della Corte costituzionale in questa chiave sarebbe possibile un utile impiego della giustizia costituzionale, sindacando i dubbi e le divergenze di opinione che il concetto sostanziale schmittiano di giurisdizione le preclude.

Per Kelsen, infatti, la funzione giurisdizionale non è nella sua essenza *ratio*, ma *auctoritas* e dunque la precostituzione del contenuto cessa di essere un elemento qualificante della funzione giurisdizionale.

Anche in Kelsen, dunque, la discrezionalità non è fenomeno occasionale, ma rappresenta invece una manifestazione regolare della funzione giurisdizionale²⁹².

²⁹¹ BISOGNI, G., ne *La politicità del giudizio sulle leggi*, ricostruisce e sintetizza il pensiero kelseniano, utilizzandolo come sponda per analizzare le posizioni che sul tema della giustizia costituzionale si sono manifestate in Assemblea costituente e che, successivamente hanno alimentato il dibattito teorico che su tale tema si è sviluppato in Italia e nel mondo. In particolare, con riferimento alle teorie di Kelsen, ricorda (pag. 55) che “La *Verfassungsgerichtbarkeit* non è riconducibile al concetto sostanziale di giurisdizione: il giudizio delle leggi, se non vuole limitarsi a rilevare evidenti casi di incostituzionalità, deve essere politico ovvero deve esercitare discrezionalità e ciò è possibile soltanto se ci si discosta da un concetto di giurisdizione che tende a vederla come funzione essenzialmente vincolata. Per Kelsen la giustizia costituzionale in tanto conta in quanto il suo giudizio non sia surrogabile da parte di qualsiasi altro giudice e disponga di quella legittimazione procedurale tale da compensare un'interpretazione costituzionale che per lo più non è e non deve essere una mera sussunzione conforme alla fattispecie. Non è dunque possibile per Kelsen conservare una legittimazione solo razionalistica del giudice costituzionale quanto si vuole che la sua interpretazione della costituzione sia essenzialmente discrezionale e di conseguenza tale interpretazione dovrà essere considerata sotto il profilo teorico in funzione dell'*auctoritas* che esso esprime.

²⁹² La mediazione che il giudice offre non sarebbe più “nulla o minimale”, non si legittimerebbe più in chiave razionale, ma proceduralmente e quindi in quanto svolta conformemente alle norme che

Secondo Ferrajoli, però, l'assimilazione tra legislazione e giurisdizione emergente dal pensiero di Kelsen, trascura una necessaria distinzione tra tipologie di norme.

Occorrerebbe, infatti, tracciare una demarcazione tra il tipo di discrezionalità offerta dalle norme delle quali è richiesto unicamente il rispetto, dalla discrezionalità lasciata a norme delle quali è richiesta l'applicazione sostanziale.

Se, nel primo caso, il momento applicativo può esprimere tutto il contenuto che non è vietato dalla norma sostanziale da applicare, nel secondo, quello stesso atto è assolutamente vincolato all'assunzione di un preciso contenuto prescritto dalla norma.

In tal caso, quel poco di discrezionalità che residua, si colloca soltanto sul piano interpretativo, in relazione al significato proprio delle norme sostanziali da applicare.

Si può dire che Ferrajoli sviluppa ciò che nella teoria di Schmitt rimane in sospeso: e, cioè, che il giudice esercita in fondo una scarsa discrezionalità, suggerendo una mediazione minima; e ciò in quanto le norme che si trova ad utilizzare sono dotate di caratteristiche strutturali idonee a consentire un tipo di discrezionalità qualitativamente differente (più stretto e circoscritto) rispetto a quello esercitato con le norme di cui si chiede solo il rispetto.

Divengono, da questo punto di vista, inammissibili tentativi teorici che tendono, al contrario, ad ampliare di molto il margine di discrezionalità interpretativa di cui gode il giudice (ad esempio, sulla base della esaminata distinzione tra regole e principi).

Per Ferrajoli, tali tentativi, oltre ad annebbiare la differenza che corre tra le varie tipologie di norme, si mostrano infatti indifferenti alla teoria costituzionale, finendo con lo smarrire la distinzione tra legislatore e giudice²⁹³.

disciplinano l'ufficio del giudice e la procedura da seguire KELSEN, H. *Dottrina pura dle diritto*, cit. pag. 267 e ss.

²⁹³ Ferrajoli identifica essenzialmente due funzioni pubbliche, che devono essere necessariamente separate perché una costituzione possa dirsi democratica: le "funzioni di governo" e le "funzioni di garanzia", «riconducibili grosso modo alle due grandi dimensioni della fenomenologia della produzione giuridica: volontà e conoscenza, potere e sapere, forma e sostanza, innovazione e conservazione, disposizione e accertamento, *legis-latio* e *iuris-dictio*». FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, Vol. I *Teoria del diritto*, pag. 872

Tali funzioni hanno rispettivamente un legame stretto con le sfere del decidibile e dell'indecidibile, nel senso che «sono espressione della sfera discrezionale del decidibile quelle che chiamerò funzioni di governo e che includono sia le funzioni legislative che quelle governative di indirizzo politico e amministrativo. Sono invece istituite a difesa della sfera vincolata dell'indecidibile quelle che chiamerò funzioni di garanzia e che includono, oltre alla funzione giudiziaria di garanzia secondaria, le funzioni di controllo e tutte le funzioni di garanzia primaria dei diritti di libertà e dei diritti sociali»²⁹⁴.

Al fine di poter tracciare, concettualmente, una linea distintiva tra le due figure e, soprattutto, per non confondere i due tipi di discrezionalità da essi rispettivamente esercitati, è imprescindibile comprendere lo scarto che insiste tra rispetto e applicazione sostanziale. Infatti, secondo Ferrajoli, sebbene una sfera del decidibile sia sempre legata all'esercizio di qualunque potere, *veritas, non auctoritas facit iudicium* mentre *auctoritas, non veritas facit legem*²⁹⁵.

La prima formula qualifica quella che Ferrajoli chiama “funzione di garanzia” e che viene da questi attribuita alla giustizia costituzionale (caratterizzata dalla vincolatività degli atti in cui le regole si estrinsecano); l'altra è, invece, propria delle funzioni di governo, tenute esclusivamente al rispetto delle norme sostanziali, disponendo, per il resto, di una naturale e legittima discrezionalità.

La discrezionalità del legislatore, quale manifestazione di *auctoritas* presuppone una legittimazione “forte”, di tipo politico. Essa, semplicemente consiste (*rectius* deriva) dalla diretta rappresentatività democratica che l'organo legislativo trae dal principio democratico e di rappresentatività.

Al contrario, nel caso delle istituzioni in cui si esprime l'esercizio della funzione giurisdizionale, il punto di riferimento è la *veritas*.

