

Immaginare la Repubblica

Mito e attualità
dell'Assemblea Costituente

a cura di
Fulvio Cortese
Corrado Caruso
Stefano Rossi

FRANCO ANGELI

SDP

Scritti di

Diritto Pubblico

Il volume è stato pubblicato con un contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

Copyright © 2018 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Ristampa	Anno
0 1 2 3 4 5 6 7 8 9	2018 2019 2020 2021 2022 2023 2024 2026 2027 2028

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sui diritti d'autore.

Sono vietate e sanzionate (se non espressamente autorizzate) la riproduzione in ogni modo e forma (comprese le fotocopie, la scansione, la memorizzazione elettronica) e la comunicazione (ivi inclusi a titolo esemplificativo ma non esaustivo: la distribuzione, l'adattamento, la traduzione e la rielaborazione, anche a mezzo di canali digitali interattivi e con qualsiasi modalità attualmente nota od in futuro sviluppata).

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale, possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali (www.clearedi.org; e-mail autorizzazioni@clearedi.org).

Stampa: Digital Print Service srl – sede legale: via dell'Annunciata 27, 20121 Milano;
sede operativa: via Torricelli 9, 20090 Segrate (Mi)

INDICE

Prefazione <i>Fulvio Cortese</i>	pag. 7
I. Settant'anni di Costituzione repubblicana. Un'introduzione <i>Corrado Caruso – Stefano Rossi</i>	» 15
II. L'agenda della Costituente. Dal metodo dell'Assemblea al discorso sulle riforme <i>Alessandro Morelli</i>	» 37
III. Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale <i>Pietro Faraguna</i>	» 63
IV. Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica <i>Giacomo D'Amico</i>	» 97
V. I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione <i>Francesco Saitto</i>	» 125
VI. 70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto <i>Roberto Bin</i>	» 165

VII. La forma di governo dell'Italia Repubblicana. Genesi, caratteristiche e profili evolutivi di un nodo mai risolto <i>Massimo Rubechi</i>	pag. 175
VIII. Le autonomie tra politica e amministrazione. Il volto di Giano di un regionalismo incompiuto <i>Camilla Buzzacchi</i>	» 211
IX. Tra unità e specialità. Vincitori e vinti di un'eredità tuttora contesa <i>Giuseppe Tropea</i>	» 247
X. Immaginare un giudice nuovo. La Corte costituzionale, i suoi strumenti, i suoi limiti <i>Chiara Tripodina</i>	» 297
XI. La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica femminile e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità <i>Barbara Pezzini</i>	» 335
XII. Alle radici del patto costituzionale. L'insegnamento del dibattito in Assemblea costituente ai testimoni del presente <i>Nicolò Zanon</i>	» 365
Gli Autori	» 369

X

IMMAGINARE UN GIUDICE NUOVO. LA CORTE COSTITUZIONALE, I SUOI STRUMENTI, I SUOI LIMITI

CHIARA TRIPODINA

SOMMARIO: 10.1. L'Italia esce dal periodo nel quale si è visto lacerare la Carta costituzionale – 10.2. Il dibattito in Assemblea costituente – 10.2.1. La questione pregiudiziale: una Costituzione rigida o flessibile? – 10.2.2. Chi deve essere il giudice della legge? – 10.2.3. Come deve essere composta la Corte costituzionale e quale deve essere la natura dei suoi poteri? – 10.2.4. Quali devono essere le funzioni della Corte costituzionale? – 10.2.5. Come si deve accedere al giudizio di legittimità costituzionale? – 10.2.6. Quale efficacia devono avere le sentenze di illegittimità costituzionale? – 10.2.7. Quali devono essere i limiti ai poteri della Corte costituzionale e cosa deve intendersi per “giudizio di legittimità costituzionale”? – 10.2.8. Quale sarà l'organo di chiusura del sistema democratico? – 10.3. Il congelamento costituzionale, ovvero l'ovile e i lupi – 10.4. Le stagioni della Corte costituzionale – 10.5. Conclusioni – 10.5.1. Di pendoli e di maree – 10.5.2. Mitologie e attualità dell'idea costituente di Corte costituzionale

10.1. L'Italia esce da un periodo nel quale si è visto lacerare la Carta costituzionale

«L'Italia esce da un periodo nel quale si è visto con grande cinismo lacerare la Carta costituzionale; si vuole pertanto presidiare la nuova Costituzione in modo da rendere difficili quelle offese alla Costituzione che sono state così numerose e gravi durante il passato regime»¹.

Questo in estrema sintesi – con le parole di Cappi – l'impulso ideale che mosse i costituenti nella scelta di scrivere una Costituzione rigida garantita dalla presenza di un organo di giustizia costituzionale: impedire che la nuova Carta subisse gli oltraggi inferti allo Statuto dal fascismo.

Una scelta che la lettura del dibattito costituente sulla Corte costituzionale rivela tanto voluta quanto sofferta. Accesissimi contrasti ideologici attraversano ogni punto della discussione. Ai costituenti era ben chiaro, infatti, che si stava andando a edificare «uno dei pilastri dell'intera struttu-

1. G. Cappi, *Seduta pm Comm. Cost. 1 febbraio 1947*.

ra costituzionale»² e nessuno era disposto a rinunciare facilmente alla sua visione progettuale di questo nuovo elemento architettonico.

Nel tentativo di svolgere l'impegnativa delega affidata dai curatori – che ci hanno invitato, da un lato, a mettere in luce come la nostra Costituzione «non nasca come una Minerva dalla testa di Giove, ma sia figlia di compromessi politici, dell'incontro di diverse visioni di mondo»; dall'altro, a ragionare «non solo come giuristi, ma anche come storici delle istituzioni»³ –, nella prima parte di questo lavoro porrò il fuoco sugli snodi e i compromessi che in Assemblea costituente condussero all'approvazione degli articoli da 134 a 137, dando spazio quanto più possibile alla diretta voce dei protagonisti per ripercorrere i passaggi che portarono a scrivere determinate parole e non altre nel testo costituzionale; nella seconda parte seguirò lo sviluppo del disegno costituente nell'arco di settant'anni di storia, attraverso le “stagioni” della Corte costituzionale e dei suoi rapporti con il Parlamento; vedrò, in conclusione, cosa del dibattito costituente, alla luce di quella storia, debba ormai archiviarsi tra le mitologie e cosa conservi attualità.

10.2. Il dibattito in Assemblea costituente

In Assemblea costituente, il dibattito sulla Corte costituzionale (nella seconda sezione della seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione⁴, nell'adunanza plenaria della Commissione dei 75⁵, nel *plenum* dell'Assemblea costituente⁶, e in regime di *prorogatio*⁷) procede

2. P. Rossi, *Seduta Ass. cost. 12 marzo 1947*. Per una ricostruzione della storia della Corte costituzionale e dei contrasti ideologici che la connotarono, G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981; N. Tranfaglia, *Per una storia politica della Corte costituzionale*, in *Dallo stato liberale al regime fascista*, Feltrinelli, Milano, 1973, 185 ss.; A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali* (artt. 134-137), in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, Bologna-Roma, 1981, 772 ss.

3. Così nella lettera di invito a tenere questa relazione di Corrado Caruso, Fulvio Cortese, Stefano Rossi.

4. Il 27 novembre 1947 viene decisa la costituzione di due sezioni in seno alla Seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione, di cui alla seconda viene attribuito «l'esame relativo al potere giudiziario ed alla Corte di garanzia costituzionale»; la discussione sulla Corte costituzionale avviene nelle sedute tra il 13 e il 24 gennaio 1947, a partire dai progetti dei due relatori Leone e Calamandrei.

5. Particolarmente nella seduta del 1 febbraio 1947.

6. Nella discussione generale, a partire dalla seduta del 4 marzo 1947; nella discussione e votazione articolo per articolo e nella votazione finale, nelle sedute tra il 28 novembre e il 3 dicembre 1947 e nella seduta del 22 dicembre 1947.

7. Nella seduta del 31 gennaio 1948.

per deliberazioni progressive: la discussione su ogni questione presuppone l'aver assunto una decisione sul punto logicamente antecedente. Nonostante le distanze ideologiche, il più delle volte il metodo compromissorio fa premio nella progettazione del "giudice nuovo".

Solo su un punto l'accordo non è raggiunto: sulla natura – giurisdizionale o politica – della Corte: «una scelta chiara e coerente all'interno di questa alternativa in sede costituente non venne mai operata» e il disegno costituente rimane su ciò di necessità ambiguo⁸. Proprio questa «originaria ambiguità»⁹ finirà – come dirò – per avere importanti ripercussioni su tutta la vita della Corte costituzionale e sui suoi rapporti con il Parlamento.

10.2.1. La questione pregiudiziale: una Costituzione rigida o flessibile?

Se la nuova Costituzione debba essere rigida o flessibile è questione che da subito – dalla prima seduta della Seconda sezione della sottocommissione dedicata alla "Corte di garanzia" – viene individuata come «pregiudiziale» rispetto a qualsiasi altra¹⁰.

Gli interventi sono tutti per la rigidità della Costituzione. È infatti condivisa l'idea che una Costituzione rigida non sia «una limitazione della sovranità popolare, ma una sua garanzia»: l'«estrema barriera» per il popolo «qualora vi fosse un tentativo di distruggere l'essenza della democrazia»¹¹.

Anche in Commissione dei settantacinque è ampia la convergenza sulla rigidità costituzionale, per «sottrarre le disposizioni più rilevanti per la vita del paese all'arbitrio di improvvise modificazioni, collocandole nella rocca costituzionale»¹²; e la consonanza è confermata nel *plenum* dell'Assemblea, dove «si dà da tutti per ammesso che la Costituzione debba essere rigida, e sarà rigida»¹³.

Lo spettro che balugina dal recente passato e che spinge verso una Costituzione rigida è quello del fascismo, quando – come ricorda Codacci Pisanelli – «il legislatore si sentiva tranquillo, sentiva che sopra di lui non vi era nessuno in grado di controllare quello che stabiliva essere diritto», ed «era spesso una vera e propria legge approvata da benevole maggioranze, a trasformare il torto in diritto!»¹⁴.

8. E. Cheli, *Prefazione*, in G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., 11 s.

9. *Ibidem*, 12.

10. Così A. Bozzi, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 13 gennaio 1947*.

11. G. Leone, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 14 gennaio 1947*.

12. M. Ruini, *Relazione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, presentata alla Presidenza dell'Assemblea costituente il 6 febbraio 1947.

13. A. Bozzi, *Seduta pm Ass. cost. 6 novembre 1947*.

14. G. Codacci Pisanelli, *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

Dalla rigidità della Costituzione discende, come suo corollario costitutivo, insieme alla necessità di una procedura aggravata per la sua revisione, la necessità di un controllo di legittimità costituzionale sulle leggi.

Questo è evidente per tutti i costituenti. Unica voce fuori dal coro è quella di Bulloni, che ritiene «un'aberrazione il pensare che il Parlamento possa violare i principî costituzionali»¹⁵. Ma i più, con maggior realismo, concordano sul fatto che «se si vuole adottare una Costituzione rigida, bisogna naturalmente subirne tutte le conseguenze, nel senso che bisogna necessariamente ammettere un sindacato sulle norme di legge emanante dal legislatore ordinario, perché altrimenti la Costituzione non sarebbe più rigida, ma flessibile»¹⁶.

10.2.2. Chi deve essere il giudice della legge?

La questione che si apre è: «a chi attribuire questa competenza di sindacare la legittimità costituzionale delle norme emanate dallo Stato o da una Regione?»¹⁷. Bozzi mette in guardia: «Badate che qui siamo di fronte a uno dei problemi più importanti di tutta la Costituzione»¹⁸.

I lavori dell'Assemblea costituente narrano di opposte aspirazioni: v'è chi ritiene che giudice delle leggi debba essere l'autore delle stesse, e dunque il Parlamento o comunque un organo direttamente eletto dal popolo; chi un soggetto terzo; e tra questi, chi ritiene debba essere un giudice tra quelli già esistenti; chi, invece, un tribunale costituzionale istituito *ad hoc*.

Tra coloro che ritengono che custode della Costituzione debba essere il Parlamento e che nessun altro possa giudicare sulla legittimità costituzionale delle leggi, in Commissione per la Costituzione vi è Farini, per il quale deve «senz'altro essere respinta l'idea di realizzare un organo superiore che controlli la legalità della legge». A suo avviso, «sarebbe assurdo delegare il controllo della costituzionalità delle leggi, che saranno domani elaborate dal legislatore ordinario, ad un consesso privo di investitura popolare, quale si vorrebbe che fosse la Corte costituzionale»¹⁹. Nel *plenum* la medesima idea è riportata da Nenni, che dichiara che «sulla costituzionalità delle leggi non può deliberare che l'Assemblea nazionale, il Parlamento, non potendo accettarsi altro controllo che quello del popolo»²⁰. Non

15. P. Bulloni, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 13 gennaio 1947*.

16. G. Ambrosini, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 15 gennaio 1947*.

17. T. Perassi, *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

18. A. Bozzi, *Seduta pm Ass. cost. 6 novembre 1947*.

19. C. Farini, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 13 gennaio 1947*.

20. P. Nenni, *Seduta Ass. cost. 10 marzo 1947*.

diversa nell'ispirazione, ma nella soluzione, l'ipotesi di Laconi, per il quale «il controllo sulla costituzionalità delle leggi dovrebbe spettare all'Assemblea costituente, la quale, tuttavia, non potrà esercitarlo in quanto il suo mandato scadrà con la formazione della Costituzione, ma che potrebbe delegarlo ad un organo della medesima origine e dignità», immaginando una Corte «direttamente eletta dal popolo»²¹.

