

EDITORIALE – 8 MARZO 2017

Sulla intrinseca “politicalità” delle
decisioni “giudiziarie” dei tribunali
costituzionali contemporanei

di Antonino Spadaro
Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università *Mediterranea* di Reggio Calabria

Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*

di Antonino Spadaro

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università *Mediterranea* di Reggio Calabria

Sommario: 1. Premessa: cenni sulla recentissima sent. cost. n. 35/2017. – 2. La Costituzione come tentativo di razionalizzazione “giuridica” della materia “politica”. Conseguente difficoltà a distinguere politica e diritto nel peculiare caso della giurisdizione costituzionale.- 3. Dal classico pendolo politicalità/giurisdizione alla inevitabile distinzione contemporanea fra auto- ed etero-normazione. Il necessario ruolo di “supplenza” della Corte di fronte alla latitanza degli organi di indirizzo politico.- 4. L’incredibile panoplia di “tipologia di decisioni” come strumento discrezionale di auto-normazione dei tribunali costituzionali ed in particolare della Corte italiana.- 5. Due possibili rimedi – ad intra e ad extra – al rischio di un eccesso di “supplenza” della Corte.- 6. Carattere fisiologico, e non patologico, della doppia natura – politica e giuridica – della “giurisdizione costituzionale”. Conseguente necessità, nello Stato costituzionale, di un equilibrio fra “più” legittimazioni del potere.

1. Premessa: cenni sulla recentissima sent. cost. n. 35/2017

Ci si occupa qui solo della funzione “politica”, oltre che ovviamente giurisdizionale, svolta dai tribunali costituzionali, e segnatamente dalla Corte costituzionale italiana.

* Il lavoro prende spunto dall’Intervento alla tavola rotonda dell’Università di Pisa su *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, in occasione delle giornate in ricordo di Alessandro Pizzorusso, 15 dicembre 2016. Dodici giovani studiosi del dottorato pisano, a tal fine, hanno predisposto, con lodevole sforzo, un *dossier* giurisprudenziale sul tema, scegliendo – fra le 1088 decisioni della Corte prodotte negli ultimi quattro anni (2013-2016) – un certo numero (131) di pronunzie, senza tuttavia “pre-determinare perché “quelle” e non altre, ovvero perché alcune sono considerabili, a torto o ragione, più *politiche* di altre. Nonostante l’assenza di tale precisazione prodromica sul concetto di “politicalità”, le 131 decisioni sono state poi scomposte in 12 categorie (fra le quali c’è n’è persino una molto vaga dal titolo “altre”), facendo indagini statistiche e grafici sul campione (appena il 12 %). Mancando una chiave di lettura *preventiva* e *unitaria* sul concetto di “politicalità”, a me pare che 131 pronunzie siano “troppe” e paradossalmente anche “troppo poche”: *troppe* perché, almeno a mio avviso, le pronunzie che rientrano fra le c.d. *political questions* sono di fatto molto meno (si è no, forse 5/6 l’anno); *troppo poche* perché, a ben vedere, “tutte” le decisioni della Corte sono politiche, in quanto “tutte” (quale più, quale meno) hanno effetti o riverberi politici, come si dirà meglio fra poco.

Come si accennerà più avanti, la parziale autogestione delle “norme processuali”, direttamente da parte della Corte, è già un indice significativo del tasso di politicità delle sue decisioni. In questa prospettiva, è impossibile ignorare – nel momento in cui scriviamo – la recentissima sent. n. 35/2017.

Se la sent. cost. n. 1/2014 sul c.d. *porcellum* poteva essere considerata eccezionale, quindi una specie di “rondine che non fa primavera”, dopo la sent. cost. n. 35/2017 sul c.d. *italicum*, non possono esservi più dubbi sul fatto che – in materia di elezioni politiche nazionali – sia saltato il dogma dell’“incidentalità” e sia stato di fatto introdotto una sorta di *ricorso di costituzionalità diretto*, sia pure formalmente filtrato dal tradizionale accertamento svolto da un giudice *a quo* (su impossibilità di un’interpretazione adeguatrice, rilevanza e non manifesta infondatezza).

Il fatto che questo ampio, nuovo campo di azione della Corte riguardi solo le leggi elettorali relative alle elezioni politiche nazionali – e non anche le disposizioni elettorali riguardanti gli Enti locali, le Regioni e il Parlamento europeo (tutti contesti per i quali fortunatamente sono previsti *altri* rimedi per la lesione dei diritti del cittadino) – in nulla riduce la portata, straordinaria, della cosa. La Corte, in tal modo, ha acquisito – n.b.: *ex se* – una “nuova” attribuzione, *senza* che ciò le venisse espressamente riconosciuto dalla Costituzione o dal legislatore (costituzionale e ordinario).