Essa non ha bisogno – né deve averne – di una sponda rappresentativa: non perché Ferrajoli si accontenti di ricorrere all'argomento tradizionale secondo il quale il legislatore esprime l'unità politica di un popolo, ma semplicemente perché è assoggettata a norme suscettibili di applicazione sostanziale.

²⁹⁴ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, Vol. I *Teoria del diritto*, cit. pag. 872

²⁹⁵ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, Vol. I *Teoria del diritto*, cit. pag. 876

L'applicazione di tali norme è, infatti, sostanzialmente vincolata, producendo quel vincolo al testo normativo che per Schmitt giustifica la piena indipendenza funzionale e organizzativa della giurisdizione.

Sicché, se è evidente che l'unica fonte di legittimazione delle funzioni di governo è la rappresentanza politica (da cui la volontà popolare è necessariamente mediata); e l'unico criterio di scelta legittimo, oltre che razionale, all'interno della sfera del decidibile è la volontà della maggioranza di governo, allora è altrettanto evidente che «le funzioni e le istituzioni di garanzia sono antimaggioritarie; perché devono garantire parimenti i diritti fondamentali di tutti; perché devono accertare e sanzionare gli atti invalidi o illeciti dei titolari dei pubblici poteri, i quali equivalgono agli spazi illegittimi della politica; perché, infine, la loro fonte di legittimazione non è la contingente volontà popolare, ma la volontà popolare che si è espressa nella legge [costituzione], e perciò la “verità giuridica” dei presupposti delle decisioni che ne sono esercizio»²⁹⁶.

Per Ferrajoli la separazione funzionale del potere giudiziario rispetto al potere legislativo – e la separazione organica fra questi con il correlato divieto di cogestire l'esercizio della funzione giurisdizionale e con la conseguente “sussunzione” di quest'ultima unicamente ed esclusivamente alla legge – sta nel divieto che i funzionari del potere giudiziario siano designati dal potere esecutivo/legislativo.

Infatti, riguardo all'articolazione organizzativa di un sistema di giustizia costituzionale, Ferrajoli mostra il proprio disfavore per il modello statunitense ove la designazione dei *justices* avviene da parte dell'esecutivo. E ciò lo induce a mettere addirittura in discussione la stessa natura giurisdizionale, finendo la *Supreme Court* per l'applicare il diritti in maniera notevolmente discrezionale.

La tipologia organizzativa della giustizia costituzionale preferita da Ferrajoli è infatti costruita secondo il modello accentrato. E ciò, non soltanto per la critica

²⁹⁶ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, Vol. I *Teoria del diritto*, cit. pagg. 876 e ss., dove si vede che la funzione giudiziaria (costituzionale e non), e più in generale la funzione di garanzia, si configura come «contro-potere, deputato al controllo sull'illegale esercizio degli altri poteri». Ma il fatto che le funzioni di garanzia siano, per fonte di legittimazione, antimaggioritarie non le rende meno democratiche di quanto non lo siano le funzioni di governo, nel senso che, «garantendo tutti, esse riguardano il popolo intero, non già quale rappresentanza della sua maggioranza, ma quale insieme di tutte le persone che lo compongono».

rivolta al *judicial review*, ma anche e specificamente, sulla base di un ulteriore argomento di natura tecnica: un sindacato accentrato di costituzionalità è preferibile anche sotto il profilo della certezza del diritto, garantendo il vantaggio di un indiscusso e generale annullamento della legge incostituzionale²⁹⁷.

Sullo specifico tema della politicità del giudizio sulle leggi, Ferrajoli comprende che si tratta di una questione ineludibile della teoria della giustizia costituzionale, ma ad un approfondimento dedicato l'Autore preferisce sostituire la tesi per la quale "l'unica forma di legittimazione che si addice alla giurisdizione sia l'integrale sottoposizione alla legge e la correlativa integrale separazione organica rispetto al legislativo e all'esecutivo, enfatizzando la natura autenticamente giudiziaria dell'interpretazione costituzionale".

In questa misura Ferrajoli mostra il proprio dissenso con il costituzionalismo principialista²⁹⁸: la concezione che questa Scuola propugna dell'interpretazione giuridica come scarsamente sussuntiva (riconducendola piuttosto a un'impresa valutativa) secondo il Giusfilosofo pecca nel conferire al giudice, a qualsiasi giudice anche quello costituzionale, una funzione per la quale esso non è giuridicamente attrezzato.

Peraltro, tale contrarietà discende non tanto dall'esigenza di tutelare una normatività piena della Costituzione, ma soprattutto per evitare che l'applicazione di quella finisca per il transitare per la maggior parte attraverso istituzioni che non hanno quella legittimazione politica necessaria e sufficiente per farlo.

Proprio perché ritiene che la giustizia costituzionale non faccia e non debba fare politica Ferrajoli, riprendendo la visione schmittiana, la considera quale istituzione acconcia ad esercitare una tutela meramente emergenziale della costituzione. Tutela che dovrebbe essere sostanzialmente giurisdizionale e quindi basata su presupposti tassativamente determinati e su contenuti normativi della decisione anch'essi predefiniti.

È evidente dunque che ravvisando nelle norme di principio che affollano la Costituzione una peculiare (ma pur presente) giuridicità, in sede di applicazione di

²⁹⁷ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, Vol. II Teoria del diritto, cit. pag. 37 e 93

²⁹⁸ FERRAJOLI, *Costituzionalismo principia lista e costituzionalismo garantista*, in *Giusrisprudenza Costituzionale*, 2010, pag. 2771 e ss.

quelle norme (che una sensibilità teorica ottocentesca e primo novecentesca ancora considerava prive di significato giuridico) vi sia il tentativo di attribuire peso alla *ratio* (e non all'*auctoritas*) della giurisdizione

Insomma, Ferrajoli non nega che un controllo di costituzionalità svolto all'interno di un tale quadro normativo richieda complesse operazioni interpretative e un'adeguata ponderazione tra i vari diritti fondamentali. Ma la conseguenza che ne fa discendere è che il giudizio costituzionale ponderato²⁹⁹ comporterà uno spazio maggiore di discrezionalità del giudizio costituzionale rispetto al giudizio ordinario di sussunzione, pur rimanendo all'interno di una logica strettamente giurisdizionale.

Per evitare il dilemma tra una giurisdizione inutile che si limiti a mere sussunzioni conformi alla fattispecie, restando nell'ambito dei confini che il suo concetto sostanziale esprime, e una giurisdizione che si occupi di “dubbi e divergenze di opinione”, trasformandosi fatalmente in una Corte politica, come abbiamo visto nel caso del progetto Calamandrei, Ferrajoli si rifugia nella necessità che si provveda a una riformulazione della stessa legalità costituzionale attraverso una formulazione più precisa delle norme costituzionali e in particolare dei diritti fondamentali.

Andando oltre, e volendoci domandare quale sia effettivamente la posizione di Ferrajoli sulla Corte, certo questi non teorizza mai espressamente la Corte costituzionale come potere buono; anzi, pone a fondamento del paradigma della democrazia costituzionale il «rifiuto dell'idea stessa dell'esistenza di un “potere buono”»³⁰⁰.