I più, però, ritengono necessaria la separatezza tra chi scrive le leggi e chi deve giudicarne la legittimità costituzionale, giacché non è ammissibile «che spetti al Parlamento giudicare della incostituzionalità di una legge, in quanto con ciò esso verrebbe a controllare se stesso»: «con una Costituzione rigida, come quella che si sta preparando, si dovrà necessariamente creare un organo superiore che decida sui casi di incostituzionalità» e che «abbia tale prestigio per cui tutti gli altri organi, i partiti politici ed i cittadini si sentano subordinati alle sue deliberazioni»²².

Per Einaudi tali qualità sono in possesso degli organi giurisdizionali già esistenti, senza che sia necessario procedere alla creazione di un giudice nuovo. Propone così che sia «il magistrato ordinario il giudice della costituzionalità delle leggi», con un giudizio di costituzionalità diffuso: infatti, «se il giudizio della incostituzionalità delle leggi è lasciato al Tribunale ordinario, si ha la massima probabilità che il giudizio stesso sia ispirato esclusivamente a criteri giuridici; mentre invece, se tale giudizio è affidato ad una Corte speciale, esso avrà in parte un valore giuridico, ma in parte più notevole un valore politico», tanto più se – come si immagina a quel punto della discussione – «nominata integralmente dal Parlamento»²³.

Quando ormai il dibattito volge alla battute finali, Nitti pure presenta un emendamento nel quale indica come giudice di legittimità costituzionale un organo giurisdizionale già esistente: la «Corte di cassazione a Sezioni unite». Ma le ragioni del suo emendamento sono opposte rispetto a quelle di Einaudi e assai più radicali: quello che egli avversa è l'idea di una Corte costituzionale di nomina mista, e non più di matrice integralmente parlamentare come era nel progetto della Commissione dei Settantacinque. Così conge-

21. R. Laconi, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 14 gennaio 1947*.

22. G. Uberti, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 13 gennaio 1947*. È curioso notare come, nel corso del dibattito in Assemblea costituente, il principio di separazione dei poteri venga usato in modo opposto: da alcuni per dire che la separazione dei poteri impone che controllore e controllato siano soggetti appartenenti a poteri diversi e che la Corte debba essere dunque costruita come un organo essenzialmente giurisdizionale; da altri, invece, per dire che il principio di separazione dei poteri sarebbe violato se fosse attribuita la funzione di controllo politico sul Parlamento a un soggetto riconducibile al potere giudiziario.

23. L. Einaudi, *Seduta pm Comm. Cost. 1 febbraio 1947*.

niata, egli definisce «inutile e dannosa» la Corte costituzionale, la qualifica come una «novità assurda» e la prefigura come «una multiforme Assemblea, una inverosimile mischianza di giudici e di politicanti, di alti personaggi e di curiali (non certo giuristi) che devono accettare o raccattare voti dai partiti per essere eletti», e per di più dotata di «enormi e indefiniti poteri», con l'effetto, se attuata, di «turbare profondamente la vita dello stato»²⁴.

Anche Codacci Pisanelli propone di sostituire la Corte costituzionale con un organo giurisdizionale già esistente, la Corte dei conti, ma stravolta, oltre che nelle funzioni, nella composizione, immaginandola come di integrale «emanazione del potere legislativo»²⁵.

Le ragioni contrarie all'affidamento della giustizia costituzionale alla magistratura ordinaria o alle magistrature speciali già esistenti sono però numerose: vanno dall'efficacia *inter partes* delle sentenze dei giudici ordinari, cosa non «ammissibile in materia costituzionale, dove la certezza del diritto deve essere costante»²⁶; al fatto che «la magistratura in Italia non ha una investitura popolare» e non ha pertanto qualità tali «da renderla arbitra di tutta la vita democratica della Nazione»²⁷; alla natura del giudizio costituzionale, che «è bensì giuridico», ma non si può mettere «sullo stesso piano di quello sulla validità di un contratto» e deve pertanto essere deferito «ad un organo adatto al carattere particolare della controversia»²⁸.

Alla luce di queste obiezioni, emerge come prevalente l'opinione di istituire una Corte costituzionale *ad hoc* che «giudica della costituzionalità di tutte le leggi», come recita il I comma dell'art. 126 del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione per la Costituzione²⁹.

Nella *Relazione al Progetto di Costituzione* Ruini impiega scarse parole per presentare l'«istituto nuovo» della Corte costituzionale. Dice solo: «Non è stata accolta l'idea di affidare un controllo di costituzionalità, che è giurisdizionale, ma su materie anche politiche, alla magistratura ordinaria. È sembrato opportuno un organo speciale e più alto, come custode supremo della Costituzione»³⁰.

In favore del nuovo istituto repubblicano nel *plenum* sono in molti a prendere la parola. Tra i più immaginifici, La Pira afferma che «per coro-

24. F.S. Nitti, *Seduta am Ass. cost.* 28 novembre 1947.

25. G. Codacci Pisanelli, *Seduta am Ass. cost.* 28 novembre 1947.

26. O. Mastrojanni, *Seduta pm Comm. Cost.* 1 febbraio 1947.

27. R. Laconi, *Seduta pm Comm. Cost.* 1 febbraio 1947.

28. T. Perassi, *Seduta am Ass. cost.* 28 novembre 1947.

29. Già nella Seconda sezione della seconda sottocommissione i progetti di Leone e Calamandrei, pur nelle profonde differenze, convergevano sulla necessità di istituire un organo *ad hoc*, denominato rispettivamente «Corte di Giustizia costituzionale» e «Suprema Corte costituzionale».

30. M. Ruini, *Relazione*.

nare l'edificio costituzionale, come si corona un edificio con un tetto o una volta, ci vuole per forza una Corte costituzionale [...]. Senza quest'organo avremmo una casa senza tetto, un edificio senza volta»³¹. Anche Paolo Rossi prende spunto dall'architettura per tratteggiare il posto del nuovo organo nell'edificio costituzionale, ma ponendo la Corte costituzionale non al suo vertice, ma alle «fondamenta della Costituzione»³².

Alla fine, le fondamenta – o la volta – vengono poste, anche se fino alla fine resistono irriducibili gli oppositori.

Le parole più sferzanti sono quelle di Nitti: «Come è nato questo fungo? Dove esiste una Corte costituzionale, come quella che è stata ideata per l'Italia? [...]. Io dunque vedo in questa nuova istituzione [...] un danno, e una inutile illusione»³³.

Dure parole vengono anche da sinistra, soprattutto nel momento in cui viene ridimensionato a un terzo il peso del Parlamento nella nomina dei giudici costituzionali. Togliatti parla della Corte come di una «bizzarria»: un «organo che non si sa che cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli?», e teorizza che dietro il congegno di una tribunale costituzionale non vi sia altro che il «timore del popolo»³⁴. Nenni, ritenendo non necessario spendere ulteriori parole «per mettere alla berlina la Corte costituzionale», solo seccamente asserisce: «la progettata Corte potrà essere formata degli uomini i più illustri, i più ferati in materia di diritto costituzionale, ma per non essere essi gli eletti del popolo, non hanno diritto di giudicare gli atti del Parlamento»³⁵.

Tenta di rintuzzare i numerosi attacchi Ruini, difendendo la Corte costituzionale come «un buon compromesso»: «Se la Costituzione è rigida, vi deve essere qualche organo che accerti se le leggi sono conformi o no alla Costituzione. Questo compito bisogna darlo a qualcuno [...]. Che cosa ha fatto la Commissione? Ha proposto un organo, un istituto nel quale – ecco un buon compromesso – vi sono insieme gli elementi competenti della Magistratura, del Foro, della cattedra e quelli designati dal Parlamento»³⁶.

Ma è soprattutto un accorato discorso del socialista Paolo Rossi ad abbattere definitivamente le ultime resistenze: «le norme relative alle ga-

31. G. La Pira, *Seduta pm Ass. cost. 28 novembre 1947*.

32. P. Rossi, *Seduta pm Ass. cost. 28 novembre 1947*.

33. F.S. Nitti, *Seduta Ass. cost. 8 marzo 1947 e seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

34. P. Togliatti, *Seduta pm Ass. cost. 11 marzo 1947*.

35. P. Nenni, *Seduta Ass. cost. 10 marzo 1947*.

36. M. Ruini, *Seduta Ass. cost. 12 marzo 1947*.

ranzie costituzionali sono bensì, topograficamente, le ultime della Carta statutaria, ma sono in realtà la premessa e l'esigenza fondamentale su cui poggia l'intero edificio». Senza una Corte costituzionale, «il documento che la Costituente è stata chiamata a dettare, dopo tragici e rivoluzionari avvenimenti, si ridurrà ad una romantica dichiarazione dei diritti dell'uomo, a un semplice *cahier* dei desideri scaturiti da una sinistra esperienza», «norme senza giudice e senza sanzione, non diverse da uno sterile auspicio, o da un vano sospiro», e «la storia futura dirà che abbiamo perduto il nostro tempo, e, peggio, sciupato la migliore occasione politica che si sia offerta al popolo italiano per riscattarsi dalla sua immaturità costituzionale»³⁷.

10.2.3. Come deve essere composta la Corte costituzionale e quale deve essere la natura dei suoi poteri?

Se alla fine la volontà di istituire una Corte costituzionale si afferma in Assemblea costituente, la discussione prosegue non meno serrata sul modo in cui essa debba essere composta e su quale debba essere la natura dei suoi poteri.

Le due questioni sono strettamente intrecciate: se si «parte dal presupposto che questo sia un organo di natura politica» è conseguenza logica affermare «che la scelta debba essere affidata discrezionalmente al Parlamento»; se invece si afferma che «questo organo ha funzioni strettamente giurisdizionali, limitate al controllo della costituzionalità delle leggi», allora è logica conseguenza che a esso si richieda «il possesso di una preparazione e di una forma mentale idonea a tale compito»³⁸.

Tra coloro che immaginano la Corte costituzionale come un organo destinato a svolgere un compito di “alto valore politico” vi è Laconi, per il quale le funzioni deferite alla Corte costituzionale «non sono unicamente di carattere tecnico, ma sono, fatalmente, anche di carattere politico»: poiché sono stati introdotti «nella Carta costituzionale alcuni principi ed alcuni elementi programmatici», è possibile che un organo giurisdizionale, nel giudicare la costituzionalità delle leggi rispetto a tali principi e programmi, «possa fatalmente anche sconfinare nel merito»³⁹.

Tra coloro che ritengono che il giudice costituzionale possa e debba essere progettato come organo strettamente giurisdizionale, la posizione più emblematica è quella di La Pira, per il quale «la finalità di quest'organo

37. P. Rossi, *Seduta Ass. cost. 12 marzo 1947*.

38. C. Mortati, *Seduta pm Ass. cost. 28 novembre 1947*.

39. R. Laconi, *Seduta am Ass. cost. 29 novembre 1947*.

essenziale è una finalità giurisdizionale, tecnica», e «quest'organo deve mantenersi, quanto più è possibile, entro questo ambito strettamente giurisdizionale. La sua funzione è di confrontare la norma futura con la norma base, e, in seguito a questo confronto, emettere la sentenza»: è questo l'«ambito che legittima la sua esistenza»⁴⁰.

Questa visione dicotomica sulla natura dei compiti della Corte riverbera di necessità sul discorso della sua composizione.

Già nella Seconda sezione della seconda sottocommissione i progetti dei due relatori rappresentano in modo emblematico questo intreccio: per Calamandrei, che vede forte il rischio di una Corte politica «di fronte ad una Costituzione come quella allo studio, in cui molti articoli sono, non vere e proprie norme giuridiche, ma direttive politiche proiettate verso l'avvenire»⁴¹, la Corte dovrebbe essere composta esclusivamente da tecnici del diritto: magistrati, avvocati, professori universitari; dei quali i magistrati dovrebbero essere eletti dai magistrati stessi, mentre avvocati e professori universitari dovrebbero essere designati dai rispettivi corpi professionali in una rosa dalla quale poi la Camera dei Deputati trarrebbe la sua scelta. Leone, all'opposto, ritiene auspicabile una Corte costituzione dalla spiccata sensibilità politica, e per questo accanto ai tecnici pensa anche a una componente non tecnica tra i giudici costituzionali; ritiene, inoltre, che tutti i giudici costituzionali debbano essere eletti dai rappresentanti dei cittadini riuniti in Assemblea nazionale⁴².