Si tratta di un precedente, per ora limitato alle elezioni politiche nazionali, che non preclude un’ulteriore espansione, sempre *in via giurisprudenziale*, delle competenze della Corte in campi che al momento potrebbero essere considerati, per un verso o per l’altro, “zone franche” dal sindacato incidentale costituzionale.

Nel merito, mi limito a dire che gli argomenti addotti dalla Corte per cui il ballottaggio previsto dalla l. n. 52/2015 avrebbe intrinsecamente un effetto distorsivo – risultando la seconda elezione non nuova ma in continuità con la prima, non essendo previsti “apparentamenti” fra partiti, mancando una soglia al primo turno per passare al secondo e, soprattutto, riducendosi la scelta degli elettori ai due partiti più votati al primo turno – sono giusti, ma non del tutto convincenti. In realtà, contrariamente a quanto dice la Corte: *a)* fra primo e secondo turno c’è un evidente discontinuità che rimescola trasversalmente i giochi elettorali e *b)* a ben vedere, il ballottaggio costituisce un’opportunità in più, ossia una *seconde chance*, per gli elettori. Sono, entrambi, fattori che non andrebbero sottovalutati. Ad ogni modo, a mio parere, la Corte non affronta il vero problema, che non si manifesta nel momento del ballottaggio, ma ogni qual volta semplicemente si prevede un “premio di maggioranza”, il quale ha sempre un effetto, come si dice, strutturalmente – quindi legittimamente – *dis-proporzionale*. Per ridurre quest’effetto si può porre un quorum di “votanti” da raggiungere, che deve essere ragionevole, ma resta comunque intatto il problema del numero degli “aventi diritto”. La Corte giustamente ammette la ragionevolezza del previsto quorum

minimo del 40 % dei “votanti” al primo turno, ma incomprensibilmente ignora il problema del numero minimo degli “aventi diritto”, anche al secondo turno (dove il quorum sale, di necessità, al 50 %).

Rilevavo di recente: «Si potrebbe opportunamente prevedere che l’assegnazione del premio di maggioranza avvenga solo se ha votato un certo numero minimo di aventi diritto (o, cosa abbastanza simile, che un partito possa ottenere il premio solo se ha ricevuto il consenso di una determinata percentuale calcolata sugli aventi diritto e non semplicemente sui voti validamente espressi)»¹.

Il problema dell’astensione elettorale si pone, infatti, *sempre*, ossia *ogni qualvolta* si è chiamati a votare e non solo al primo o al secondo turno². Naturalmente, a differenza del voto *deliberativo*, nel caso del voto *elettivo* popolare non pare immaginabile la fissazione di un quorum minimo di votanti, rispetto agli aventi diritto, affinché l’elezione sia considerata valida. Ma è del tutto ragionevole, invece, che si preveda il raggiungimento di un *numero minimo di votanti sugli aventi diritto* affinché si possa assegnare un “premio di maggioranza” (nel caso di specie: 54 % dei seggi), anche nella sua versione più *soft*, per usare le parole della Corte, di semplice “premio di governabilità” (pacchetto di seggi che rende più agevole governare a chi già possiede la maggioranza assoluta). Insomma – almeno a mio avviso – il premio di maggioranza, se non vuole avere effetti irragionevolmente distorsivi, dovrebbe essere assegnato non solo se vota il 40 % di elettori a favore di un partito, ma *anche* – condizione aggiuntiva – solo se ha votato una percentuale minima di elettori. E tale requisito prescinde, mi sembra, dal fatto che si sia al primo o al secondo turno (dove il quorum, di necessità, sale al 50 %, sempre che il ballottaggio sia ristretto alle due forze con il migliore rendimento al primo turno). Ma la Corte sfugge proprio su quest’aspetto, che invece è decisivo per la democraticità dell’elezione: l’assegnazione del premio di maggioranza in rapporto a un numero minimo di aventi diritto al voto.

In conclusione, basterebbe la problematica sent. cost. n. 35 del 2017 per comprendere la forza potenziale delle decisioni della Corte, di chiarissima rilevanza politica. Ma sulla sentenza ricordata, già commentata dalla dottrina³, deliberatamente non aggiungo qui altre considerazioni, esulando il tema dall’argomento specifico del presente lavoro.

¹ Cfr. il mio *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017 (26.01.2017), 6.

² Com’è noto, in Russia, fino a pochi anni fa esisteva, e veniva computato, il «voto contro i partiti»: senza arrivare a tanto, non c’è dubbio che l’astensione, che è fenomeno diverso ma simile, sia comunque un “tipo” di voto. In questo senso, se il voto è un dovere civico, l’astensione dal voto può oggi considerarsi un diritto: del resto, non si può obbligare i cittadini ad andare a votare e quand’anche lo si facesse, i cittadini potrebbero sempre *astenersi nel voto*.