²⁹⁹ A proposito del giudizio di bilanciamento per risolvere conflitti tra diritti, FERRAJOLI, L., *Principia iuris*, vol. II, cit, pag. 74 e ss., riconosce che «tale giudizio, di solito affidato alla giurisdizione costituzionale, è inevitabilmente caratterizzato da un grado più o meno ampio di discrezionalità interpretativa» e che, più in generale, «anche la giurisdizione, sia essa ordinaria o costituzionale, comporta sempre, per gli spazi inevitabilmente aperti alla discrezionalità e alla valutazione probatoria, una specifica sfera del decidibile: quella appunto legata alla decidibilità della verità processuale, e precisamente al carattere opinabile della verità giuridica e al carattere probabilistico della verità fattuale». Nonostante si tratti di una sfera del decidibile assai più ristretta di quella aperta alla legislazione – «essendo vincolata all'applicazione sostanziale e non semplicemente limitata, come le funzioni di governo, dal rispetto delle norme sulla sua produzione» –, tuttavia «una sfera del decidibile è sempre connessa all'esercizio di qualunque potere, incluso l'esercizio del potere giudiziario, consistente pur sempre in un'attività decisionale oltre che conoscitiva».

³⁰⁰ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, Vol. II Teoria del diritto, cit. pag. 44

Per spiegare il carattere non consensuale né rappresentativo della legittimazione delle funzioni di garanzia in generale, e di quelle giurisdizionali in particolare, Ferrajoli si discosta dal principio maggioritario, inutile a fondarne i requisiti di imparzialità, di terzietà e di indipendenza di qualunque potere. Proprio perché la legittimità del giudizio risiede nella garanzia dell'imparziale accertamento del vero, essa non può mai dipendere dal consenso della maggioranza. Nessuna maggioranza, neanche l'unanimità dei consensi o dei dissensi, può rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero»³⁰¹.

In definitiva, alla domanda del perché la Corte costituzionale sia legittimata a prendere decisioni su questioni fondamentali in conflitto con il Parlamento, emerge in Ferrajoli la presa d'atto del fatto che, se vuole evitarsi che il potere politico operi libero da limiti e vincoli occorre accettare l'idea che le questioni ultime, quelle che vogliamo siano sottratte alla decisione del potere politico, debbano essere convenzionalmente affidate alla custodia di qualcuno diverso dal potere politico stesso³⁰², senza che poi si debba risalire a ritroso nell'infinta ricerca di un controllore del controllore. Ma si tratta di una decisione convenzionale, di un *principium iuris*, che forse non poggia su alcuna "verità".

Nella nostra Costituzione tale decisione convenzionale è assunta nei pochi ma cruciali articoli che vanno dal 134 al 139, oltre che nel già citato articolo 1. Qui sta la legittimazione della Corte costituzionale a decidere.

³⁰¹ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, Vol. II Teoria del diritto, cit. pag. 214

³⁰² Giacché «se dev'essere introdotto un istituto che permetta di controllare la conformità alla costituzione di taluni atti statali – in particolare, del parlamento e del governo – ad essa immediatamente subordinati, tale controllo non può essere affidato allo stesso organo i cui atti sono da controllare. La funzione politica della costituzione è quella di porre limiti giuridici all'esercizio del potere e garanzia della costituzione significa certezza che questi limiti non saranno oltrepassati. Ora, se una cosa è indubitabile è che nessuno organo è meno idoneo a tale compito di quello cui la costituzione affida – in tutto o in parte – l'esercizio del potere e che ha a portata di mano le occasioni giuridiche e gli stimoli politici per violarla. Nessun altro principio tecnico-giuridico viene infatti tanto condiviso quanto il principio per il quale nessuno può essere giudice in causa propria» (KELSEN, H. *Chi dev'essere il custode della costituzione?* in *La giustizia costituzionale*, cit., pag. 231 s.).

6.3. Zagrebelsky e la giustizia costituzionale: l'influenza di una concezione mite del diritto

Attraverso l'approfondimento della posizione – già diffusamente trattata nel presente lavoro – che Zagrebelsky assume sulla questione della giustizia costituzionale e sull'interferenza tra legislazione e *jurisdictio*, tra giurisdizione e politica, è interessante da ultimo confrontare con il lascito teorico dei costituenti e con le posizioni di Luigi Ferrajoli quello che emerge dalla teoria della giustizia costituzionale che si trae dagli studi del Giurista torinese.

In Zagrebelsky si riscontra una più serena e considerazione della politicità del giudizio sulle leggi. Sullo sfondo della sua visione resta, però, l'influenza di un approccio legato alla logica giurisdizionale, e vengono messi in secondo piano i limiti che quella politicità imporrebbe³⁰³.

Zagrebelsky non fornisce, tuttavia, una definizione precisa di giurisdizione, ma l'avvicinamento al suo concetto sostanziale corre sulla via di una concezione del ragionamento giudiziario che tiene in debito conto l'avvento del costituzionalismo contemporaneo. E delle conseguenze che essa porta con sé. Cosicché, in questa dimensione, l'interpretazione costituzionale e il ragionamento giudiziario si rivelano per essere un'impresa molto più ricca e articolata di quanto presuma il giuspositivismo³⁰⁴.

³⁰³ Tale visione, peraltro, non entrerebbe in conflitto con il carattere programmatico della Costituzione italiana risultando funzionale alla garanzia delle caratteristiche di certezza, stabilità ed obiettività del diritto che l'impatto dello Stato Costituzionale contribuisce progressivamente a scardinare. ZAGREBELSKY, G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., pag. 154, sottolinea che al predetto problema soccorre «la creazione di una nuova istanza, legata a valori più stabili, che possa recuperare, su un piano non più solo formale ma ora anche sostanziale, le caratteristiche di obiettività della legge, travolte in misura crescente dalle esigenze dello stato sociale interventista. In quest'ottica, si ritiene facilmente giustificabile la scelta a favore di una configurazione giurisdizionale (e non politica) dell'organo di garanzia costituzionale e così pure il collegamento del controllo di costituzionalità delle leggi con l'esercizio della funzione giurisdizionale comune e quindi con la garanzia delle posizioni soggettive che neppure le esigenze di intervento sociale dell'epoca attuale consentono di sacrificare».

³⁰⁴ ZAGREBELSKY, G., *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, 2018, pag. 287 afferma, nel riconoscere l'impotenza dell'approccio puramente legalista, a far compiutamente fronte alle mutevole esigenze della giustizia del caso concreto, che: «la legge non può fare tutto da sé e ha bisogno dell'intervento casistico del giudice, a contatto con peculiarità di casi concreti che non si prestano ad essere previsti, o per così dire, pianificati dalla legge, proprio ciò che si considerava il suo vanto – l'uniformità – diventa il suo vizio».