Posta ai voti l'alternativa, prevale il progetto Leone: il 24 gennaio 1947 la Seconda sezione della seconda sottocommissione approva un articolo del seguente tenore: «La Corte è composta per metà di magistrati, per un quarto di avvocati e professori ordinari universitari, per un quarto di cittadini eleggibili a uffici politici: tutti aventi l'età di almeno 40 anni. I giudici della Corte costituzionale sono eletti dall'Assemblea Nazionale».

Questa disposizione passa pressoché identica nell'articolo 127 del *Progetto di Costituzione*, salvo l'aggiunta – recuperata dal progetto Calamandrei – che «Per le categorie dei magistrati, avvocati e docenti di diritto, la nomina ha luogo su designazione, in numero triplo di nomi, rispettivamente da parte delle magistrature ordinaria ed amministrative, del Consiglio superiore forense, e dei professori ordinari di discipline giuridiche nelle Università».

40. G. La Pira, *Seduta pm Ass. cost.* 28 novembre 1947.

41. P. Calamandrei, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm.* 13 gennaio 1947.

42. I due progetti sono presentati e discussi nella *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm.* 14 gennaio 1947.

Ruini, nella *Relazione al Progetto di Costituzione*, spiega così la scelta: «Per la struttura della Corte si fronteggiano le tesi, da un lato, che soltanto gli eletti del popolo possano investire questi giudici del loro altissimo compito, dall'altro che non spetti al controllato, ossia al Parlamento, costituire il controllore, e si debbano evitare sovrapposizioni di partito [...]. La soluzione prevalsa è di affidare bensì l'investitura di tutti i membri della Corte all'Assemblea Nazionale; ma col temperamento che essa, mentre potrà eleggerne un quarto senza condizioni, sceglierà gli altri nei designati, con un triplo di nomi, dalle categorie sopra indicate».

Nonostante questa chiara indicazione della Commissione dei Settanta-cinque, nel *plenum* dell'Assemblea costituente si riproduce nuovamente la spaccatura sulle matrici della Corte.

L'intervento più accorato a sostegno di una composizione della Corte costituzionale di emanazione integralmente parlamentare è di Laconi, che parla a nome del gruppo comunista: «Noi non possiamo ammettere che i giudici [...] possano immettersi nel corpo della democrazia italiana», decidendo sulla costituzionalità delle leggi «senza che abbiano dietro di essi una volontà popolare, che suffraghi la loro interpretazione»; «noi pensiamo che soltanto il Parlamento [...] possa eleggere, sia pure entro determinate categorie, i giudici che dovranno interpretare la volontà nostra e comparare le norme legislative emanate dal legislatore ordinario alle norme emanate da noi, potere costituente»⁴³.

Ma contro una Corte costituzionale di derivazione integralmente parlamentare si levano le voci dei più. Per diverse ragioni, la prima delle quali è la scarsa garanzia che offrirebbe un controllore eletto dal controllato: «come può il potere legislativo, che deve essere controllato, essere giudice in casa propria?»⁴⁴.

La proposta in più radicale dissenso rispetto alla nomina integralmente parlamentare è quella di Mortati, che resta però isolata e senza seguito, volta ad «affidare la scelta di tutti i membri al Presidente della Repubblica»⁴⁵.

La proposta che invece prende progressivamente piede è quella di fare della Corte un organo a composizione mista. In particolare, sia pure con alcuni aggiustamenti, si impone la soluzione avanzata già al principio di marzo del 1947 da Monticelli e che si traduce il 28 novembre 1947 in un emendamento – cofirmato con Conti, Leone e altri – per il quale «La Corte costituzionale è composta di membri nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento riunito in seduta comune e per un terzo dal Consiglio superiore della Magistratura».

43. R. Laconi, *Seduta Ass. cost.* 5 marzo 1947.

44. G. La Pira, *Seduta pm Ass. cost.* 28 novembre 1947.

45. C. Mortati, *Seduta pm Ass. cost.* 28 novembre 1947.

A sorpresa, nella seduta del 28 novembre 1947, la Commissione per la Costituzione – per bocca di Perassi – fa suo questo emendamento e rinnega il proprio progetto, convinta che «convenga adottare il sistema per cui la nomina d'un organo, investito di una funzione delicata nel meccanismo costituzionale come è quella della Corte costituzionale, non sia attribuita ad un solo ordine o ad una sola classe, ma vi partecipino ordini diversi: il Capo dello Stato, il Parlamento e il Consiglio Superiore della Magistratura»⁴⁶; fa suo anche il secondo comma dell'emendamento, nella parte in cui, pur mantenendo il principio delle categorie degli eleggibili, «abbandona quello delle designazioni, che condurrebbe ad una restrizione eccessiva» della scelta parlamentare⁴⁷.

Posto ai voti la versione originaria del progetto di Costituzione, l'Assemblea costituente non approva. Si dovrebbe dunque passare alla votazione dell'emendamento che prevede la composizione mista. Ma il gruppo comunista, che aveva accettato l'istituzione della Corte costituzionale strettamente alla condizione che essa fosse eletta nella totalità dal Parlamento, grida – con la voce di Laconi – all'«atto letale per la democrazia italiana» e chiede il rinvio della discussione al giorno successivo, nella speranza che «la notte porti consiglio»⁴⁸. La richiesta viene approvata.

Il 29 novembre 1947 Laconi, Togliatti e altri del gruppo comunista presentano l'emendamento per cui «I giudici della Corte sono nominati per un terzo dalla Camera dei deputati, per un terzo dal Senato e per un terzo dalle Assemblee regionali». Tentano di recuperare così la matrice, se non integralmente parlamentare, almeno integralmente assembleare e salvare il principio democratico, messo a repentaglio da una proposta che, se approvata, trasformerebbe la Corte costituzionale «da un organo, che era definito e configurato come tecnico-politico, ad un organo che si vuole rendere prevalentemente od esclusivamente tecnico» e che non darebbe più «alcun affidamento alle forze democratiche di interpretare quell'indirizzo progressivo che noi abbiamo voluto imprimere al nuovo Stato repubblicano»⁴⁹.

Si vota nella seduta del 2 dicembre. L'emendamento comunista, posto ai voti, non viene approvato. Prevale il testo fatto proprio dalla Commissione e con esso l'idea che «voler ravvisare nella Corte costituzionale un contenuto politico tale per cui essa, per la sua formazione, per la sua composizione e per il suo funzionamento, debba essere un organo politico, è

46. T. Perassi, *Seduta pm Ass. cost. 28 novembre 1947*. Il «Consiglio superiore della Magistratura» diventa poi «le supreme magistrature dell'ordine giudiziario e amministrativo» con l'approvazione dell'emendamento Bozzi, Persico, *Seduta am Ass. cost. 29 novembre 1947*.

47. T. Perassi, *Seduta pm Ass. cost. 28 novembre 1947*.

48. R. Laconi, *Seduta pm Ass. cost. 28 novembre 1947*.

49. R. Laconi, *Seduta am Ass. cost. 29 novembre 1947*.

[...] estremamente pericoloso. Nella Corte costituzionale occorre piuttosto ravvisare un organo prevalentemente giurisdizionale»⁵⁰.

Viene così approvato quello che diventerà, con poche modifiche formali, l'articolo 135 della Costituzione⁵¹.

10.2.4. Quali devono essere le funzioni della Corte costituzionale?

Se il discorso che più impegna i costituenti è sicuramente quello sulla funzione della Corte costituzionale quale giudice di legittimità costituzionale delle leggi del Parlamento, essi non trascurano tuttavia di delineare anche le altre funzioni della Corte costituzionale.

È il *plenum* della Seconda sottocommissione, nella stesura degli articoli che riguardano le Regioni, a delineare la struttura dell'impugnazione delle leggi regionali, affidata «al Governo, che, dopo avere ricevuto i disegni di legge approvati dall'Assemblea regionale, ha la facoltà di rinviarli alla stessa con le osservazioni del caso e di impugnarli successivamente per motivi di legittimità o di merito, rispettivamente avanti alla Corte costituzionale e al Parlamento»⁵².

Quanto alle altre funzioni, fin dall'inizio la Corte è individuata non solo come giudice di legittimità costituzionale, ma anche come arbitro dei conflitti tra poteri dello Stato e giudice nei giudizi nei confronti del Capo dello Stato e dei Ministri. L'articolo 126 del *Progetto di Costituzione* prevede che «La Corte costituzionale giudica della costituzionalità di tutte le leggi.

Risolve i conflitti d'attribuzione fra i poteri dello Stato, fra lo Stato e le Regioni, fra le Regioni.

Giudica il Presidente della Repubblica ed i Ministri accusati a norma della Costituzione»⁵³.

Si deve a Perassi l'aggiunta delle parole «e degli atti aventi forza di legge»⁵⁴, e a Mortati e Tosato l'aggiunta relativa alle leggi «delle Regioni»⁵⁵, per arrivare al testo definitivo del primo comma dell'articolo 134 della Costituzione.

50. G. Martino, *Seduta Ass. cost. 2 dicembre 1947*.

51. Nel testo coordinato dal Comitato di redazione e poi votato dall'Assemblea costituente il 20 dicembre 1947 la novità maggiore riguarda la sostituzione della parola "membri" con la parola "giudici", a rimarcare la natura giurisdizionale dell'organo.

52. G. Ambrosini, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 22 gennaio 1947*.

53. Il testo riproduce con poche differenze quanto era già stato approvato nella *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 24 gennaio 1947*.

54. T. Perassi, *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

55. C. Mortati, E. Tosato, *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

La composizione integrata della Corte costituzionale nei giudizi di accusa nei confronti del Presidente della Repubblica e dei ministri, con «sedici membri eletti, all'inizio di ogni legislatura, dal Parlamento in seduta comune tra cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore»⁵⁶, è invece esito dell'approvazione di un emendamento proposto da Mortati⁵⁷ per superare le resistenze di chi riteneva «veramente eccessivo» attribuire questo potere a un organo di natura tecnica e giuridica, anziché politica⁵⁸. Anziché accedere alla proposta di far giudicare il presidente della Repubblica e i ministri da un organo integralmente politico, quale ad esempio il «Senato costituito in Alta Corte di giustizia»⁵⁹, la proposta di Mortati pare meglio dosare l'elemento giudiziario e quello politico, permettendo che il giudice venga formato «in modo da potere formulare valutazioni di accuse tali da esigere una preparazione e sensibilità non esclusivamente giuridiche»⁶⁰.

10.2.5. Come si deve accedere al giudizio di legittimità costituzionale?

Con riguardo alla competenza principale della Corte costituzionale, altra questione cruciale è come debba instaurarsi il giudizio di legittimità costituzionale, e se esso debba essere diffuso o accentrato.

Anche sotto questo profilo i progetti Calamandrei e Leone discussi nella Seconda sezione della sottocommissione presentano importanti differenze. In base al progetto Calamandrei, fautore di un giudizio diffuso di legittimità costituzionale, «il controllo in via incidentale appartiene a tutti i giudici, con efficacia limitata al caso singolo *incidenter tantum* e con facoltà di decidere o di sospendere; in ultimo grado spetta ad una sezione della Corte Suprema», mentre «il controllo principale spetta esclusivamente alla Corte Suprema costituzionale avanti alla quale un cittadino o il Pubblico Ministero può portare la questione di incostituzionalità di una legge»⁶¹. La proposta di Leone prevede, invece, «un sistema unitario, che, lungi dall'impedire l'insorgenza della questione in sede incidentale, disciplini sullo stesso piano ambedue i casi, richiedendo per l'uno e per l'altro l'intervento della Corte costituzionale, con eguale procedura e con eguali effetti»⁶².

56. Così il testo originario dell'art. 135, quarto comma.

57. C. Mortati, *Seduta pm Ass. cost. 3 dicembre 1947*. Ma si veda anche il suo intervento nella *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

58. Così L. Preti e E. Musolino, *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

59. G. Ambrosini, *Seduta pm Ass. cost. 3 dicembre 1947*.

60. C. Mortati, *Seduta am Ass. cost. 3 dicembre 1947*. L'ultimo capoverso dell'articolo è stato poi modificato dall'art. 1 l. cost. n. 2/1967 e dall'art. 2 l. cost. n. 1/1989, che ha abrogato il giudizio nei confronti dei ministri.

61. P. Calamandrei, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 15 gennaio 1947*.

62. G. Leone, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 15 gennaio 1947*.

Una delle questioni che più occupa i costituenti in questa fase della discussione è l'opportunità di un'azione popolare diretta davanti alla Corte costituzionale: per i favorevoli, «ogni cittadino, come tale, dovrebbe poter richiedere la dichiarazione di incostituzionalità, anche ove la legge non leda direttamente un suo particolare diritto subiettivo, divenendo parte in una questione di interesse generale»⁶³; i contrari, invece, non ritengono opportuno che un qualsiasi cittadino possa avere questa facoltà e suggeriscono che il potere di ricorso in via principale sia riconosciuto «ad una delle due Camere, alle Camere regionali, al Governo, e, infine, a un gruppo di cittadini di una certa entità numerica»⁶⁴.