³ Basti pensare, per tacer d’altri, ai commenti di R. Bin, S. Ceccanti e R. Dikmann, tutti riportati in *Consulta online* (<http://www.giurcost.org>).

2. La Costituzione come tentativo di razionalizzazione “giuridica” della materia “politica”. Conseguente difficoltà a distinguere *politica* e *diritto* nel peculiare caso della “giurisdizione costituzionale”

Fra le scienze sociali (sociologia, economia, politologia, ecc.), plausibilmente il “diritto” è la più razionale e una delle più pervasive, ma ciò non significa certo che esso possa fare, e dunque occuparsi, di tutto. Tuttavia è presunzione dei giuristi, almeno di una parte dei giuristi, supporre che sia possibile “giuridificare”, o addirittura rendere “giurisdizionabile”, ogni aspetto delle relazioni sociali. Invece, com’è (o dovrebbe essere) evidente, non tutto è *giuridificabile* e non tutto, una volta *giuridificato*, è *giurisdizionabile*. In breve: non tutta la materia politica (che ricomprende l’etica sociale-pubblica in genere, l’economia, ecc.: *sein*) è riducibile a diritto (*sollen*) e non tutto il diritto è riducibile a giurisdizione (*Richterecht*). A maggior ragione, quanto detto vale per la materia costituzionale in uno Stato non totalitario: sarebbe errato pensare che il Parlamento – esercitando la funzione legislativa – per ciò stesso si occupi “sempre” anche di argomenti di rilievo costituzionale⁴. Del resto la Corte, sulla scia della dottrina più avveduta, lo ammette espressamente quando ricorda l’esistenza di uno «spazio vuoto di diritto costituzionale», nel quale il legislatore può far pieno uso del «proprio potere discrezionale» (sent. cost. n. 172/1999).

Ora – senza dimenticare, per altro, che *tutta* la legislazione deve comunque essere conforme al principio costituzionale di eguaglianza/ragionevolezza – è innegabile, in ogni caso, che una rilevante parte della materia *costituzionale* coincida proprio con la materia *politica* e che, quindi, il Costituente prima e il legislatore dopo si occupino spessissimo dello “stesso” oggetto. Non va dimenticato, infatti, che la Costituzione non è altro che il tentativo di *razionalizzare giuridicamente la materia politica*, la quale a sua volta disciplina per grandi linee, o aspira a disciplinare, altre branche sociali (non ultima l’economia). Infatti: «la Costituzione ha e non potrebbe non avere per contenuto la materia politica»⁵. Per questo, a ben vedere, la questione della *politicalità* è, per dir così, “consustanziale” all’idea stessa di Costituzione e, conseguentemente: come presto si vedrà, anche di giurisdizione costituzionale.

Sotto quest’aspetto, l’argomento che qui si esamina – la questione della *politicalità* delle decisioni della Corte – è insieme datato e di perenne attualità, come tutti quelli “classici” nel diritto costituzionale contemporaneo. Infatti, essenzialmente ed in ultima istanza, la Costituzione “tenta” di giuridicizzare la profonda, universale e inevitabilmente indeterminata aspirazione umana alla “giustizia”: non a caso ci stiamo occupando di «Giustizia costituzionale». Nei *valori* protetti dalla Carta sotto forma di *principi*

⁴ Sulle varie opinioni dottrinali in merito, fra le quali si segnala il diverso punto di vista di F. Modugno, sia consentito rinviare a: A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Torino 2014^v, spec. 106 ss.

⁵ Così, lucidamente, F. PIERANDREI, *L’interpretazione della Costituzione* (1952), in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Torino 1965, 158.

giuridici si cela proprio quest'esigenza costante, generale e più ampia. In fondo, un po' in tutti gli Stati costituzionali, quando il cittadino, più o meno consapevolmente e di solito in forma generica, si "appella" alla Costituzione, non fa altro che invocare "giustizia". E sappiamo tutti che *diritto* e *giustizia*, purtroppo, non necessariamente sono concetti coincidenti. Per questo la previsione – da parte degli stessi creatori (costituenti) del primo "diritto" o "diritto di fondazione" – di un documento giuridico (Carta costituzionale) che si manifesti come "aspirazione alla giustizia" e di organi (giudici o tribunali costituzionali) deputati ad accertare la compatibilità fra il diritto posto/positivo e tale "aspirazione", se si vuole giusnaturalistica, è forse la massima espressione dell'insufficienza del diritto, positivisticamente inteso, e del bisogno sociale ineludibile di accedere nello stesso ordinamento a più alti obiettivi meta-positivi. Difficile negare che questo processo, proprio degli Stati costituzionali contemporanei, non sia "insieme" *giuridico* e *politico*.