Non per ciò solo, Zagrebelsky ritiene che il giudice costituzionale sia un organo politico. Anzi, proprio la sua configurazione giurisdizionale garantisce al tempo stesso la legittimità e la certezza degli atti che i suoi organi emettono³⁰⁵.

La concezione del ragionamento giudiziario propugnata da Zagrebelsky, lo induce però al rifiuto netto dell'assimilazione della giustizia costituzionale a una sorta di arbitrato equitativo.

Se è ammissibile affermare che applicare la Costituzione richiede operazioni interpretative (che poggiano sul bilanciamento dei principi costituzionali) occorre però riconoscere che, pur avendo ad oggetto norme controverse e pur potendo giungere anche a soluzioni differenti a seconda dei casi, tale attività non consiste mai nella pura e semplice composizione degli interessi concretamente in gioco, basata su una loro mediazione materiale³⁰⁶.

Una conclusione del genere sottintenderebbe, piuttosto, una concezione della giustizia costituzionale come arena politica alternativa e competitiva rispetto al legislatore ordinario. Ma così non è, perché sia la Corte costituzionale che il legislatore sono, secondo l'Autore, chiamati unitariamente alla comune, e repubblicana, funzione di svolgimento costituzionale³⁰⁷.

Un'altra conferma del riferimento al concetto sostanziale di giurisdizione, come visto propugnato da Zagrebelsky, è dato dal rapporto interpretativo tra giudice costituzionale e testo costituzionale. In apparenza, quest'ultimo si rivolge sia all'organo di controllo che all'organo controllato, e non si può negare che la concretizzazione dei principi da essa espressi spetta in egual misura ad entrambi. Ma l'attuazione giurisdizionale è qualcosa di profondamente diverso dall'attuazione legislativa³⁰⁸.

³⁰⁵ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, cit. pag. 161 e ss.

³⁰⁶ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, cit. pag. 286 e ss.

³⁰⁷ Osserva l'Autore, in *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., pag. 155-156 che «Attenendosi ai valori costituzionali e rendendoli oggetto di interpretazione animata da coscienza storica senza che ciò implichi concorrenza o competizione con il legislatore, la Corte può mostrare nei fatti la specificità e l'essenzialità della sua funzione. Una funzione di richiamo a valori d'insieme tanto più importante quanto maggiore è la tendenza della funzione politica in senso stretto a disperdersi in decisioni mediatiche caso per caso, in cui è difficile scorgere l'esistenza di un qualsiasi progetto»

³⁰⁸ È qui da richiamare la tesi della «distinzione netta tra il ruolo degli organi di produzione legislativa e il ruolo del giudice di costituzionalità delle leggi» cui consegue una diversità di

Il legislatore, attraverso il metodo deduttivo pone regole che in attuazione del principio guardano agli accadimenti futuri³⁰⁹. Il giudice costituzionale, al contrario, e quindi in via induttiva, concretizza i principi in modo casistico.

Ma la concretizzazione del principio non è creazione del diritto, nel senso dell'estensione del campo giuridicamente rilevante a nuove materie, rapporti, situazioni³¹⁰. Non vi è, dunque, nessuno spostamento di potere o supplenza del giudice sul legislatore.

Abbandonando una visione puramente positivista, così del diritto come del ragionamento giudiziario, Zagrebelsky sottolinea una fondamentale distinzione, frequente nella sua opera: quella secondo la quale se il diritto è ridotto a *lex* tutto ciò che da essa non è previsto, non può che ricadere in un'area giuridicamente muta, destinata da essere lasciata alla libertà discrezionale di chi decide, al suo arbitrio³¹¹.

Ma se si è disposti ad ammettere che, al di là della *lex*, esiste un'altra dimensione – quella dello *ius* – ecco che quella medesima area risulterà comunque piena di diritto e capace di guidare l'interprete verso l'unica soluzione corretta, che non sposterà alcun potere perché non vi sarà alcun potere da spostare³¹².

organizzazione che esprime l'irriducibile diversità di funzioni che le caratterizzano: l'una, quella legislativa, libera sul piano giuridico-costituzionale, fino al punto in cui non incontra il limite della Costituzione; l'altra, vincolata e posta là dove sta il limite di compatibilità con la Costituzione di tutte le possibili politiche che l'attuale quadro costituzionale è idoneo a recepire. Cfr. ZAGREBELSKY, G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., pag. 151.

³⁰⁹ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, cit. pag. 218 e ss.

³¹⁰ ZAGREBELSKY, G., *Diritto allo specchio*, cit. pag. 288 e 289, sottolinea a riguardo che tale "intervento" ben si combina con il carattere pervasivo del diritto costituzionale che per realizzare ciò che richiede la sua attuale configurazione «abbisogna della partecipazione attiva del giudice». E, inoltre, «sbaglierebbero di grosso» coloro che considerano tale intervento come un'aberrazione e non come un fenomeno strutturale che benché «denso di incognite» è inevitabile nello Stato costituzionale.

³¹¹ Sta in ciò l'importanza della pratica e del "caso" caso concreto, contesti nel quale è occupata l'attività giurisdizionale. ZAGREBELSKY, G., *Diritto allo specchio*, cit., pag. 286 osserva che se non esiste un seppur minimo legame giustificativo tra regola (*lex*) e caso, se la legge è priva di finalità pratiche, la regola che stabilisce risulta intrinsecamente arbitraria.

³¹² ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, cit. pag. 232 e ss.

Il giudizio di giustizia è necessariamente un giudizio casistico. Il suo obiettivo è riportare la legge non alla coerenza con il diritto, ma all'adeguatezza con la realtà della vita che essa pretende di regolare.

La posizione di Zagrebelsky si avvicina così a quella di Robert Alexy, caratterizzata anch'essa dalla considerazione della natura pratica dell'argomentare e di una decisionalità legata al caso; nonché dalla consapevolezza di una netta connessione tra diritto e morale e protesa, anch'essa, ad avanzare la soglia del giuridico giurisdizionale a scapito del politico legislativo.

Non sono, tuttavia, da trascurare le affermazioni di Zagrebelsky che si pongono in contraddizione con la riconduzione della giustizia costituzionale nella categoria della giurisdizione in senso sostanziale. Specialmente quando asserisce che il ruolo vero della Corte sarebbe di partecipare al processo rivolto a rendere effettiva tale forza interna, in un processo che, come è chiaro, "non ha nulla di giurisdizionale", se non ci si fa ingannare dalle nude ed illusorie apparenze, ma "ha tutto di politico", nel senso almeno in cui è politica l'attuazione della Costituzione³¹³.

Insomma, anche ove l'applicazione giurisdizionale della Costituzione possa apparire connotata da un'eccedenza politica difficilmente riconducibile nelle maglie di un rigoroso argomentare giudiziario, occorre considerare tale sua natura come una necessità funzionale alla «Risoluzione giudiziaria secondo norme giuridiche costituzionali positive delle più alte controversie politiche»³¹⁴.