Altra questione spinosa è se a giudicare sulla legittimità costituzionale possano essere i giudici comuni qualora la questione sia sollevata in via incidentale, secondo il modello prefigurato da Calamandrei. Prevale nettamente l'opinione di chi non lo ritiene opportuno, in quanto sembrerebbe eccessivo affidare ai giudici «il diritto di esprimere un giudizio che è anche di natura politica»; tutt'al più «il giudice, nel caso che sollevi in sede di giudizio l'incidente sulla costituzionalità di una legge, dovrebbe essere in grado di decidere se l'eccezione sia seria e meriti d'essere portata al giudizio dell'Alta Corte»⁶⁵.

Nella seduta della Seconda sezione della seconda sottocommissione del 23 gennaio 1947 viene approvato un testo che prevede un termine di due anni entro il quale sollevare la questione in via incidentale; la previa valutazione di non manifesta infondatezza e di rilevanza da parte del giudice *a quo*, ma non anche un giudizio diffuso di legittimità costituzionale; il ricorso diretto da parte di chiunque, purché entro un anno dall'approvazione della legge; il giudizio di legittimità costituzionale accentrato davanti alla sola Corte costituzionale.

Nel testo di *Progetto di Costituzione* il testo muta notevolmente rispetto a questo primo approdo: l'articolo 128, comma 1 e 2, prevede che «Quando, nel corso di un giudizio, la questione d'incostituzionalità di una norma legislativa è rilevata d'ufficio o quando è eccepita dalle parti, ed il giudice non la ritiene manifestamente infondata, la questione è rimessa per la decisione alla Corte costituzionale. La questione d'incostituzionalità può essere promossa in via principale dal Governo, da cinquanta deputati, da un Consiglio regionale, da non meno di diecimila elettori o da altro ente od organo a ciò autorizzato dalla legge sulla Corte costituzionale». Non vi è più la previsione di un termine temporale, né l'indicazione di un controllo preliminare di rilevanza da parte del giudice *a quo*; non vi è più ricorso diretto da parte di chiunque, ma solo da parte di soggetti costituzionalmente o legislativamente individuati.

63. A. Bozzi, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 22 gennaio 1947*.

64. S. Mannironi e G. Cappi, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 15 gennaio 1947*.

65. S. Mannironi, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 15 gennaio 1947*. Nella stessa seduta, favorevole a giudizio diffuso di costituzionalità, G. Ambrosini.

Nel *plenum* dell'Assemblea costituente, dopo amplissimo dibattito, il complesso nodo viene draconianamente reciso con la presentazione dell'emendamento Arata nella seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 29 novembre 1947. L'emendamento propone di sopprimere *tout court* i primi due commi dell'articolo 128, soffocando così il confronto intorno alle azioni di incostituzionalità, sulla scorta della considerazione che, pena il fare annegare i lavori dell'Assemblea in una «faticosa e laboriosa casistica»⁶⁶, fosse conveniente non addentrarsi «in problemi di carattere esclusivamente procedurale, ma lasciare questa parte alla legge»⁶⁷. Nella seduta del 2 dicembre l'emendamento Arata, da meramente soppressivo diviene sostitutivo, con la proposta di scrivere, al posto dei primi due commi dell'art. 128, un comma per il quale «*La legge stabilirà i modi e i termini per i giudizi sull'incostituzionalità delle leggi*»⁶⁸.

Alle 21 e 45 della seduta del 2 dicembre, in una situazione in cui manca sicuramente il numero legale per «l'assenza quasi totale dei membri di tutti i Gruppi dell'Assemblea»⁶⁹ (ma questo non può essere rilevato ufficialmente, perché equivarrebbe «a rimandare di ventiquattro ore» la decisione, e sarebbe dannosissimo in un contesto in cui ormai non solo i giorni, ma le stesse ore sono blindate per cercare di concludere in tempo i lavori dell'Assemblea costituente⁷⁰), l'emendamento Arata viene approvato.

E a nulla vale il tentativo di Moro e del gruppo democristiano di ritornare sulla decisione il giorno successivo, mettendo in discussione non solo «il valore morale della frettolosa votazione fatta in presenza di pochissimi colleghi», ma anche il suo valore legale, giacché il rinvio alla legge sulle modalità di accesso alla Corte produrrebbe una grave lacuna nella Costituzione, «tanto che la Corte costituzionale sarebbe per lungo tempo incapace

66. G. Arata, *Seduta am Ass. cost. 3 dicembre 1947*.

67. G. Arata, *Seduta pm Ass. cost. 29 novembre 1947*.

68. Quanto all'organizzazione e al funzionamento della Corte costituzionale e alle procedure di giustizia costituzionale, fin dai lavori nella Seconda sezione della seconda sottocommissione si è concordi sul fatto che debba essere una legge ordinaria a fissarne le norme. Su questo punto non vi sono né dibattito né scostamenti sino all'approvazione finale dell'art. 137, comma 2, nella seduta antimeridiana del 22 dicembre 1947. Sarà poi la l. 87/1953, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, a dare attuazione a questo articolo.

69. U. Terracini, *Seduta Ass. cost. 2 dicembre 1947*.

70. Come fa rilevare Ruini, chiedendo a Moro di ritirare la sua richiesta di verifica del numero legale. Sono momenti come questo che faranno poi scrivere a C. Mortati, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, 8-9, 69 ss., che la Corte costituzionale fu la «Cenerentola della Carta Repubblicana»: «giunta ultima, per ragioni di collocamento, al traguardo della discussione, tanto nelle commissioni che in assemblea, essa venne sottoposta ad esame affrettato e superficiale, sotto l'assillo della scadenza dei termini fissati per i lavori, e poté ricevere un'elaborazione che doveva risultare tanto meno soddisfacente quanto più la materia si presentava nuova ed estranea alla nostra tradizione».

di assolvere la sua funzione di garanzia della Costituzione»⁷¹. La sinistra, anzi, rivendica il risultato ottenuto, come una sorta di vendetta rispetto alla decisione di non fare della Corte un organo di emanazione integralmente parlamentare⁷².

Il 22 dicembre, ormai nell'ultimo giorno utile per l'approvazione della Costituzione, la questione pare riaprirsi: Ruini evidenzia come il Comitato di redazione abbia posto in luce alcune incongruità nel testo fino ad allora approvato, tra le quali «la mancata indicazione di criteri per i ricorsi alla Corte costituzionale». È particolarmente Moro a risollevarne tenacemente il tema: chiede l'inclusione in Costituzione di una disposizione che il Comitato di redazione ha già predisposto⁷³ o, in subordine, la modifica dell'articolo 137, rinviando le norme sulla proponibilità dei ricorsi «non ad una legge ordinaria, ma ad una legge costituzionale; così che verrebbe eliminato l'inconveniente del silenzio in un testo costituzionale». Tale legge, aggiunge, «potrebbe e dovrebbe essere approvata (come consentono le norme transitorie per la *prorogatio* della Costituente) entro gennaio» dalla stessa Corte costituzionale, in quanto «è desiderabile che la Corte funzioni subito»⁷⁴.

Posta ai voti, viene approvata una nuova formulazione, che costituisce l'attuale testo dell'art. 137, comma 1: «Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme e i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, nonché le garanzie d'indipendenza dei componenti la Corte».

Sarà proprio l'Assemblea costituente, in regime di *prorogatio*, nell'ultima votazione del suo ultimo giorno, il 31 gennaio 1948, ad approvare la legge costituzionale n. 1/1948, recante *Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale*⁷⁵.

71. A. Moro, *Seduta am Ass. cost. 2 dicembre 1947*.

72. Dice F. Targetti, *Seduta am Ass. cost. 2 dicembre 1947*: «Non so se qualora la Corte delle garanzie avesse ricevuto dall'Assemblea una composizione [...] che la collegasse molto di più alla sovranità popolare, alcuni di noi, che hanno votato l'emendamento Arata, non potessero essere dell'opinione che fosse utile stabilire fin d'ora le modalità e i limiti di quell'azione, per impedire che la legge ponesse a questa troppe limitazioni». Di «vendetta» dei partiti di sinistra parla anche G. Volpe, *La giustizia costituzionale nella visione dei costituenti*, in *La Corte costituzionale compie cinquant'anni*, in *Il Foro it.*, 2006, pt. V, 306 ss.

73. Il testo elaborato dal Comitato di redazione prevedeva il ricorso in via incidentale, e quello in via principale da parte de «il cittadino o l'ente che ritenga leso in modo diretto ed attuale un suo diritto o interesse legittimo» o, «nell'interesse generale, dal Governo o da un quinto dei componenti d'una Camera o da tre Consigli regionali».

74. A. Moro, *Seduta am Ass. cost. 22 dicembre 1947*.

75. Come è noto, la legge prevede, all'art. 1, l'instaurazione del giudizio di legittimità

10.2.6. Quale efficacia devono avere le sentenze di illegittimità costituzionale?

Altro nodo cruciale è quello dell'efficacia da attribuire alle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale: nodo che si stringe intorno all'alternativa se esse debbano avere effetti *inter partes*⁷⁶ o *erga omnes*; e, in tale ultimo caso, se debbano essere meramente segnalative dell'incostituzionalità; se debbano sospendere l'efficacia della legge dichiarata incostituzionale in attesa di provvedimenti adeguati da parte del Parlamento; o, ancora, se debbano produrre la cessazione dell'efficacia o l'annullamento della legge incostituzionale.

Il dibattito non è mai condotto astrattamente, ma sempre avendo ben chiaro che il cuore della questione è quello della Corte costituzionale nei suoi «rapporti con le Camere»⁷⁷.

Anche su questo punto i due relatori nella Seconda sezione della seconda sottocommissione si fanno portatori di visioni opposte: nel progetto Leone «l'annullamento incide sulla legge e la dichiara invalida, persino con effetto retroattivo», sicché sarà «come se la legge in discussione non fosse stata mai emanata»⁷⁸. Nel progetto Calamandrei, invece, la pronuncia della Corte «non toglie immediatamente vigore alla legge, ma pone gli organi legislativi di fronte alla necessità o di aderire al giudizio, abrogando la legge in questione, oppure di mettere in moto la procedura occorrente per modificare la Costituzione»: la sentenza ha cioè «efficacia meramente dichiarativa della incostituzionalità della legge, ma non può né abrogare né sospendere l'efficacia» della legge stessa⁷⁹; diversamente si conferirebbe alla Corte costituzionale «un vero e proprio potere legislativo»⁸⁰.

Dopo un articolato confronto⁸¹, viene posto ai voti e approvato il seguente testo: «La pronuncia di incostituzionalità è comunicata dalla Corte al Parlamento, il quale o abroga la legge o procede alla revisione costitu-

costituzionale in via incidentale, e, all'art. 2, l'instaurazione in via principale, limitatamente alle questioni di legittimità costituzionale insorte tra Stato e Regioni, o tra Regioni e Regioni, per sconfinamenti dalle rispettive sfere di competenza legislativa.

76. Tra coloro che ritengono che gli effetti delle pronunce dell'organo di giustizia costituzionale debbano avere effetti solo *inter partes*, L. Preti, *Seduta am Ass. cost.* 28 novembre 1947.

77. A. Bozzi, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm.* 12 gennaio 1947.

78. G. Leone, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm.* 15 gennaio 1947.

79. P. Calamandrei, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm.* 15 gennaio 1947.

80. P. Calamandrei, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm.* 22 gennaio 1947.

81. Particolarmente nel corso delle sedute della *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm.* 15 gennaio e 24 gennaio 1947 spiccano le posizioni di Bozzi e Laconi, nel senso dell'efficacia meramente segnalativa dell'incostituzionalità; di Leone nel senso della efficacia sospensiva della legge; di Ambrosini nel senso della efficacia invalidante la legge.

zionale di essa. Sino al momento della deliberazione del Parlamento l'efficacia della legge è sospesa». Prevale dunque il progetto Calamandrei.

Nel passaggio al *Progetto di Costituzione* si registrano alcuni importanti slittamenti semantici: l'art. 128, comma 3, sul punto prevede che, se la Corte «dichiara l'incostituzionalità della norma, questa cessa di avere efficacia. La decisione della Corte è comunicata al Parlamento, perché, ove lo ritenga necessario, provveda nelle forme costituzionali». Si passa dalla "sospensione di efficacia" alla "cessazione di efficacia"; e dalla formula per la quale il Parlamento al quale è stata comunicata l'incostituzionalità della legge "abroga la legge o procede alla revisione costituzionale di essa", a quella decisamente più ermetica per cui, "ove lo ritenga necessario, provvede nelle forme costituzionali".

Ma Ruini, nella *Relazione al Progetto di Costituzione*, elimina ogni dubbio sul senso da attribuire alle parole del testo: «Si è ritenuto che, una volta sollevata, in un modo o nell'altro, la questione sia da risolvere con portata generale. La legge incostituzionale resta priva di ogni efficacia, ed il Parlamento prenderà le misure di sua competenza: o sostituire quella legge con un'altra costituzionalmente corretta, o addivenire alla sua regolarizzazione con procedimento di revisione costituzionale».