Ciò appare più evidente non solo nel caso dei ricorsi diretti a tutela dei diritti – l'*amparo* (nei Paesi ispanici), la *Verfassungsbeschwerde* (nella RFG) o l'*Individualantrag* (in Austria) – ma anche, più in generale, nei giudizi di *ragionevolezza* sulle leggi, dove i tribunali costituzionali cercano di realizzare proprio tale ideale superiore di "giustizia", che è politico, sia pure ricorrendo a sofisticate tecniche giurisdizionali. Al di là del richiamo, per lo più formale, a questo o a quell'articolo della Carta violato, in realtà nei giudizi di ragionevolezza si lamenta la violazione non tanto della lettera, quanto dello spirito della Costituzione. Come può intuirsi, la *politicalità* di quest'ultimo giudizio è proprio "intrinseca": la tecnica giurisdizionale adottata è solo la forma con cui si esprime un giudizio sulla compatibilità giuridica di una "legge", che è *politica*, nei confronti di un'altra legge, una "legge superiore", la Costituzione, anch'essa *politica*.

Se quanto detto, pur per approssimazione e molto sinteticamente, è vero, allora – al di là della questione metodologica *minor* relativa al dossier – emerge ora la questione metodologica *major*, che finisce col coincidere con la questione di merito: la *distinzione fra politicalità e giurisdizionalità*. Per i motivi ricordati, tale distinzione – n.b.: a livello della giurisdizione costituzionale – appare estremamente sottile, se non quasi impercettibile, visto che l'oggetto del contendere, appunto, è proprio la stessa materia *politica*, perché la Costituzione «è» politica: nella Carta sono formulate *scelte discrezionali (politiche) espresse in forma giuridica (principi e regole)*. È la forma (giuridica) assunta dalle scelte (politiche) dei costituenti – talora in modo indeterminato (principi), talora in modo più preciso (regole) – che ingenera l'illusione che chi se ne occupi possa, per così dire, prescindere dalla politica. Va pure detto che a quest'illusione ha contribuito per troppi anni anche quella parte della scienza giuridica che ha "creduto" – uso a ragion veduta questo termine – nella "dottrina pura del diritto" del primo Kelsen. È forse la più presuntuosa delle *fictiones iuris* quella di pensare che l'uso delle *categorie linguistiche* del diritto, e in particolare della "giurisdizione", possa cancellare l'intrinseca "politicalità" delle valutazioni dei tribunali costituzionali.

Il passaggio, invece, da un'astratta impostazione teorica alla vita reale di una concreta giurisdizione costituzionale non lascia troppi dubbi sull'intrinseca politicità dell'*oggetto*, e quindi alla fine anche di ogni *sindacato*, "costituzionale".

Prendiamo il caso della nostra Carta: per esempio, negli artt. 2 e 119, V c., si enuncia il principio di solidarietà. N.B.: *solidarietà* e non egoismo. Quantomeno la "direzione" assiologica del principio è, o sembra, chiara: etero-centrica e non auto-centrica. Ma che significa "concretamente" *solidarietà*? Quando "realmente" può dirsi che esiste solidarietà e quando, invece, c'è egoismo? L'ordinamento saggiamente prevede tre momenti diversi per definire tale concetto:

- lo stabilisce in prima battuta, attraverso precise e dichiarate scelte politiche, il "legislatore";
- se occorre, in seconda battuta lo determinano – caso per caso, quindi anche secondo tempo, luogo e contesto – i *giudici comuni* nell'amministrazione della "giustizia", ossia nell'applicazione del diritto legislativo ed infine
- solo in ultima battuta e se proprio occorre, interviene la *Corte costituzionale*, che delle iniziali scelte politiche del legislatore e delle connesse applicazioni giudiziarie dovrà occuparsi, attraverso quello che può essere chiamato a ragione «diritto giurisprudenziale costituzionale», il quale auspicabilmente è sempre più, oggi, in conformità anche al diritto eurounitario e al diritto internazionale.

In questo senso, penso sia semplicemente un atto di onestà intellettuale riconoscere che ormai – nello Stato costituzionale contemporaneo – oltre la Costituzione e le leggi, costituisca "fonte del diritto" anche la stessa *giurisprudenza* dei tribunali costituzionali. Perciò, provocatoriamente potrebbe dirsi che la stessa *materia politica* è disciplinata non solo, in prima battuta, dal Parlamento secondo la classica forma prevista (legislativa), ma "anche", in seconda battuta, dai tribunali costituzionali, sia pure in forma diversa (giurisdizionale) e limitatamente al parametro costituito dai valori espressi in Costituzione (per lo più principi).