Da tale definizione emerge chiaramente una distanza dal concetto sostanziale di giurisdizione che ridurrebbe il giudizio sulle leggi a mero strumento per l'applicazione della Costituzione ai casi concreti.

Ma la funzione che egli complessivamente attribuisce al controllo di costituzionalità è quella di tutelare la "costitutività" della costituzione, ovvero la

³¹³ ZAGREBELSKY, G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., pag. 151. Tale opinione deve però essere letta alla luce della convinzione che la Costituzione non rappresenta un vincolo esterno a cui il giudice deve pianamente adeguarsi attraverso la sua sussunzione sul caso concreto, ma una «forza animatrice» dell'attività legislativa

³¹⁴ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, cit. pag. 321.

convergente e plurale volontà di costruire, per suo *medium*, la convivenza sociale e politica³¹⁵.

Il controllo di costituzionalità, con tutto ciò che presuppone e comporta, si affianca all'attuazione che di tale "costitutività" fa il legislatore, ponendosi però rispetto ad esso in antitesi.

Tale controllo si pone inevitabilmente come un limite al principio maggioritario. Ma deve riconoscersi che un limite interviene in una Costituzione non monistica: E in una Legge fondamentale che accoglie in sé diversi principi ispiratori, non può pretendersi che l'organo investito della funzione di controllo partecipi di un fondamento legittimante analogo a quello degli organi politicamente attivi ove si esprime il principio di maggioranza³¹⁶.

Zagrebel'sky si spinge ad osservare la necessità di garantire, nel ragionamento giudiziario sulla costituzione, uno "spazio vuoto di diritto costituzionale"³¹⁷. Un margine che deve essere concesso per dar senso alla dialettica democratica e che può essere pregiudicata non solo da norme costituzionali materiali troppo circostanziate, ma anche da una giurisprudenza costituzionale che volesse giungere a determinare per ogni domanda una precisa risposta di diritto costituzionale.

Per Zagrebelsky le costituzioni intese come fatto giuridico esistono solo sulla base di un dato (pre)giuridico – un fatto politico – che egli definisce come volontà di sottomettersi ad un insieme di regole che certamente impongono limiti e sacrifici ai gruppi politici e sociali, ma che allo stesso tempo permettono una convivenza ordinata e pacifica.

La giustizia costituzionale, pertanto, da una parte dovrà rispettare un'area in cui quei gruppi possano legittimamente competere per il governo della società, ma dall'altra dovrà altresì dimenticare il nesso tra la Costituzione e la politica, rendendosi consapevole del fatto che la più astratta e impolitica interpretazione

³¹⁵ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, cit. pag. 273 e ss.

³¹⁶ BISOGNI, G., *La politicità del giudizio sulle leggi*, cit. pagg. 236 e ss che osserva come da questo punto di vista è perfettamente coerente sostenere che la giustizia costituzionale può emergere soltanto quanto la tensione politica e sociale non è particolarmente elevata, assumendo un ruolo neutrale di difesa delle condizioni del pluralismo.

³¹⁷ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, cit. pag. 277.

della Costituzione potrebbe risolversi non nella sua massima garanzia, ma nella sua rovina.

Quando si distinguono i tribunali costituzionali dai tribunali comuni per la politicITÀ dei primi, si vuole alludere quindi a questo legame che deve essere tenuto presente e salvaguardato come esigenza, e non ignorato o disprezzato come corruzione³¹⁸.

Ed è dunque la consapevolezza di questo legame permette a Zagrebelsky di dedicare attenzione alla distinzione tra sindacato accentrato e diffuso cogliendo il senso storico e teorico dell'esistenza dei tribunali costituzionali.

Zagrebelsky ricorda che il sindacato accentrato è sorto sul continente europeo come conseguenza del privilegio del legislatore, ovvero come istituzione in cui la risoluzione del dubbio di costituzionalità della legge non è né deve essere soltanto espressione di *ratio* – ovvero tenendo conto delle esigenze dei diritti fondamentali – ma anche sulla base di una certa dose di *auctoritas*, funzionale a rispondere anche alle esigenze propriamente politiche che si esprimono nella legge.

In fondo, però, questa costruzione non consente a Zagrebelsky di associarsi alla logica kelseniana della giustizia costituzionale Kelsen è accusato di sostenere una concezione della giustizia costituzionale come garanzia della sovranità, ma Zagrebelsky non volendo tradurre teoreticamente quella politicITÀ che pure riconosce rimane convinto che la giurisdizione sia e debba essere intesa come sede di applicazione e non di creazione del diritto, in vista e in funzione di una garanzia ancorata a parametri giuridici oggettivi³¹⁹.

La piena solidità di questa impostazione viene però in discussione con riferimento alle norme programmatiche. Poiché gli spazi aperti alla discrezionalità politica necessitano di giurisprudenze “tangenziali” rivolte cioè non a sostituire, ma ad escludere le determinazioni legislative quando esse violano i limiti costituzionali della discrezionalità politica, diviene difficile rimanere coerenti al predetto criterio con riguardo ai diritti sociali e in genere alle norme di giustizia che richiedono, da parte dei pubblici poteri interventi in positivo (e non l'astensione dall'intervento come per i diritti di libertà negativi della tradizione

³¹⁸ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, cit. pag. 277.

³¹⁹ ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, cit. pag. 201.

liberale). Anche in Zagrebelsky rimangono dunque in ombra i limiti entro cui circoscrivere un giudizio sulle leggi concepito per risolvere le più alte controversie politiche.

L'unico limite che Zagrebelsky è disposto a riconoscere – ma che serve, agli occhi di chi scrive, ad alimentare ulteriormente la legittimazione della Corte – altro non è altro che un autolimito. Ovvero il ricorso alla prudenza (e di qui all'uso sapiente della ragionevolezza) quale soluzione per far fronte alla grande e perdurante questione circa la compatibilità della giustizia costituzionale con la democrazia.

Del resto, la posizione che precede è coerente con la convinzione, diffusa nel presente Scritto, che la Corte costituzionale “propugnatrice di valori e principi d'insieme” e “portatrice fedele dei valori del diritto”³²⁰, trova la propria legittimazione nella sua stessa opera, promuovendo nella vita di una comunità politica l'indispensabilità della propria funzione. In una parola essendo “partecipe” e consapevole a questo scopo e al sicuro da coinvolgimenti estranei alla propria imparziale posizione nell'ordinamento.