Nel *plenum* dell'Assemblea costituente, Mortati presenta un emendamento con il quale tenta di tornare alla formula della "sospensione dell'efficacia", che ritiene giuridicamente più corretta⁸². Ma l'emendamento viene vigorosamente criticato da Ruini con un intervento teso a evidenziarne gli inconvenienti: «Se il Parlamento non abroga la legge sospesa, avremo una diuturna sospensione? [...] Come figura giuridica, non ritengo che sia necessaria la sottigliezza della distinzione fra sospensione e cessazione d'efficacia; è perfettamente logico e coerente al sistema della dichiarazione di incostituzionalità che la legge dichiarata illegittima cessi d'aver efficacia»⁸³.

Il testo definitivo approvato nella seduta antimeridiana dell'Assemblea costituente del 3 dicembre 1947 è, con ormai poche difformità rispetto a quello che sarà il testo dell'articolo 136, comma 1, della Costituzione: «Quando la Corte dichiara l'incostituzionalità della norma, questa cessa di avere efficacia. La decisione della Corte è comunicata alle Camere, perché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali».

Dietro le formule apparentemente neutre della "cessazione di efficacia" e della comunicazione alle Camere e, nella versione definitiva, ai Consigli regionali, perché ove lo ritengano necessario provvedano "nelle forme costituzionali", si cela dunque un significato ben preciso, che rivela la volontà dei costituenti di non conferire affatto alla Corte costituzionale un potere

82. C. Mortati, *Seduta Ass. cost. 2 dicembre 1947*.

83. M. Ruini, *Seduta Ass. cost. 2 dicembre 1947*.

di annullamento delle leggi, spettando l'abrogazione della legge dichiarata incostituzionale solo al Parlamento, senza che questi vi sia tuttavia obbligato, potendo anche scegliere – con soluzione che riecheggia la teoria kelseniana dell'incostituzionalità solo formale delle leggi – di mantenere la legge e riformare invece la Costituzione con procedura aggravata.

Questa parve, in Costituente, l'unica soluzione in grado di garantire, da un lato, effetti *erga omnes* alle pronunce della Corte costituzionale, dall'altro, le prerogative del Parlamento e il rispetto del principio di separazione dei poteri⁸⁴. Solo così la Corte sarebbe rimasta «un organo prevalentemente, seppure non esclusivamente, giuridico», e si sarebbe realizzato l'«imperio delle leggi» e non l'«imperio degli uomini»⁸⁵.

10.2.7. Quali devono essere i limiti ai poteri della Corte costituzionale e cosa deve intendersi per “giudizio di legittimità costituzionale”?

Trasversale a tutta la discussione costituente, il tema dei limiti alla Corte costituzionale: essa viene sì progettata come “un organo di superlegalità”, un “superpotere”⁸⁶, dotata di “poteri formidabili”⁸⁷, ma mai illimitati.

L'essenza del discorso dei limiti ruota intorno a cosa debba intendersi per “giudizio di legittimità costituzionale”: posto che il cuore del giudizio di legittimità costituzionale sarà un controllo prevalentemente di tipo sostanziale, questo potrà spingersi sino al merito politico delle leggi?

Dopo la diaspora sulle plurali idee di giustizia costituzionale, l'Assemblea costituente si ricompatta intorno alla condivisione della necessità di «togliere o attenuare il carattere politico del controllo», pena – con le parole di Calamandrei – «trasformare la democrazia italiana in governo dei giudici»⁸⁸.

È Gesumino Mastino, nelle battute finali del dibattito in Assemblea costituente, che pone il tema della necessità di escludere espressamente

84. Restando tuttavia innegabile la contraddittorietà rilevata da Ambrosini, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 24 gennaio 1947*, di un «sistema in base al quale una legge, pur avendo perso ogni valore in quanto non è più vincolante per i cittadini, conserva però il suo crisma di legge». Una soluzione che, se da un lato tenta di dare una soluzione ai problemi della Corte costituzionale sul piano dei rapporti con il Parlamento, dall'altro li apre sul piano dei rapporti con il potere giudiziario, che, come rileva Calamandrei, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 22 gennaio 1947*, «si troverebbe di fronte ad una legge dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema, ma che sarebbe tuttavia legge in quanto non ancora modificata dagli organi legislativi».

85. G. Martino, *Seduta pm Ass. cost. 11 novembre 1947*.

86. R. Monticelli, *Seduta pm Ass. cost. 11 novembre 1947*.

87. G. Mastino, *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

88. P. Calamandrei, *Seduta Seconda sez. seconda sottocomm. 14 gennaio 1947*.

dalle competenze della Corte costituzionale il controllo di merito politico sulla legge, chiedendo che al testo proposto dalla Commissione per l'articolo 126, comma 1, venga aggiunta la parola "giuridica": «La Corte giudica della *giuridica* costituzionalità di tutte le leggi». Come spiega svolgendo il suo emendamento, il giudizio di legittimità costituzionale è un «potere formidabile», «eccezionale», che tuttavia non può essere «indeterminato nei fini e nelle competenze». La Corte può compiere un controllo sulla legalità formale della legge o sulla sua legalità sostanziale, ma «non può compiere una terza indagine»: l'«indagine ontologica» che riguarda l'«essenza della legge in quanto merito della disposizione, in quanto motivazione, scopo, finalità»; «si deve limitare alla indagine strettamente giuridica tra norma costituzionale e norma legislativa», «perché questo è il suo vero scopo»⁸⁹.

Contributo importante nella definizione dei confini del giudizio di legittimità costituzionale viene da Mortati e Tosato, che presentano un emendamento che mira a sostituire l'art. 126, comma 1, del Progetto di Costituzione con la seguente formulazione: «La Corte costituzionale giudica dei ricorsi per violazione di legge costituzionale, escluso qualsiasi sindacato di merito contro gli atti legislativi delle Camere, del Governo e delle Regioni». Mortati spiega che con esso si vuole «delimitare in modo più preciso» l'ambito di competenza della Corte, che «dev'essere ristretto all'accertamento della "violazione di legge costituzionale"», espressione che si rifà «alla classica distinzione fra violazione di legge ed altri vizi degli atti statali», precisando così che «la violazione sindacabile della Corte è solo quella che si riferisce a norme precise di legge, con esclusione di ogni sindacato di quelle leggi che importino un apprezzamento discrezionale», come anche chiarisce ulteriormente «l'inciso "escluso qualsiasi sindacato di merito"»⁹⁰.

Tosato presenta poi una nuova riformulazione più sintetica e «felice» dell'emendamento, per cui la Corte costituzionale «giudica della legittimità costituzionale» della legge. La formula «giudizio di legittimità costituzionale» basta da sola, infatti, a escludere «qualsiasi sindacato di merito», e a valere come «inibizione assoluta ai giudici di entrare nel sindacato circa l'uso dei poteri discrezionali rilasciati agli organi costituzionali dalla Costituzione»⁹¹.

A fronte della proposta di emendamento di Mortati-Tosato, la Commissione per la Costituzione decide di mutare la formulazione del testo del progetto, con l'impiego delle parole «giudizio di legittimità costituzionale»,

89. G. Mastino, *Seduta am Ass. cost.* 28 novembre 1947.

90. C. Mortati, *Seduta am Ass. cost.* 28 novembre 1947.

91. E. Tosato, *Seduta pm Ass. cost.* 28 novembre 1947.

anziché “giudizio di costituzionalità”⁹². La formula, posta ai voti e approvata nella seduta pomeridiana dell’Assemblea costituente del 28 novembre del 1947, è integrata con un’ulteriore proposta emendativa di Perassi: «La Corte costituzionale giudica delle controversie sulla legittimità costituzionale delle leggi», volendo evidenziare, con la parola “controversie”, che la Corte non può liberamente decidere sulla legittimità costituzionale delle leggi, ma può farlo solo a partire da controversie che si instaurino da parte dei soggetti legittimati a sollevare la questione in via incidentale o principale.

Dietro la sintetica formula dell’articolo 134, comma 1, della Costituzione vi è dunque una ben precisa teoria dei limiti della Corte costituzionale. Essa vale a precisare – con le parole di Mortati – che il giudizio della Corte costituzionale ha da essere circoscritto, quanto all’oggetto, «a norme precise di legge, con esclusione di ogni sindacato di quelle leggi che importino un apprezzamento discrezionale» e, quanto al parametro, a norme altrettanto precise, con esclusione delle «molte norme elastiche sostenute nella Costituzione»: diversamente il giudizio importerebbe inevitabilmente «valutazioni discrezionali» e «non potrebbe compiersi se non ponendo a criterio precetti e norme di convenienza politica, che non è possibile ed è sconveniente far formulare ad organi giurisdizionali», pena il rischio di trasformare la Corte «in un super Parlamento, vale a dire in un organo politico»⁹³.

10.2.8. Quale sarà l'organo di chiusura del sistema democratico?

Il dibattito costituente sulla Corte costituzionale, a leggerlo integralmente, rivela come ai costituenti non sfuggisse affatto il nodo cruciale delle potenziali tensioni tra il Parlamento e il “giudice nuovo” che si andava istituendo.

Lo mette a fuoco Bertone, presentando, a discussione ormai avanzata, un emendamento soppressivo dell’intera sezione dedicata alla Corte costituzionale così motivato: «Pongo ai colleghi dell’Assemblea questa domanda: non andiamo noi, per avventura, a vulnerare la sovranità parlamentare, di questo Parlamento della prima Repubblica che rappresenta il popolo?

92. Unica voce espressamente contraria, quella di G. Codacci Pisanelli, *Seduta pomeridiana dell’Assemblea costituente del 28 novembre 1947*, che ritiene «non sia opportuno escludere, fin d’ora, ogni possibilità di un simile sindacato» di merito.

93. C. Mortati, *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*. Tale idea costituente trovò poi più esplicite parole nell’articolo 28 della l. n. 87/1953: «il controllo di legittimità della Corte su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento».

[...]. Avremo un organo che si è sovrapposto immediatamente al Parlamento, il quale ha espresso la sua volontà specialmente sul terreno politico e vedrà in tal modo vulnerato questo suo diritto sovrano»⁹⁴.

Resistenza. Attrazione.

Questi sentimenti antagonisti percorrano in parallelo e reciproco intreccio tutto il dibattito sulla Corte costituzionale nei suoi rapporti con il Parlamento. Da un lato, si concepisce il carattere rigido della nuova costituzione come la svolta più cruciale rispetto al passato e si è attratti dall'idea di una Corte costituzionale in grado di opporsi a un potere politico intenzionato a fare stracci della Carta fondamentale. Dall'altro, si avverte resistenza verso un organo nuovo, senza radici né storia (almeno nella tradizione giuridica italiana), che come un aerolito piomba dall'alto e va a piazzarsi giusto sopra il Parlamento, l'istituzione più duramente colpita dal fascismo, proprio ora che il progetto costituente lo riposiziona al centro della forma di governo come cuore pulsante della sovranità popolare.

Questa opposta tensione solo a una lettura superficiale coincide con le fratture ideologiche che percorrono l'Assemblea stessa. A una lettura più attenta non sfugge che la tensione è più intima, più pervasiva, insita all'interno degli stessi gruppi politici, quando non all'interno degli stessi uomini⁹⁵: se non è facile ignorare la fragilità fatta palese dalla storia recente di una costituzione senza guardiani, neppure è facile accettare l'idea di dover porre guardiani proprio al popolo appena dichiarato sovrano, con una decisione che suona sfiducia e paura nei suoi confronti.

In estrema sintesi, la questione si pone in questi termini: chi è destinato a essere il vero "organo di chiusura" del sistema democratico, il Parlamento o la Corte costituzionale?

La risposta dell'Assemblea costituente pare netta, e si trova nelle parole di Paolo Rossi: «io non vedo che l'autolimita sia una rinuncia alla sovranità; non vedo che il Parlamento, ponendo a se stesso l'obbligo di non violare taluni principî, abdichi alla sua autorità: la afferma più che mai; la afferma questa Assemblea; per oggi e per domani». Pare infatti evidente – ed è questo l'argomento decisivo per abbattere ogni residua preoccupazione – che «il *summum jus*, la *extrema ratio* resta sempre al Parlamento» e che «al vertice della sovranità e della responsabilità restano indefettibilmente il Parlamento e il Popolo»⁹⁶.

94. G.B. Bertone, *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

95. M. Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *Astrid Rassegna*, 2008, 65, 8, parla di costituenti "sul confine", che guardavano «qualche volta indietro, e qualche altra in avanti, intuendo il futuro».

96. P. Rossi, *Seduta pm Ass. cost. 28 novembre 1947*.

10.3. Il congelamento costituzionale, ovvero l'ovile e i lupi

La Corte costituzionale, come uscita dall'Assemblea costituente nel gennaio del 1948, non poté entrare in funzione sino al dicembre del 1955, essendo alcuni aspetti cruciali per il suo funzionamento rinviati a leggi che il Parlamento attese a lungo prima di approvare.