3. Dal classico pendolo *politicità/giurisdizione* alla inevitabile distinzione contemporanea fra *auto-* ed *etero-normazione*. Il necessario ruolo di "supplenza" della Corte di fronte alla latitanza degli organi di indirizzo politico

Insomma, dietro l'antica questione del pendolo fra *giurisdizionalità* e *politicità* delle funzioni della Corte costituzionale italiana (ed in genere di tutte le principali Corti costituzionali del mondo), inevitabilmente c'è la questione, ben più profonda, del «modo di produzione del diritto»: per tacere di altre forme teoricamente secondarie (consuetudine, decretazione d'urgenza...), non più solo *auto-normazione* (parlamentare e dei consigli regionali), ma sempre più *etero-normazione* (giurisprudenziale, della Corte

costituzionale e dei giudici comuni). Tale fenomeno – su cui si sono versati e si verseranno fiumi d'inchiostro⁶ – è un bene necessario? O forse è un male, una patologia dell'ordinamento? Comunque si valuti la cosa, si tratta di un “fatto giuridico” di cui prendere atto. Anzi, si tratta della naturale evoluzione del *diritto costituzionale vivente* nello Stato costituzionale contemporaneo, che sempre più, piaccia o no, appare uno *Stato giurisdizionale*, non solo nei Paesi di *common law*⁷.

In particolare direi che, in un sistema di *civil law* come il nostro, l'etero-normazione della Corte sia imputabile non ad un delirio di onnipotenza dei giudici costituzionali, ma semplicemente all'omertà, meglio alla *latitanza*, del tandem Governo-Parlamento che, per molti anni, su molte, troppe cose, sciaguratamente ha *deciso di non decidere*. La Corte costituzionale, in questo senso, ha semplicemente *supplito* alle carenze degli organi di indirizzo politico: qualche volta ci è riuscita bene, qualche altra no, ma in fondo ha fatto solo il suo mestiere, svolgendo in tal modo (ora meglio, ora peggio) il compito per cui è stata creata/concepita.

È solo a questo punto, ossia di fronte alle scelte della Corte costituzionale, che entrano in gioco i giuristi e la loro “pretesa” (comprensibile, ma corporativa e piuttosto ingenua) di riconduzione al diritto, e addirittura al diritto disciplinato secondo le regole del processo, le controversie sociali legate alle scelte politico-legislative. Ovviamente non sto, con ciò, negando la funzione “regolatrice” della Costituzione, ma cerco soltanto di evidenziare che i giuristi si occupano delle *stesse* cose dei politici con metodi *diversi*. In breve, soprattutto ai costituzionalisti tocca, di volta in volta, “fare le pulci”, per dir così, alle decisioni della Corte costituzionale, la quale – contrariamente a quanto forse si pensa – per sua natura sarebbe invece portata ad invocare il più possibile la c.d. *discrezionalità del legislatore*, per non impelagarsi in questioni e vicende più strettamente politiche, lasciando che le “gatte da pelare” siano sbrigate interamente dal tandem Governo-Parlamento. Ma paradossalmente, com'è noto, il Governo ed il Parlamento spesso, come ricordavo, *decidono di non decidere* proprio per evitare cali nel consenso elettorale, preferendo “delegare” alla Corte o all'UE la risoluzione di molti problemi.

⁶ Per tutti, scelgo di ricordare due, ormai lontani ma classici, lavori italiani: L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967 e M. CAPURSO, *I giudici della repubblica. Giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?*, Milano 1977.

⁷ Il timore dello “Stato giurisdizionale” – oggi spesso paventato anche in Italia – a ben vedere è antico. Per tutti: E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris 1921, trad. it. Milano, 1996; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (Berlin 1931), trad. it. Milano, 1981, p. 41 ss. che notoriamente contesta, a proposito, «non una qualche giuridificazione della politica, ma una politicizzazione della giurisdizione»; conforme E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat oder Richterstaat?* (München 1970), ora in ID., *Rechtsstaat im Wandel* (München 1976), trad.it. in A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, Padova 1995, pp. 81 ss. e adesso R.H. BORK, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*, Washington DC 2003, trad. it. Macerata 2006.

La dottrina, non solo italiana, spesso ha messo in evidenza più le decisioni “politiche” dei tribunali costituzionali, ossia ha studiato i casi in cui essi – apparentemente derogando a una funzione più squisitamente giurisdizionale – non esitano a *prendere posizione*, intervenendo significativamente su un tema “politico”, tale – si noti bene – perché “caldo”, ossia perché sotto i riflettori dell’opinione pubblica. Per intuibili ragioni la cosa è del tutto comprensibile, ma – ferme restando le note, e notevoli, differenze esistenti nei diversi Paesi sul concetto di *political questions* – gli episodi di pronunzie “politiche” effettivamente rilevanti in un ordinamento costituiscono la minoranza rispetto alle decisioni “giurisdizionali” più classiche.