³²⁰ ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, cit. pag. 68.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV., *La corte costituzionale e gli altri poteri dello stato*, Torino, 1993.
- AA.VV., (a cura di R. Romboli), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1998.
- AA.VV. *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999.
- AA.VV. *Corte, costituzione e processo costituzionale nella esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anno*, Milano, 2006.
- AA.VV. *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007.
- AA.VV. *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino 2010.
- AARNIO, A., ALEXY, R. e PECZENIK, A., *The Foundation of Legal Reasoning* (1981), tr. it. a cura di COMANDUCCI, P., e GUASTINI, R., in *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. I, Giappichelli, Torino 1981.
- AARNIO, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht 1987
- AINIS, M., *Sul linguaggio della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno, Trieste 26-28 maggio 1996*, Milano 1988.
- ALEXY, R., *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), tr. it. a cura di M. LA TORRE, Giuffrè, Milano 1998
- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte* (1994). Trad. it. Teoria dei diritti fondamentali. A cura di Matthias Klatt. Bologna: Il Mulino, 2012.
- ALEXY, R., *Ragionevolezza nel diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in LA TORRE, M. e SPADARO, A. (a cura di), *La ragionevolezza del diritto*, Giappichelli, Torino, 2002.
- AKERMANN, B., *We the people: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991: *dual democracy*.

ASHWORTH, A., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1994.

ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Atti della Commissione per la Costituzione*, II, pag. 200 e segg. (rell. Calamandrei, Leone e Matricolo).

BALLARINI, A. *L'Ordine giuridico moderno – Interpretazione della Dottrina pura del diritto di Kelsen*, Giappichelli MultiVersum, 2000.

BALLARINI, A., *L'originalità storica del totalitarismo. Il diritto tra individuo e essere collettivo dominato*, in corso di pubblicazione

BARBERIS, M., *Kelsen e la giustizia costituzionale*, in “*Materiali per una storia della cultura giuridica*” 1982.

BARBERIS, M. *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari 2006.

BARILE, P., CHELI, E. e GRASSI, S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

BARTOLE, S., *La Corte costituzionale, la sua storia e le tentazioni della justice retenue*, in *Giur. cost.* 1981.

BICKEL, A.M., *The least dangerous branch*, Indianapolis, 1962 (II. Ed., New Heaven London, 1986).

BICKEL, A. M., *The Supreme Court and the idea of progress*, New Heaven, 1970.

BISOGLNI, G., *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico*, Milano, Giuffrè, 2012.

BISOGLNI, G., *La giustizia costituzionale in Italia. Concetto e realtà*, Parolechiave, 1/2015, il Mulino.

BISOGLNI, G., *Cittadinanza giuridica moderna e potere giudiziario. Il sindacato di costituzionalità fra Schmitt e Kelsen*, in AMENDOLA, A., e BAZZICALUPO, L., (a cura di), *Dopo il nomos del moderno? Uguaglianza, neutralità, soggetto*, ESI, Napoli 2006, pp. 57 e ss.

BISOGLNI, *Profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna*, in “*Materiali per una storia della cultura giuridica*”, 2011.

- BISOGNI, G., *La politicità del giudizio sulle leggi. Tra origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017.
- BLONDEL, A., *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois: Etude critique comparative: Etas Unis-France*, Paris 1928.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., *Stato, Costituzione, democrazia*, Giuffrè (collana Civiltà del diritto) 2006.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., *Verfassungsgerichtbarkeit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*.
- BOBBIO, N., *La regola della maggioranza: limiti ed aporie*, in AA.VV., *Democrazia, maggioranza, minoranza*, Bologna, 1981.
- BOBBIO, N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, 1984.
- BOBBIO, N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993
- BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari, Laterza, 2011.
- BONGIOVANNI, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Laterza, 2005.
- BORK, R.H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 1971, Indiana Law Journal
- BORK, R. H., *The Tempting of America*, 1990, New York Free Press
- BORK, R. H., *Coercing Virtue. The worldwide Rule of Judges*, American Enterprise Inst. Press, Washington, DC, 2003, trad. it. *Il giudice sovrano*, Liberlibri, Macerata.
- CALAMANDREI, P., *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria* (1956) in ID. *Opere giuridiche*, Vol. III, Morano, Napoli, 1968.
- CAPPELLETTI, M., *La giustizia costituzionale in Italia*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 1960.
- CAPPELLETTI, M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.
- CASSESE, S., *Dentro la Corte Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, 2015.
- CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale, Quinta edizione*, Giuffrè, 2008.
- CERRI, A., *Le problematiche ragioni del controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Riv. Stud. Parl. e pol. cost.* 2004.
- CERRI, A., *Ragionevolezza delle leggi*, enc. Dir. Traccani, agg. III, Roma 2006.

- CERVATI, A., *Disposizione e Norma*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006.
- CHELI, E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996.
- CHELI, E., *L'incidenza del sistema di giustizia costituzionale nella forma di governo in Italia*, in AA.VV. *L'Italia ra crisi e transizione*, Bologna, 1994.
- CHESSA, O., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, 2014.
- CICERONE, *La morale naturale (De Republica, 3, fr. 6)*
- CRISAFULLI, V., *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Stato, popolo, governo*, 1985.
- CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principîo*, Milano, Giuffrè, 1952.
- CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale – vol. II: L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1978
- CROCE, M. e SALVATORE, A., *Filosofia politica*, Laterza, Bari 2012.
- DE GIOVANNI, B., *Kelsen e Schmitt oltre il Novecento*, Editoriale Scientifica Napoli, 2018
- DYZENHAUS, D., *Legality and Legitimacy, Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Clarendon Press, Oxford.
- DYZENHAUS, D. e THORBURN, M., *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016.
- DICKMANN, R., *Gli organi dello Stato sono chiamati a garantire le istanze unitarie della Repubblica*, in *Giur. cost.* 2003.
- DOGLIANI, M., *Il "posto" del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.* 1991.
- DOGLIANI, M., *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità della scienza del diritto*, in *Dir. pubbl.* 2008.
- DWORKIN, R., *A matter of principales*, Cambridge, 1985.

DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), tr. it. a cura di S. FREGA, Il Saggiatore, Milano 1989

DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Londra, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 2010

DWORKIN, R., *Response to Overseas Commentators*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2003

EINAUDI, M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, Torino, 1931.

EISENMANN, CH., *Justice constitutionnelle*, Paris, 1928.

ELIA, L., *Aspetti problematici del referendum e crisi della rappresentanza politica*, in ZANON – BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Atti del Convegno tenutosi a Milano, 16 - 17 marzo 2000, Milano, 2001.

ELIA, L., *La giustizia costituzionale nel 1984*, Conferenza stampa del Presidente Leopoldo Elia Palazzo della Consulta, 8 febbraio 1985, in www.cortecostituzionale.it.

ELIA, L., *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in OLIVETTI, M. e GROPPI, T. (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano Giuffrè, 2003.

ELIA, L., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in BARILE, P. – CHIELI, E. – GRASSI, S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

ELIA, L., *La Corte costituzionale e la politica* in ID., *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, il Mulino, 2005.

ELIA, L., *Recensione a M. Cappelletti, Il controllo di costituzionalità sulle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968.

ELIA, L., *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Padova, Cedam, 1988.