Dopo le elezioni politiche del 18 aprile del 1948, si verificò, infatti, un'inversione del gioco delle parti nell'atteggiamento dei partiti nei confronti della Corte costituzionale: se nel dibattito in Assemblea costituente, erano stati i partiti della sinistra, perduta la battaglia sulla matrice integralmente parlamentare della Corte costituzionale, a mettere in atto una strategia ostruzionistica e dilatoria nei confronti della sua attuazione, mentre la Democrazia cristiana, fino all'ultima seduta, ne era stata la più convinta fautrice; una volta conquistata la maggioranza nel nuovo Parlamento, sarà invece proprio la Democrazia cristiana a porre in essere il "congelamento costituzionale", per evitare di mettere nelle mani delle sinistre – che invece ora lo vorrebbero e lo chiedono insistentemente – il più potente strumento, insieme al referendum abrogativo, in grado di rimettere in discussione le leggi del Parlamento.

Si assistette così a quello che Piero Calamandrei definì il «paradossale colmo: di rimettere al futuro Parlamento anche il perfezionamento pratico di quel supremo organo di garanzia costituzionale che doveva servire a difendere la Costituzione proprio contro i possibili attentati del Parlamento: come se si dicesse, se è permesso adoperare un paragone esopiano, dare in appalto ai lupi la costruzione dei cancelli che dovrebbero sbarrare l'ingresso all'ovile»⁹⁷.

10.4. Le stagioni della Corte costituzionale

Se tornare ai lavori dell'Assemblea costituente consente di conoscere cosa avessero realmente in mente i costituenti quando progettaronò la Corte costituzionale e a non usare in modo meramente retorico l'appello alla loro volontà, sarebbe tuttavia una grave ingenuità fermarsi a essi per mettere a fuoco il posto della Corte costituzionale nella forma di governo italiana, ignorando la profonda evoluzione che la nostra democrazia costituzionale, e insieme ad essa il nostro sistema di giustizia costituzionale, ha subito nel corso degli anni a opera sia delle leggi di attuazione della Costituzione, sia della giurisprudenza costituzionale, sia dei rapporti mate-

97. Su questa inversione prospettica in Parlamento, G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, cit., 156 ss.

riali tra Parlamento e Corte costituzionale per come si sono storicamente inverterati.

Basti pensare alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, che certo non può dirsi esaurita nel solo articolo 136 della Costituzione, ma va ricavata dalla lettura sistematica di questo con l'articolo 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e con l'articolo 30 della legge n. 87 del 1953: alla luce di questo sistema complesso e integrato di fonti, le sentenze di accoglimento producono l'annullamento *erga omnes* ed *ex tunc* delle norme dichiarate incostituzionali, ben oltre la mera "cessazione di efficacia" immaginata dai costituenti.

Basti pensare, ancora, alla sentenza d'esordio della Corte costituzionale, la n. 1 del 1956, con la quale, dissolvendo la sino ad allora resistente distinzione tra norme costituzionali precettive e programmatiche e riconoscendo la diretta vincolatività e normatività di tutte le disposizioni costituzionali, il giudice delle leggi si aprì alla possibilità di assumere a parametro del giudizio di legittimità costituzionale tutta la Costituzione, "norme elastiche", programmatiche e di principio, incluse, che invece i costituenti avrebbero voluto escluse per non correre il rischio di trasformare la Corte in un organo politico.

Basti pensare, da ultimo, alla sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988, che ha evidenziato l'esistenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale, coincidenti con i "principi supremi dell'ordinamento giuridico" che non possono essere modificati neppure con legge costituzionale, segnando così il definitivo tramonto della tesi costituente per la quale la violazione della Costituzione ad opera di leggi ordinarie avrebbe potuto essere sempre rimediata dal Parlamento, oltre che con l'abrogazione della legge stessa, con la modifica della Costituzione con procedura aggravata.

Già solo la lettura combinata di questi dati normativi e giurisprudenziali rende evidente come la rassicurazione costituente per cui anche in presenza di un tribunale costituzionale il «*summum jus*, la *extrema ratio*» sarebbero rimasti indefettibilmente radicati nel Parlamento fosse destinata a subire potenti scosse.

Ma sulla questione della titolarità del "diritto all'ultima parola" sulle decisioni politiche fondamentali ha soprattutto e definitivamente inciso il modo in cui storicamente – attraverso diverse stagioni⁹⁸ – si sono inverterati i rapporti materiali tra Parlamento e Corte costituzionale.

98. Vi sono diverse periodizzazioni relative al ruolo e all'attività della Corte costituzionale e appare in ogni caso difficile, quando non arbitrario, tracciare linee di demarcazione nette tra le diverse stagioni. Si segue qui, in prevalenza, la periodizzazione indicata da Elia nelle opere citate nelle note che seguono.

Se, infatti, il ruolo che l'Assemblea costituente aveva progettato per il tribunale costituzionale era soprattutto di *remedium omnipotentiae* della politica⁹⁹, al fine di arginare le occasionali maggioranze parlamentari ogni qual volta con loro decisioni avessero travalicato i limiti imposti dalla Costituzione, ben presto la Corte costituzionale ha dovuto imparare a operare anche e soprattutto come *remedium impotentiae*: rimedio a un legislatore debole, inefficiente, incapace di assumere le decisioni sulle questioni politiche fondamentali, di fronte al quale la Corte si è trovata a dover esercitare il ruolo di supplente.

La *prima stagione* di «grande supplenza»¹⁰⁰ della Corte costituzionale è quella che prende avvio negli anni immediatamente successivi l'inizio della sua attività, quando essa – a fronte di un legislatore che manca di dare attuazione a molti degli istituti più innovativi della Costituzione e, al contempo, omette di smantellare gli istituti più illiberali e antidemocratici della legislazione prerepubblicana – deve operare al suo posto, purgando dalle incostituzionalità più patenti la normativa anteriore al 1948¹⁰¹. Il Parlamento, per parte sua, salvo rare eccezioni, non assume mai una posizione di aperta ostilità rispetto alla missione intrapresa dal giudice delle leggi, non scontento che sia la Corte ad agire «quasi come una “terza Camera”» e a realizzare gli interventi ablatori più delicati¹⁰². D'altra parte, esso neppure si preoccupa dell'eventuale seguito legislativo da dare alle sentenze di incostituzionalità, mostrando sostanziale indifferenza per il problema degli eventuali “vuoti” lasciati nell'ordinamento dalle sentenze di incostituzionalità della Corte costituzionale.

Se in questa prima stagione la Corte rimane per lo più nei limiti della “giurisdizione di amputazione”¹⁰³, avvalendosi dei soli strumenti caducatori predisposti dal legislatore costituente, proprio la sperimentata pervicacia

99. L. Elia, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in M. Olivetti, T. Groppi (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003, 148.

100. L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, 528 ss.

101. L'azione della Corte costituzionale coinvolge i più vasti settori dell'ordinamento giuridico esistente: i codici penale e processualpenale, le leggi di pubblica sicurezza, quelle sull'organizzazione amministrativa dello Stato, le norme sulla famiglia, sul lavoro, sulla libertà sindacale e sullo sciopero.

102. E. Grosso, *Parlamento e Corte costituzionale*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 17, Einaudi, Torino, 2001, 450; F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 35.

103. L. Elia, *Intervento*, in ISLE (a cura di), *Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, in *Rassegna parlamentare*, 1969, 191.

dell'inerzia parlamentare e il conseguente *horror vacui*¹⁰⁴ la inducono, nella *seconda stagione* di supplenza che si apre nella prima metà degli anni '60, a rivedere profondamente il suo apparato di strumenti di giudizio e di tecniche decisorie. Così la Corte crea sentenze interpretative, in grado di salvare le disposizioni legislative sanzionando le sole interpretazioni non conformi a Costituzione; crea sentenze manipolative, in grado di incidere sulle disposizioni di legge “nella parte in cui” entrano in contrasto con la Costituzione, con esiti di fatto integrativi dell'ordinamento giuridico; crea il proteiforme criterio di ragionevolezza, legandolo al fragile appiglio testuale dell'articolo 3 della Costituzione e aprendosi a un'ampiezza e libertà di giudizio mai prima sperimentata né immaginata. Tutti strumenti che si rivelano «come i più efficaci strumenti di accelerazione dell'assunzione da parte della Corte di uno specifico potere legiferante»¹⁰⁵, dal momento che con essi «il confine tra legittimità e merito si fa sottilissimo e rischia a volte di essere oltrepassato»¹⁰⁶.

Ma nella seconda stagione a essere nuovo non è solo l'“arsenale” della Corte, bensì anche l'oggetto della sua attenzione. Sono, infatti, la fine degli anni '60 e gli anni '70, quelli del “secondo disgelo”, in cui – dopo l'attuazione della parte istituzionale della Costituzione negli anni '50 – il Parlamento giunge alla più compiuta realizzazione della Costituzione anche nel suo programma sociale¹⁰⁷, portando a parlare del 1948-1978 come di un “Trentennio glorioso”. Se questo sicuramente si può dire dal punto di vista delle politiche poste in essere dal legislatore, ciò trova riscontro anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che con i suoi nuovi strumenti (soprattutto con le sentenze additive di prestazione) va a colpire quelle norme legislative di favore che, pur ponendosi in astratto in linea con gli obiettivi dello stato sociale, in concreto lo tradiscono nella misura in cui escludono irragionevolmente determinati soggetti dal godimento della prestazione statale concessa. D'altra parte, lo stesso testo costituzionale pare favorire questa giurisprudenza integrativa della Corte costituzionale nella misura in cui, proprio nella parte dedicata ai diritti sociali, si caratterizza per il suo andamento programmatico e per le sue clausole aperte e generali.

104. Il timore, cioè, che le sentenze di accoglimento puro possano dare luogo a situazioni di vuoto normativo più gravi di quelle di incostituzionalità alle quali intendono porre rimedio.

105. S. Rodotà, *La svolta “politica” della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1970, 40.

106. V. Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977, 137.

107. Con l'approvazione della riforma pensionistica nel 1969; dello Statuto dei lavoratori nel 1970; del nuovo diritto di famiglia nel 1975; della realizzazione del Servizio sanitario nazionale nel 1978.

I nuovi strumenti dei quali la Corte si va dotando nella seconda stagione, se turbano la dottrina che ne fa oggetto di studio critico, in un primo momento non destano particolari reazioni in sede politica: il Parlamento – salvo rari episodi – li accetta con atteggiamento di sostanziale rassegnazione o forse silenziosa approvazione.

Si può dire che il Parlamento si sia scosso dalla sua apatia nei confronti di una Corte costituzionale dalla giurisprudenza sempre più pervasiva, segnando così l'avvio della *terza stagione*, in occasione della “svolta” determinata, all'inizio degli anni '90, dall'assorbimento dell'arretrato nei lavori della Corte costituzionale¹⁰⁸. La svolta ha posto le condizioni per l'attualizzazione del confronto tra giudice e autore delle leggi: con una Corte costituzionale chiamata a giudicare la legittimità costituzionale di atti approvati non più solo nel corso di legislature remote, ma anche nel corso della legislatura in atto al momento del giudizio; e un Parlamento, di conseguenza, assai più vigile nei confronti di decisioni giurisdizionali in grado di porre nel nulla le sue scelte politiche, e orientato a criticarle apertamente quando intese come indebite interferenze rispetto alle proprie prerogative. Sino al punto di porle di fatto nel nulla, o attraverso una nuova approvazione della legge dichiarata incostituzionale, o addirittura attraverso la revisione della Costituzione, ricorrendo a essa come estremo rimedio per riaffermare il “diritto all'ultima parola”, trasformando così quello che i costituenti prefiguravano come uno strumento ordinario, in mezzo di lotta e rottura istituzionale¹⁰⁹. E quando agli eventuali moniti della Corte fa seguito il silenzio del legislatore, questo spesso cela non una mera inerzia, come nel passato, ma una precisa volontà politica di disattendere indicazioni non gradite della Consulta¹¹⁰. Sono di questa stagione, inoltre, proposte di riforma della Corte costituzionale e dei suoi poteri di decisione, che spesso mal celano, o non celano affatto, «intentì punitivi» nei confronti della Corte stessa¹¹¹.

A fronte di un tale mutamento di atteggiamento del Parlamento, muta anche quello della Corte costituzionale. Ma non all'insegna di un innalza-

108. Sull'operato della Corte costituzionale nel ventennio 1993-2013, G. D'Amico, D. Tega, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, in S. Sicardi, M. Cavino, L. Imarisio, *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra i due secoli*, il Mulino, Bologna, 2015, 551 ss.

109. Il riferimento è soprattutto alla revisione costituzionale con l. cost. n. 2/1999 dell'art. 111 Cost., per riconquistare l'ultima parola contro Corte cost. sent. n. 361/1998, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. n. 267/1997 di riforma del cod. proc. pen.

110. Per tutte, basti ricordare la vertenza sulla disciplina del sistema radiotelevisivo, che ha impegnato a lungo e su opposti fronti politica e giustizia costituzionale.