Venendo in particolare all’Italia, spesso la Corte sceglie di “rinviare” al legislatore o, in modo non dissimile, di “rispettare” le scelte del legislatore, perché, a ben vedere, in realtà rispetta la Costituzione, senza, per dir così, forzare interpretazioni evolutive che sarebbero *contra textum*: per esempio, è il caso, a mio avviso, della sent. n. 138/2010 sull’impossibilità, non delle unioni civili (giustamente auspiccate), ma di una relazione “matrimoniale” *stricto sensu* di tipo omosessuale⁸.

Altre volte, invece, il rispetto e segnatamente il rinvio al legislatore, da parte del Giudice delle leggi, sono il segno di una paura ad intervenire, di una vera e propria resistenza a estrapolare dal “testo” della Carta il “meta-testo costituzionale”, che pure essa implicitamente contiene. Emblematici – fra i tantissimi esempi di rinvio alla c.d. “discrezionalità del legislatore” (fenomeno su cui forse non si è riflettuto abbastanza) – sono: *a*) il caso, ormai lontano, della sentenza Lautsi sul crocifisso del 2009, dove la Corte – invocando un cavillo formale – si è letteralmente lavata le mani di una questione che era invece squisitamente costituzionale, o *b*) il caso recentissimo della sent. n. 84/2016 sugli embrioni crio-congelati inutilizzabili⁹. Sono entrambi clamorosamente indicativi di una Corte costituzionale che non è affatto “interventista” *per principio*. Al contrario, come dicevo, se può, la Corte cerca di risparmiarsi “rogne”: quando le è consentito dal contesto, tende comodamente anzi “lavarsi le mani” dei giudizi più delicati e politicamente impegnativi. Insomma, il Giudice delle leggi interviene – magari, per usare un linguaggio calcistico, “a gamba tesa” – solo quando è irrimediabilmente *costretta* dal contesto politico-costituzionale. Alcune volte ci riesce bene, altre meno.

⁸ La bibliografia sul punto è molta. A sostegno della scelta della Corte, sia consentito rinviare al mio: *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it (9 settembre 2013) e in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di I. Nicotra e F. Giuffré, Milano 2014, 327 ss.

⁹ Per approfondimenti su entrambi i casi, mi permetto di rinviare, rispettivamente, a: *La sentenza “Lautsi” sul Crocifisso: summum jus summa iniuria? (Nota a Corte europea dei diritti dell’uomo. Sentenza 3 novembre 2009, Affaire Lautsi c. Italie, ric. 3014/06)*, in DPCE, I/2010, 198 ss., e *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a sent. cost. n. 84/2016), in *Biolaw Journal*, n. 2/2016, 253 ss.

Per questo – almeno a mio avviso – probabilmente non è tanto la Corte costituzionale che va sottoposta a controlli e critiche da parte della dottrina, quanto gli organi di indirizzo politico, che evidentemente non sanno, o comunque non riescono a svolgere, fino in fondo e adeguatamente, le proprie funzioni. La questione, sotto questo profilo, quindi non riguarda tanto la Corte costituzionale (che, nelle sue decisioni, necessariamente “pendola” fra giurisdizionalità e politicità), quanto Governo e Parlamento, che dovrebbero stare di più “sotto i riflettori” della corporazione dei giuristi. Insomma, forse è venuto il momento di interrogarci non più tanto, e per l’ennesima volta, sulle funzioni dei tribunali costituzionali, ma di chiederci se, al di là delle note carenze di *expertise* delle classi politiche, non occorra immaginare – e questo riguarda soprattutto l’Italia anche dopo l’ultimo referendum costituzionale – profonde *riforme* volte a “costringere” gli organi di indirizzo a “scegliere” e “decidere”, assumendosi le proprie responsabilità, senza “scaricare” sui giudici, Corte compresa, le loro omissioni.

4. L’incredibile panopia di “tipologia di decisioni” come strumento discrezionale di *auto-normazione* dei tribunali costituzionali ed in particolare della Corte italiana

Si accennava prima (§ 1) al doveroso rispetto del principio di “coerenza” da parte della Corte costituzionale italiana, non solo ovviamente “nel merito” delle decisioni assunte (i *revirements* di giurisprudenza dovendo avere carattere più che eccezionale), ma sul piano più strettamente “procedimentale”, ricordandosi in tal modo la necessità che la Corte rispetti *sempre* le regole del processo costituzionale. Tali regole, infatti, per un verso o per l’altro costituiscono la prova che l’istituzione-Corte – chiamata eventualmente a sanzionare l’operato del Parlamento, unico organo di legittimazione popolare nel nostro ordinamento – sia pur sempre, alla fine, un «giudice», per quanto specialissimo e molto politico, viste le particolari funzioni svolte: appunto, di «giudice delle leggi»¹⁰.