ELY, J.H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge Mass.)-London, 1980.

ESPOSITO, C., *Il controllo giurisdizionale di legittimità delle leggi in Italia*, del 1950, in *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova 1954.

ESPOSITO, C., *La validità della legge*, CEDAM, Padova, 1934

FAVOREU, L., *Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1967.

FAVOREU, L., *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 1984.

FAVOREU, L., *Les Cours constitutionnelles*, Paris, 1992.

FAVOREU, L., (a cura di), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, 1987.

FAVOREU, L., *La politique saisie par le droit*, Economica, Marseilles-Aix, 1987.

FAVOREU, L. e JOLOWICZ, J. A., (a cura di), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité effectivité et développements récents*, Paris, 1986.

FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza Roma-Bari, 1989

FERRAJOLI, L., *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento*, Laterza Roma-Bari, 1999

FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007

FERRAJOLI, L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista, Giurisprudenza Costituzionale*, 2010

FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari 2016

FIORAVANTI, M., *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna 1998

FIORAVANTI M., *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001.

FIORAVANTI, M., *Costituzione e legge fondamentale* in *Diritto Pubblico*, 2, 2006.

FIORAVANTI, M., *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* (1987), in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 2011, vol. II.

FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, 2014.

FORSTHOFF, *La trasformazione della legge costituzionale, in Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973 (sul problema dell'abbandono dell'ermeneutica tradizionale e dell'approccio interpretativo attraverso i valori).

GAMBINO, S., *La giustizia costituzionale in Francia. Il "Conseil constitutionnel" da regolatore dell'attività dei pubblici poteri a garante delle libertà pubbliche*, in Pol. del dir., 1988

GAMBINO S., *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, Giuffrè, Milano, 2012.

GIOVANNELLI, A., *Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione "politica" della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Milano, 1985.

GOLDONI, M., *La natura del jury constitutionnaire di Sieyès*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2012, il Mulino – Rivistaweb.

GROSSI, P., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017

GROSSO, G., *Parlamento e Corte costituzionale*, in Violante L. (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 17, Torino.

GROZIO, *De jure belli ac pacis, Prolegomena XXX*, trad. it. *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace*, Bologna, 1961

GUASTINI, R., *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980.

GUASTINI, R., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995.

GUASTINI, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004

HÄBERLE, P., *La giurisdizione costituzionale nell'attuale fase di sviluppo dello Stato Costituzionale*, 2005, in www.cortecostituzionale.it.

HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di P. Ridola, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993.

HABERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, II, Berlin, Dunker & Humblot, 1992.

HABERLE, *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden, Nomos 1994.

HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, Subrkamp, Frankfurt, 1992, trad. it. di L. CEPPA, *Fatti e norme*, Guerini e associati, Milano, 1996.

HABERMAS, J. *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt A.M. 1996, trad. di L. CEPPA, *L'inclusione dell'altro, Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano 1998.

HABERMAS, J. *Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M. 1998, trad. di L. CEPPA, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano 1998.

HALTERN, U., *Integration oder Mythos*, JöR 45, 1997.

HAMILTON, A., *The Federalist's Papers* n. 78, in *Il Federalista*, (a cura di) M. D'ADDIO E G. NEGRI, trad. it. TEDESCHINI LALLI, B.M., il Mulino, Bologna, 1990.

HAMON, L., *Les juges et la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir: le Conseil constitutionnel*, Paris, 1987.

HELLER, H. *Staatslehre*, (1934) trad. it. *Dottrina dello Stato*, E.S.I., Napoli, 1988

HIRSCHL R., *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, (Mass.), 2005.

HUTCHESON, F., *Ricerca sulle idee di bellezza e di virtù*, III, 8, in N. Abbagnano (a cura di) N. ABBAGNANO Dizionario di filosofia Torino 2006

KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Piccola Biblioteca Einaudi, 1970

KELSEN, H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Ann. Ist. intern. dr. publ.*, 1929, trad. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in KELSEN H., *La giustizia costituzionale* (a cura di GERACI, C.), Milano, 1981.

KELSEN, H., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, 1930-1931, Heft 11-12, Bd. VI, trad. it. *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in KELSEN H., *La giustizia costituzionale* (a cura di GERACI, C.), Milano, 1981.

KELSEN, H., *La democrazia*, Bologna, 1984.

KELSEN, H., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981.

KELSEN, H., *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, «The Journal of Politics», n. 4. 1942.

KRAMER L., *The People Themselves*, in *Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004

KRYNEN, J., *L'Etat de justice. I. L'ideologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, Paris, 2009

KRYNEN, J., *L'Etat de justice. II. L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Paris, 2012

LA TORRE M. e SPADARO A., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di Giappichelli, Torino 2002

LA TORRE, M., *Dopo Hart. Il dibattito giusfilosofico contemporaneo*, in AA.VV. *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino 2010

LEBEN, CH., *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1983.

LEBRETON, J.P., *Les particularités de la juridiction constitutionnelle*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1982.

LEMASURIER, J. *La constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, Paris, 1954.

LOSANO, M.G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

LUCHAIRE, F., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, 1990.

LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin, Luchterhand, 1975.

LUTHER, J., *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990.

LUTHER, J., *Giustizia costituzionale*, in U. Pomarici, (a cura di) *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2007.

LUTHER, J., ROMBOLI, R., TARCHI, R., (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, TORINO, 2000.

MAC CORMICK, N. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), tr. it. A cura di V. VILLA e A. SCHIAVELLO, Giappichelli, Torino 2001

MACERATINI, a. *Procedura come norma. Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann*, Giappichelli, Torino, 2001, spec. p. 124 s.

MARANINI, G., (a cura di) *La giustizia costituzionale*, Firenze 1966.

MECCARELLI, M., *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in “Giornale di Storia costituzionale”, 2/2002, pp. 173 e ss.

MEHRING, R., *Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre, Carl Schmitt Auseinandersetzung mit Hans Kelsen*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, vol. 80, n. 2, 1994, pp. 191 e ss.

MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi, ideologie del Costituente*, Milano, 1979.

MEZZETTI, L., *Teoria della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, Estudios constitucionales, Año 8, N° 1, 2010.

MEZZETTI, L., *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte Costituzionale italiana*, Pensamiento Constitucional, Año XIV, N° 14.

MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi, ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979.

MEZZANOTTE, C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Milano 1984.

MODUGNO, F., *Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, 1977.

MODUGNO, F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

MODUGNO, F., *Ancora sui controversi rapporti tra Corte cost. e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1988.

MODUGNO, F., *Costituzione*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990

MODUGNO, F. *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principî e i principî supremi o fondamentali*, in *Esperienze giuridiche del '900*, Giuffrè, Milano, 2002.

MODUGNO, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica Napoli, 2007

MORESO, J.J. e TROPER, M., *Giustizia costituzionale e stato di diritto*, E.S.I., Napoli 2012.