111. Su cui R. Bin, C. Bergonzini, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2006, 215 ss.

mento dei toni dello scontro istituzionale; al contrario, nel senso di un suo maggiore *self restraint* nell'uso degli strumenti di cui si era essa stessa dotata, mostrando un maggior rispetto per la discrezionalità del legislatore¹¹²; ma anche nel senso di una nuova apertura di credito nei confronti della magistratura e della sua attività interpretativa¹¹³, sia attraverso il ricorso da parte della Corte costituzionale a sentenze additive “di principio”, con il riconoscimento di uno spazio integrativo-attuativo del principio stesso al legislatore e ai giudici; sia attraverso l'elaborazione della dottrina dell’“interpretazione conforme”, che impone ai giudici di sperimentare un’interpretazione adeguatrice rispetto alla Costituzione prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, pena l’inammissibilità della stessa¹¹⁴. Tutte tecniche decisorie che, se segnano un arretramento della Corte costituzionale rispetto al modello di assunzione diretta di decisioni politiche, ne costituiscono in realtà solo una versione più sottile, meno frontale, restando a ben vedere a esso pur sempre riconducibili¹¹⁵.

Sono, peraltro, gli anni '90, non solo quelli della “svolta” della giustizia costituzionale, ma anche quelli dalla “svolta” della politica rappresentativa, con il passaggio dal parlamentarismo compromissorio, che aveva fino ad allora accompagnato la vita repubblicana, a quello maggioritario. Passaggio che avviene attraverso il voto positivo della grande maggioranza degli italiani a un referendum abrogativo della legge elettorale proporzionale, e che non è certo indolore, se è vero che spazza via d'un colpo un'intera classe politica e segna la fine dell'assetto partitico tradizionale improntato all’“arco costituyente”. In questo terremoto istituzionale non è irrilevante il ruolo della Corte costituzionale, che, da un lato, giudica ammissibile il referendum abrogativo sulla legge elettorale¹¹⁶, dall'altro, rivitalizzando la

112. Come testimoniano l'aumento delle decisioni processuali, specie di inammissibilità per rinvio alla discrezionalità del legislatore, e il rigoroso rispetto nei confronti degli *interna corporis acta* delle camere (sentt. nn. 379/1996; 289/1998). Senza che la Corte costituzionale rinunci tuttavia a interventi incisivi qualora in gioco sia il rispetto della legittimità costituzionale: si pensi alla giurisprudenza costituzionale in materia di insindacabilità dei membri delle camere (sent. n. 1150/1988) o a quella che ha posto un argine al fenomeno dell'abuso della decretazione d'urgenza (sentt. nn. 302/1988; 29/1995; 84 e 360/1996).

113. E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012; M. Benvenuti, *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana (ovvero dei problemi e delle prospettive del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale come sineddoche)*, in *Nomos*, 2017, 1, 451 ss.

114. Sulla scorta dell'assioma che «le leggi non si dichiarano incostituzionali, perché è possibile darne una interpretazione incostituzionale, ma perché non è possibile darne un'interpretazione costituzionale» (Corte cost., sent. n. 356/1996).

115. A. Ruggeri, *La Corte costituzionale davanti alla politica*, in *Percorsi costituzionali*, 2010, 2-3, 1.

116. Corte cost., sent. n. 32/1993.

sua funzione di arbitro tra poteri dello Stato – e tra Camere e magistratura in particolare –, contribuisce a squarciare il velo di insindacabilità e immunità, che sempre più la classe politica aveva interpretato e vissuto come intoccabilità¹¹⁷.

Sono gli anni '90 anche quelli delle prime incrinature nella solida compattezza dello Stato sociale, con i diritti sociali per la prima volta condizionati nella loro tutela, da parte del legislatore, ma con l'avvallo della giurisprudenza costituzionale, a esigenze di equilibrio di bilancio, salvo che nella tutela dei loro livelli essenziali¹¹⁸.

L'avvio della *quarta stagione*, quella ancora in corso, può farsi coincidere con l'approdo al nuovo millennio. Essa è segnata da un Parlamento che si trova in difficoltà a operare mediazioni sui valori e sugli interessi in presenza di società fortemente pluralizzate sul piano etico e culturale, oltre che sociale e politico: se talvolta – raramente – la politica riesce a raggiungere soluzioni compromissorie e a offrire una disciplina normativa a domande sociali pressanti, anche su monito della giurisprudenza costituzionale¹¹⁹; più spesso, o si vede dalla Corte costituzionale e dalla magistratura integralmente riformare decisioni assunte in base a bilanciamenti ritenuti irragionevoli¹²⁰; o direttamente scarica su di esse l'onere di «ricercare nel complesso sistema normativo l'interpretazione idonea» a offrire risposta alle nuove domande che la società pone¹²¹.

Gli anni Duemila – in continuità con un costume già affermatosi negli anni '90 – sono caratterizzati inoltre dall'essere abitati da una classe politica (o ampia sua parte) che ostenta la propria insofferenza verso molti dei limiti posti dalla Costituzione, estendendola anche a chi i limiti cerca di garantire. In particolare, quanto alla Corte costituzionale, non si manca di trascinarla nell'arena politica¹²², soprattutto quando sottopone a giudizio leggi ritenute politicamente strategiche dalla maggioranza che le ha appro-

117. Corte cost., sent. nn. 10 e 11 del 2000; 120 del 2004.

118. *Ex multis*, Corte cost. sentt. nn. 455/1990; 40/1991; 247/1992; 356/1992; 218/1994; 416/1995; 226/2000.

119. Da ultimo l. n. 76/2016, sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, adottata dopo i moniti in Corte cost., sentt. nn. 138/2010 e 170/2014; e l. 219/2017, in materia di fine-vita e disposizioni anticipate di trattamento.

120. Esempiare la vicenda della l. n. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, colpita da Corte cost., sentt. nn. 151/2009; 162/2014; 96/2015.

121. Esempiarli le sentenze in tema di fine-vita sui casi Welby (Trib. Roma, civ. sez. I, 16 dicembre 2006; Trib. Roma, sez. pen., 23 luglio 2007) ed Englaro (Cass. n. 21748/2007, da cui è tratta la citazione).

122. Nello stesso senso E. Grosso, *Parlamento e Corte costituzionale*, cit., 48; G. Azariti, *Concezioni della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 902.

vate, non esitandosi a indicarla come “parte” che, attraverso le sue decisioni, tenta di imporre “la propria” cultura costituzionale, quando non “la propria” visione politica¹²³. Con l’esito di svuotare della sua autorevolezza e del suo senso, prima che la Corte costituzionale, la Costituzione stessa, trasmettendo il messaggio di una Costituzione che non è più “di tutti”, ma “di parti” che la possono brandire le une contro le altre.

Passaggio ulteriore è il tentativo di riformare profondamente la II parte della Costituzione uscita dal compromesso costituente, giudicandola ormai superata nei ceppi e negli impicci che pone al potere politico, rendendolo poco rapido ed efficiente dal punto di vista decisionale. Questo nel primo scorcio del millennio accade per due volte, a distanza di dieci anni una dall’altra, da parte di parti politiche opposte: nel 2006 da parte di una coalizione di governo di centro-destra, nel 2016 da parte di una coalizione di governo di centro-sinistra. Tentativi entrambi bocciati dal corpo elettorale a esito di referendum costituzionali ad ampia partecipazione popolare.

Discorso a parte merita la riforma attuata con legge costituzionale 3 del 2001, che ridisegna le competenze soprattutto legislative ma anche amministrative e finanziarie di Stato e Regioni. L’esito di questa ridefinizione è una chiamata in prima linea della Corte costituzionale, che si trova a dover intervenire su numerosissime questioni di legittimità costituzionale in via principale – che per la prima volta sorpassano quelle in via incidentale¹²⁴ – per precisare e interpretare il nuovo dettato costituzionale.

Sul piano delle fonti, importanti interventi della Corte costituzionale si registrano sia sul fronte interno, con riguardo alla costante precisazione dei limiti nell’uso della decretazione da parte del governo¹²⁵, sia con riguardo al rapporto tra diritto interno e fonti sovranazionali e internazionale, in costante dialogo – anche se talvolta polemico – con le Corti sovranazionali e internazionali¹²⁶.

Giungono poi, negli anni Duemila, a piena maturazione le due grandi crisi – della politica rappresentativa e dello stato sociale – già avviate negli anni ’90. E in entrambe la Corte costituzionale va a occupare un posto di rilievo.

123. Si pensi alle polemiche che hanno accompagnato le decisioni della Corte costituzionale sui lodi per garantire la non procedibilità penale o il legittimo impedimento per le più alte cariche dello Stato (sent. n. 24/2004 vs l. n. 140/2003; sent. n. 262/2009 vs l. n. 124/2008; sentt. nn. 23/2011 e 29/2011 vs l. n. 51/2010).

124. L’incidenza dei giudizi in via principale è passata, sul complesso dei giudizi di legittimità costituzionale, dal 5,9% del 2000 al 47,5% del 2012.

125. Sui decreti legge sentt. nn. 171/2007; 128/2008; 220/2013; 22/2012; 32/2014; sulla delega legislativa sentt. nn. 293/2010; 80/2012.

126. Corte cost., sent. nn. 348 e 349/2007; 311 e 317/2009; 80 e 236/2011; 49/2015; ord. 24/2017.

Quanto alla crisi dello stato sociale, questa giunge al suo acme nell'intreccio tra la "grande crisi" economica, che a partire dal 2008 attanaglia l'intero globo, e le "esigenze di pareggio di bilancio", che entrano ufficialmente in Costituzione con la riforma dell'articolo 81 con legge costituzionale n. 1 del 2012. Il perseguimento degli obiettivi dello stato sociale, che nel trentennio glorioso 1948-1978 aveva rappresentato la priorità costituzionale a cui ogni altro interesse andava piegato, entra in bilanciamento con gli obiettivi dell'equilibrio di bilancio imposti dai parametri sempre più stringenti della politica economico-finanziaria dell'Unione europea, e sempre più spesso ne esce sacrificato: le sentenze "di spesa" diventano «una rarità, mentre formule come diritti condizionati, principi di gradualità delle riforme onerose, limitatezza delle risorse disponibili, valore dell'equilibrio finanziario, da allora costellano le decisioni» della Corte costituzionale¹²⁷.

Sul fronte della forma di governo, sentenze importanti del nuovo millennio sono quelle che concorrono, se non a ridisegnare, a meglio precisare la posizioni reciproche tra i soggetti istituzionali e i loro poteri¹²⁸. Ma sicuramente il punto di intervento più incisivo si ha nel momento in cui la Corte costituzionale, superando in modo acrobatico non pochi ostacoli sotto il profilo dell'ammissibilità della questione, ritiene di potere e dovere decidere su leggi elettorali prodotte dal Parlamento in giudizi di legittimità costituzionale sollevati in via incidentale. Ciò accade due volte, nel 2014 e nel 2017, su due distinte leggi elettorali, in entrambi i casi con sentenze di incostituzionalità parziale, che consentono la sopravvivenza di parti di quelle stesse leggi "riscritte" dalla Corte costituzionale: i cosiddetti *Consultellum* uno e due¹²⁹.

La Corte costituzionale che giudica e riscrive le leggi elettorali del Parlamento rappresenta sicuramente un'altra svolta importante nei rapporti tra i due soggetti istituzionali: un marca-tempo emblematico di un nuovo passo avanti nella pratica sostitutiva della Corte di fronte alle debolezze del Parlamento.

127. C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2013, 4, 8 ss.

128. In modo emblematico, Corte cost., sent. n. 200/2006 sul "potere di grazia" del Presidente della Repubblica; sent. n. 1/2013 sul destino da riservare a intercettazioni casuali delle comunicazioni del Presidente della Repubblica.

129. Corte cost. sentt. nn. 1/2014 (che ha dichiarato parzialmente incostituzionale l. n. 270/2005); 36/2017 (che ha dichiarato parzialmente incostituzionale l. n. 52/2015).

10.5. Conclusioni

10.5.1. Di pendoli e di maree

Questo *excursus*, di necessità a volo d'uccello, mostra con evidenza come ripercorrere settant'anni di storia della Corte costituzionale significhi fatalmente ripercorrere anche settant'anni di storia del Parlamento e di reciproche interazioni.

Non è infatti possibile, e non avrebbe neppure senso, descrivere il posto e il ruolo della Corte costituzionale come soggetto statico e isolato, prescindendo dal suo rapporto con il Parlamento. Anche quando la Corte apre al dialogo con i giudici – prima nazionali, poi sovra e internazionali – si costruisce al più una triangolazione, ma mai una sostituzione. Resta sempre il Parlamento il metro dell'attività della Corte costituzionale.

Per descrivere questa relazione tra i due organi, ricorre spesso l'immagine del pendolo: con la Corte in diuturna oscillazione «tra la sua anima “politica” e quella “giurisdizionale”»¹³⁰, come se la Corte fosse destinata a scontare in eterno l'“originaria ambiguità” su cui i costituenti non seppero compromettere.