Insomma, accanto ovviamente alle disposizioni costituzionali – nello stesso tempo tesoro da custodire “per” la Corte e fonte di giustificazione per l’esistenza “della” Corte – anche le regole sub-costituzionali del processo costituzionale sono decisamente importanti: pure le regole processuali infatti – ossia il “modo” cui la Corte lavora – “legittimano” l’operato del Giudice delle leggi. Costituiscono, se si permette il giuoco di parole, il «presidio di garanzia dell’organo di garanzia» anche per gli altri operatori giuridici, che grazie ad esse, sanno che l’organo di garanzia eserciterà poteri *discrezionali*, sì, ma non *arbitrari*.

Riprendo, ora, ma con accezione “diversa”, la distinzione fra *auto* ed *etero-normazione*. Se una parte delle “regole processuali” che disciplinano il lavoro della Corte è espressione di *etero-normazione*, ossia è

¹⁰ È nota la giurisprudenza sul punto: si ricorda, fra altro, che la Corte – pur escludendo di essere un organo giudiziario, pur speciale (sent.ze nn. 13/1960 e spec. 536/1995) – alla fine riconosce a se stessa la natura di giudice, e segnatamente di giudice *a quo* (ord.ze nn. 22/1960, 225-297/1995, 183-197/1996, 42-156-288/2001, ecc.).

determinata dal legislatore costituzionale e dal legislatore ordinario, invece un'altra parte di tali regole è espressione di *auto-normazione* della stessa Corte costituzionale, anche sotto forma di prassi e/o consuetudine giurisprudenziale. In breve – a prescindere dalla classica e nota questione del «*Quis interpretabit?*», ossia dell'aporia logica secondo cui il garante della Costituzione ne è anche l'interprete prevalente e comunque definitivo, per ciò stesso svincolandosi dalla Carta¹¹ – quel che qui si cerca di segnalare è che la Corte ha (nel senso che, nel corso del tempo, *si è data*) molti, e significativi, margini di autonomia processuale.

Probabilmente la massima espressione di tale autonomo potere “processuale” della Corte costituzionale è offerta dall'impressionante, starei quasi per dire incredibile, panopia di “tipologia di decisioni” da lei create e, quindi, a sua disposizione. Per la verità, il fenomeno qui accennato, come si sa, è piuttosto diffuso e riguarda molti tribunali costituzionali, ma esso ha assunto in Italia un picco forse ineguagliato altrove.

Ricordo, senza pretesa di completezza, fra le pronunzie:

- accoglimento; rigetto.
- interpretative di rigetto e di accoglimento.
- formalmente processuali.
- di “inammissibilità”, che lasciano però trasparire il merito (c.d. inammissibilità vestita).
- *manipolative nello spazio, addirittura della Costituzione (o di revisione costituzionale)*, quindi *creative* di “nuove” norme costituzionali¹². Si pensi alle decisioni su: i nuovi limiti all'ammissibilità del *referendum* interamente inventati dalla Corte (v. spec. sent. n. 16/1978); all'introduzione di un giudizio costituzionale diffuso – non previsto dalla Carta – di disapplicazione giudiziale diretta delle leggi in contrasto con norme comunitarie auto-applicative (sent. n. 170/1984); all'individuazione dei “controlimiti” anche nel diritto internazionale consuetudinario (n. 238/2014). In questi casi (manipolative dello stesso testo costituzionale), la Corte finisce per assomigliare un po' alla Corte suprema americana nella sua veste di *costituente permanente*.

¹¹ Sull'“aporia logica” indicata nel testo sia consentito rinviare a A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, spec. 395 ss. Sui notevoli margini di autonomia processuale conquistati nel tempo dalla Corte, e sulla necessità di una razionalizzazione delle relative fonti, cfr. AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Torino 1996 (nonché, se si vuole, *infra*, il mio *Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interno della Corte costituzionale*, 55 ss., pure in *Quad. cost.*, n. 1/1996, 127 ss.).

¹² La formula «pronunzie di revisione costituzionale» è di A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 169. Non molto diverso il punto di vista di G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1981, I, 1684, secondo cui la Corte crea, in tal modo, vere e proprie «nuove norme di rango costituzionale», ma v. anche E. CHELI - F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2007, 55 ss.