MORRONE, A. *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001

MORTATI, C., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964.

MORTATI, C., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964.

MORTATI, C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità (1949)*, in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1972.

MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1972 (rist. inalterata, Giuffrè, Milano, 1998)

OMAGGIO, V., *Il diritto nello stato costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011

OCCHIOCUPO, N., (a cura di) *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978.

PALADIN, L., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. Dir. proc. Civ.*, 1964.

PASQUINO, P., *Votare e deliberare*, in *Filosofia Politica*, a. XX, n. 1, aprile 2006.

PASQUINO, P., *Il giudice e il voto*, in, *il Mulino*, n. 5, settembre-ottobre 2003.

PASQUINO, P., *Tipologia della giustizia costituzionale in Europa*, in *Riv. Trim. dir. pub.* 2001

PEGORARO, L., *Giustizia costituzionale comparata dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, 2015.

PERRY, M.J., *The Constitution, the Courts and Human Rights. A inquiry into Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Heaven - London, 1982.

PERRY, M.J., *The Constitution in the Courts. Law or Politics*, New York - Oxford, 1994.

- PETTA, P., *Schmitt, Kelsen e "il custode della costituzione"*, in *Storia e pol.*, 1977.
- PHILIP, L., *Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1983.
- PICARDI, N., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1/2004
- PIERANDREI, F., *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962.
- PIERANDREI, F., *La Corte costituzionale e "le modificazioni tacite della Costituzione"*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1965, P. 81 E SS.
- PIERANDREI, F., *Le decisioni degli organi di giustizia costituzionale, (natura, efficacia, esecuzione)*, 1954, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. III, Giappichelli, Torino, 1965.
- PINELLI, C., *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, Relazione al Convegno "La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa", Roma 27-28 ottobre 2006, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/2008.
- PINELLI, C., *I rapporti tra Corte e Parlamento in mancanza di una politica costituzionale*, in *Storia, giustizia, costituzione. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale*, *Giornale di storia costituzionale*, 2006.
- PINELLI, *Il dibattito sulla interpretazione costituzionale tra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladini*, III, Napoli, Jovene, 2004.
- PINO, G., *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in «Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica» a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1998
- PINO, G., *Diritti e interpretazione, Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010
- PINO, G., *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 56, 1, 2011
- POMARICI, U., (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2007
- POPPER K.R., *The Nature of Philosophical problems and their Roots*, in ID., *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London, Routledge and

Kegan Paul, 1963, trad. it. *La natura dei problemi filosofici*, in *Congetture e confutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, il Mulino, 1972.

POULLAIN, B., *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris – Aix-en-Provence, 1990.

POZZOLO, S., *Neoconsitucionalismo y especificidad de la intrerpretación constiucional*, in *Doxa*, 21, II, 1998.

POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, il Mulino, 2008.

POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

RAWLS, J., *Liberalismo politico* (1993) tr. it. a cura di A. FERRARA, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2008.

REPOSO, A., *I prototipi: dal'Bonham's case al judicial review of legislation negli Stati Uniti d'America*, in MORBIDELLI, G., PEGORARO, L., REPOSO, A., VOLPI, M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, II ed., Bologna, 1997.

RICCOBONO, F., *Giuspositivismo e neocostituzionalismo: due paradigmi contrapposti*, in AA.VV. *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, Torino 2015.

RICHET, D., *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Roma Bari, Laterza, 1998.

ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico e il sistema della giurisdizione in generale e della giurisdizione costituzionale in particolare*, Giuffrè, Milano, 1961

ROMBOLI, R., *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*. Relazione tenuta alla giornata di studi, “*Dalla giurisdizione come applicazione della legge alla giurisdizione come creazione del diritto*”. Modena 18 gennaio 2007, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

ROSS, *On law and justice*, London, Stevens, 1958.

ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 4° Ed., Paris, 1995.

ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, 3° ed., Paris, 1998.

ROUSSEAU, D. *La jurisprudence constitutionnelle: quelle "nécessité démocratique"?* in MOLFESSIS, N. (a cura di), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1999

SCALIA, A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton N.J., Princeton University Press

SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965

SCHMITT, K., *Der Hüter der Verfassung* (1931), RIST, Berlin, 1969, trad. it. *Il custode della Costituzione* (a cura di A CARACCILO), Milano, 1981.

SCHMITT, *Die legale Weltrevolution*, in *Der Staat*, 1978 SIEYES J.E., *Opere e testimonianze politiche*, Milano, 1993.

SIEYÈS, E., *Scritti e testimonianze politiche*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1993, t. I vol. 2

THE ECONOMIST, Apr 20th 2012, IOWA CITY, *Law and democracy - Cosmic constitutionalism* vs *democracy*, <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2012/04/law-and-democracy>

TOCQUEVILLE A.d., *La democrazia in America*, 1840.

TRIBE, L., *Constitutional choice*, Harvard University Press, Cambridge, 1985

TRIEPEL H. e KELSEN H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler*, 5, 1929.

TRIPODINA, C., *Elia e il posto della Giustizia costituzionale remedium omnipotentiae et impotentiae*, in *Dir. Pub.* 2/2009.

TRIPODINA, C., *“È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi”*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2, 2010

TROPER, M. *La motivation des décisions constitutionnelles*, in PERELMAN, CH. - FOREIRS, P. (a cura di), *La motivation des décisions de justice: études*, Bruxelles, 1978.

TROPER, *Les juges pris au sérieux, ou la théorie du droit selon Dworkin*, in *Droit et société*, 1986.

TUSHNET, M., *Symposium: An essay on rights*, Texas Law Review

VINX, L., *The Guardian of the Constitution, Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge 2015.

VOGLIOTTI, M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino 2007

VOLPE, G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977.

VORLANDER, H., *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden 2006.

WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford 1999

WALDRON, J., *Judges as Moral Reasoners*, in *International Journal of Constitutional Law* (I-CON)M VOL. 7, 2009, 2, 11.

WEDENBURG, H., *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Methodenstreit der Staatsrechtslehrer in der Weimar Republik*, Shwartz, Gottingen 1984

ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ, V., *Giustizia Costituzionale*, il Mulino, Bologna 2012.

ZAGREBELSKY, G., *Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005.

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto "mite"* Milano, 1992.

ZAGREBELSKY, G., *La corte in-politica*, in *Quad. cost.*, a. XXV, n. 2, giugno 2005.

ZAGREBELSKY, G., *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, 2008.

ZAGREBELSKY G., *Storia e costituzione*, in ZAGREBELSKY, G., – PORTINARO, P.P., – LUTHER, J., (a cura di), *Il futuro della costituzione*. Einaudi, Torino, 1996.

ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè, 2002.

ZAGREBELSKY, G., *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, 2018

ZANON, N. *La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, Paris, 1991.

ZARONE, G., *Crisi dello Stato. Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, ESI, Napoli, 1982.