Ma forse, dopo settant'anni, i tempi sono maturi per sciogliere definitivamente questa ambiguità, e riconoscere che non ci sono due nature del giudice costituzionale, una giurisdizionale e una politica, tra le quali la Corte costantemente oscilla; ma una sola, che i costituenti non seppero né immaginare né nominare, e che solo la Corte costituzionale, calata nel fuoco vivo della sua storia, ha potuto forgiare: la natura “giuridico-costituzionale”. Una natura diversa e autonoma sia da quella giurisdizionale che da quella politica, anche se inevitabilmente e indissolubilmente impastata dell'una e dell'altra.

Forse, più che la metafora del pendolo che oscilla, descrive meglio il rapporto tra Corte e Parlamento quella cara a Elia delle maree¹³¹: la Corte costituzionale, cioè, in ragione della sua natura “giuridico-costituzionale”, ricopre con la sua attività – seguendo un andamento simile a quello delle maree – uno spazio in perenne movimento, dai confini fluidi, più o meno esteso a seconda dell'influenza esercitata da innumerevoli fattori, tra i quali predominante – come la luna sulle maree – il modo in cui il Parlamento esercita le sue funzioni: se in modo competente, prepotente o impotente.

130. Da ultimo, R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Giappichelli, Torino, 2017.

131. L. Elia, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Relazione di sintesi*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, il Mulino, Bologna, 1978, 168.

Quando e se il *gubernaculum*, la politica rappresentativa, recupera terreno assumendosi la responsabilità di prendere decisioni sulle questioni politiche fondamentali, la *iurisdictio*, e la Corte costituzionale in particolare, si ritira – si deve ritirare – nei confini più ristretti della giurisdizione di mera caducazione; viceversa, quando la politica in Parlamento si fa latitante e incapace di assumere decisioni, la Corte costituzionale, spesso in *continuum* con i giudici comuni e in dialogo con le corti internazionali e sovranazionali, occupa – si trova a dover occupare – il terreno lasciato scoperto dal legislatore, accrescendo le sue funzioni sino ad ardire una giurisdizione di creazione. Si alternano così «fasi in cui prevalgono gli apporti legislativi [ad] altre in cui incidono maggiormente le decisioni giurisprudenziali della Corte costituzionale e dei giudici ordinari, senza che ciò comporti una vera e propria mutazione del modello costituzionale»¹³².

10.5.2. Mitologie e attualità dell'idea costituente di Corte costituzionale

Tornando al titolo del convegno, quali sono le mitologie e quali le attualità che si posso riportare dal dibattito in Assemblea costituente sulla Corte costituzionale?

Tra le *mitologie* si può collocare l'immagine nutrita da alcuni costituenti della Corte costituzionale come «una specie di tempio, nel quale uomini anziani, profondamente saggi, liberi da ogni influenza e da ogni bisogno, [...] alla maniera delle antiche vestali, [sono] i custodi del libro della Costituzione»¹³³.

Ma va collocata tra le mitologie anche l'immagine, certo a tinte meno epiche, di una Corte quale organo giurisdizionale che opera esclusivamente secondo sillogismi giudiziari, senza mai esondare nel politico. Contro il pericolo di una simile esondazione, i costituenti si impegnarono a porre argini, i più solidi dei quali essi immaginavo essere, da un lato, l'avere attribuito alle sentenze dichiarative di incostituzionalità il solo effetto di fare “cessare l'efficacia” delle leggi incostituzionali, lasciando al Parlamento ogni azione conseguente; dall'altro, l'avere circoscritto il compito della Corte al solo giudizio “sulle controversie di legittimità costituzionale” delle leggi, con ciò volendo escludere qualsiasi indagine sul merito. Argini resi, in realtà, con formule ermetiche, il cui significato profondo è rimasto nel tempo in parte compresso, in parte nascosto, in parte dimenticato.

A settant'anni di distanza possiamo constatare che quegli argini non hanno retto.

132. L. Elia, *I sessant'anni della Costituzione*, in www.cortecostituzionale.it, 1.

133. A. Capua, *Seduta pm Ass. cost. 7 marzo 1947*.

Le sentenze della Corte costituzionale annullano *erga omnes* e *ex tunc* le leggi dichiarate incostituzionali e spesso non attendono e non ottengono alcun seguito da parte del legislatore. Quanto al giudizio di “legittimità costituzionale”, i giudici costituzionali hanno progressivamente arricchito i propri strumenti processuali e ampliato i propri poteri decisionali, sino ad approdare di fatto a «un sindacato anche di merito» e a interpretare «il proprio ruolo di organo costituzionale come ruolo, nella sostanza, “politico”»¹³⁴. Emettono infatti pronunce che spesso in alcun modo possono farsi discendere geometricamente e sillogisticamente dal testo costituzionale, ma che sono frutto di autentiche decisioni politiche, che – è bene ricordarlo – operano non solo a livello di legislazione ordinaria, ma anche di normazione costituzionale¹³⁵.

Il secondo mito – parallelo opposto al primo – è quello di un Palamento in grado di prendere, con le parole di Preti, sempre «le opportune decisioni» di fronte alle situazioni di incostituzionalità¹³⁶, e nel quale le leggi sono non «il profitto di una forza, espressa da un numero», ma «il frutto della ragione», l’«incontro e confronto di idee e interessi, con una più ampia capacità di persuasione»¹³⁷.

Come e quando e quanto ci si sia allontanati da questo mito è impossibile qui riassumere. Ma, in estrema sintesi, secondo la legge delle maree, ciò che la Corte si è presa è esito di ciò che il legislatore le ha lasciato. Se ciò che si registra oggi è una Corte costituzionale che vede incrementare via via il suo ruolo politico, questo dato non può essere letto disgiuntamente da quello del progressivo indebolimento del potere politico e dalla sua incapacità o assenza di volontà nell’assumere decisioni politiche fondamentali.

Di fronte a questi dati oggettivamente osservabili – che icasticamente vengono rappresi nella formula “crisi della politica” – i possibili atteggiamenti politico-culturali possono essere due. Si può ritenere che la marginalizzazione della politica non sia, in ultima analisi, un male, in ragione delle sue note indecenze e inefficienze; e anzi si può pervenire a teorizzare la via giudiziaria nell’assunzione di decisioni politiche fondamentali come la più adeguata, soprattutto sul fronte dell’attuazione dei diritti costituzionali, plaudendo al “dialogo tra le Corti” e all’interpretazione e applicazione di-

134. E. Cheli, *Prefazione*, cit., 11.

135. Sulla finzione della natura meramente cognitiva della funzione giurisdizionale già H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in *La giustizia costituzionale*, Einaudi, Milano, 1981, 253 s.

136. L. Preti, *Seduta am Ass. cost. 28 novembre 1947*.

137. L. Einaudi, *Mayor et sanior pars* (1945), in *Il Buongoverno*, Laterza, Bari, 1973, 117.

retta, libera e immediata dei testi costituzionali, senza bisogno di passare dal legislatore¹³⁸.

Oppure, constatato il dato di realtà con amarezza, si può riflettere sul senso profondo della crisi della politica e della progressiva marginalizzazione dell'organo rappresentativo, e considerare non solo i possibili vantaggi – il diritto non più proprietà di uno solo, ma «oggetto delle cure di tanti»¹³⁹ –, ma anche i possibili inconvenienti dello spostamento di potere decisionale dal potere politico a quello giudiziario – le ricadute sulla certezza del diritto e sull'uguale trattamento dei cittadini; l'assenza di discussione pubblica, di rappresentanza di tutte le parti, di responsabilità nel processo di assunzione delle decisioni politiche –, e ritenere un obiettivo da perseguire che la funzione rappresentativa torni a essere esercitata con responsabilità, efficienza e dignità dagli eletti e riconosciuta come autorevole e imprescindibile dagli elettori, riservando ai giudici e alle Corti un ruolo correttivo e integrativo, ma non sostitutivo¹⁴⁰.

Non è qui il luogo per declinare più compiutamente questi diversi atteggiamenti politico-culturali, le loro radici, le loro conseguenze. Mi si permetta solo di dire che io mi schiero tra coloro – ormai temo non numerosi – che sostengono questa seconda prospettiva.

Quanto alle *attualità*, ciò che sicuramente rimane attuale è l'impulso ideale che spinse i costituenti a prevedere un sistema di giustizia costituzionale: presidiare la Costituzione «in modo da rendere difficili quelle offese alla Costituzione che sono state così numerose e gravi durante il passato regime»¹⁴¹. Quella che Kelsen definisce la «funzione politica» della Costituzione: «porre limiti giuridici all'esercizio del potere» e garantire la «certezza che questi limiti non saranno oltrepassati»¹⁴². Su questo non c'è da retrocedere di un passo. Resta potentemente attuale il monito di Ruini a non «perdere di vista in nessun momento, in nessun articolo della Costitu-

138. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008; M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, 1, 7 ss.

139. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 213.

140. M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Giuffrè, Milano, 1999, 878; M. Dogliani, *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 11, Seminario 2000*, Giappichelli, Torino, 2000, 144 ss.; N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, 2015, 4, 919 ss.; C. Tripodina, *Contro la solitudine dell'interprete*, in M. Dogliani, *La ricerca dell'ordine perduto*, il Mulino, Bologna, 2015, 91 ss. Sulla dignità della funzione parlamentare, J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), Giuffrè, Milano, 2001.

141. G. Cappi, *Seduta pm Comm. Cost. 1 febbraio 1947*.

142. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale* (1929), Milano Giuffrè, 1981.

zione, il pericolo di aprire l'adito a regimi autoritari e antidemocratici»¹⁴³; anche in tempi in cui il loro spettro pare più lontano. E la Corte costituzionale, in questi settant'anni, si è dimostrata guardiano attento e occhiuto: fondamentale prima per smantellare il vecchio regime antidemocratico e i suoi residui, poi per sorvegliare che altri non se ne affacciassero.

Attuale resta anche il fondamento di legittimazione democratica della Corte costituzionale, da rinvenirsi in quello stesso articolo 1 della Costituzione in cui si pongono limiti al popolo sovrano: sta in questo articolo la decisione preventiva con la quale il popolo, attraverso i suoi rappresentanti in Assemblea costituente, ha scelto di rinunciare all'assolutezza della propria sovranità, vincolando la legittimità delle sue decisioni future al rispetto di quanto da lui stesso sancito in Costituzione e ponendo la Corte costituzionale a sua guardia. Questo fondamento di legittimazione è e resta fortemente attuale, rendendo fragile ogni critica alla Corte per la sua assenza di legittimazione democratica in quanto non eletta direttamente dai cittadini.

Ma attuale rimane anche il tema dei limiti al potere della Corte costituzionale: se è vero che la Corte, scostandosi dal modello costituente, nel tempo si è fatta essa pure “potere” – “politico” o “giuridico-costituzionale” che dir si voglia –, e se è vero che non esistono “poteri buoni”¹⁴⁴, *quis custodiet ipsos custodes?*

Porre questo tema non ha, evidentemente, il fine di indebolire la Corte, ma al contrario di rafforzarne l'autorevolezza. Penso – per dire solo alcuni limiti – al fatto che la Corte dovrebbe ancorare sempre le sue decisioni anche (non solo, ma anche) al testo costituzionale più che a un evanescente “spirito costituzionale” o a “valori”, che possono divenire tiranni se posti nelle mani sbagliate; usare in modo più rigoroso, anche dal punto di vista linguistico, l'onnivoro canone della ragionevolezza-razionalità-equità, distinguendo tipi, fasi e motivazioni dei diversi scrutini; astenersi dall'intervenire ogniqualvolta un conflitto tra diritti ammetta un pluralità di soluzioni tutte tollerate dal testo Costituzionale, se una di queste sia legittimamente emersa attraverso il processo democratico-rappresentativo; più in generale, dotarsi e avvalersi di uno strumentario interpretativo e argomentativo più solido, definito, coerente, riconoscibile, più persuasivo, ma anche più controllabile dall'opinione pubblica, dalla politica, dalla comunità degli interpreti: dai “guardiani del guardiano”, insomma.

Come è evidente, non si auspica la pietrificazione della giustizia costituzionale in una lettura ingenuamente originalista della Costituzione, facendo

143. M. Ruini, *Relazione*, cit.

144. Sia consentito il rinvio a C. Tripodina, *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*, 2010, 2, 1 ss.

tabula rasa di settant'anni di storia e vagheggiando il ritorno – *rectius* l'inveramento storico – dei limiti che i costituenti posero nel momento in cui immaginavano un giudice nuovo. Quei limiti restano, come si è detto, tra le mitologie.

Ma non si dovrebbe dimenticare l'essenza della volontà costituente: non fare della Corte costituzionale un “super potere”, sovraordinato e svincolato rispetto a tutti gli altri. Paolo Rossi, a proposito del nome da attribuire al “nuovo giudice”, ricordava come «in sede di Commissione dei Settanta-cinque [...], qualcuno, echeggiando denominazioni straniere, parlava di una Suprema Corte costituzionale». Non si volle adottare questa denominazione «precisamente per non creare l'impressione di un organo che fosse veramente soverchiante, che stesse al di sopra di tutti, che potesse in qualche modo sminuire altri organi dello Stato»¹⁴⁵.

Anche questa attenzione credo che resti, e debba restare, attuale.

145. P. Rossi, *Seduta pm Ass. cost. 28 novembre 1947*.