- *manipolative nello spazio, ma del testo di legge impugnata*. In questo caso, com'è noto, distinguibili in: *a)* di accoglimento parziale o riduttive; *b)* additive; *c)* additive di principio (con e senza termine); *d)* sostitutive.
- *manipolative nel tempo: a) per il passato*, distinguibili in *a₁)* incostituzionalità differita e *a₂)* incostituzionalità sopravvenuta: si pensi alla contestatissima sentenza sull'illegittimità del sistema elettorale: n. 1/2014, e ora alle più recenti, anch'esse assai contestate, sent.ze nn. 10/2015 (c.d. sentenza Cartabia), sulla Robin Hood tax, e 178/2015, sul blocco della contrattazione del pubblico impiego, che azzerano la naturale retroattività degli effetti delle pronunzie costituzionali e, con ciò, derogano alla stessa incidentalità del processo costituzionale.
- *manipolative nel tempo: b) per il futuro*, distinguibili in *b₁)* sentenze-indirizzo e *b₂)* decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Si pensi a leggi considerate legittime perché transitorie (n. 112/1993) o perché adottanti provvedimenti leciti solo per l'eccezionalità della crisi economica (nn. 223/2012 e 87/2013). Nell'ipotesi di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", la Corte opera un salto logico fra motivazione e dispositivo, riconoscendo chiaramente *nella motivazione*, ma non *nel* dispositivo, l'incostituzionalità della normativa: si segnala, fra le altre, la n. 85/2015.
- *c.d. «sentenze miste»*, che danno vita ad un'applicazione combinata di tecniche diverse, distinguibili in «a dispositivo multiplo», quando si limitano a *cumulare* più effetti [si pensi alle nn. 225-247/2009 (che hanno 30 capi di dispositivo: "dichiara", "dichiara", ecc.!) e 232/2009 (che ha ben 42 capi di dispositivo: "dichiara", "dichiara", "dichiara", ecc.!) o «miste in senso stretto», quando addirittura *mescolano* tecniche ed effetti (si pensi alle sostitutive e additive di principio per deficit di flessibilità: anche 239/2014, 48/2015)¹³.

Questa ricchezza di tipologia di decisioni *di fatto* "permette" alla Corte di non essere sempre rigorosamente coerente con sé stessa. E si può ben comprendere che, su questo piano, l'intreccio fra tecniche processuali e valutazioni di merito, alla fine, appare inscindibile.

Per esempio, *prima* – con le c.d. sentenze gemelle nn. 348-349/2007 il Giudice delle leggi riconosce alle decisioni della Corte EDU la natura di "norme interposte", e dunque di parametro costituzionale, ma *poi* – con la n. 49/2015 – le considera vincolanti solo se c'è «giurisprudenza consolidata» o se si tratta di una «sentenza-pilota». Così pure, nel caso di decisioni che comportano spese, e che quindi «hanno un costo», ora in un caso la Corte si ispira a prudenza (n. 10/2015, c.d. sentenza Cartabia), ora invece, in un altro

¹³ La più approfondita riflessione su quest'ultima tipologia di pronunzie è di C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Per una nuova prospettiva di studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013.

caso ma nello stesso anno, incide pesantemente sul bilancio dello Stato, senza nemmeno citare l'art. 81 (n. 70/2015, c.d. sentenza Sciarra).

Insomma, la possibilità di cambiare idea, e quindi una certa disarmonicità di orientamento, più l'effetto combinato di manipolazioni nel tempo e nello spazio, usando le più svariate tecniche decisorie, permette al Giudice delle leggi addirittura di azzerare la naturale retroattività degli effetti delle pronunzie costituzionali [cfr. ancora, per certi versi, le nn. 1/2014 (sentenza sul sistema elettorale c.d. *porcellum*) e 178/2015 (sul blocco della contrattazione nel pubblico impiego: di incostituzionalità sopravvenuta, ma in realtà differita, per “consolidamento temporale” del sacrificio contestato, divenuto troppo prolungato)], con ciò, derogando alla stessa incidentalità del processo costituzionale [cfr. spec. la n. 10/2015 (sulla Robin Hood tax)], con una capacità di manovra e un tasso di discrezionalità – si badi: nel duplice senso di *self restraint* o, viceversa, di *self activism* – ormai amplissimi e non necessariamente coerenti.

5. Due possibili rimedi – *ad intra* e *ad extra* – al rischio di un eccesso di “supplenza” della Corte

Le osservazioni testé svolte confermano, ove ve ne fosse ancora bisogno, che più in generale i tribunali costituzionali, e certo non ultima la Corte italiana, senza ormai alcun dubbio hanno un ruolo risolutivo e apicale negli ordinamenti liberaldemocratici. In quanto “organi di chiusura”, sono – direbbe Paolo Barile¹⁴ – i veri “sovrani” del sistema, al punto che si tende a qualificare lo Stato costituzionale contemporaneo come Stato giurisdizionale, dove “giurisdizionalità” significa anche forte “discrezionalità” e, quindi, piaccia o no, pure *politicità* dell'operato dei giudici e segnatamente dei tribunali costituzionali¹⁵. Naturalmente i giudici costituzionali non sono “sovrani”, né pervengono sempre a decisioni perfette e condivisibili, si noti: sia sul piano *processuale* che *politico*. Insomma, come icasticamente constataba il giudice della *Supreme Court* R.H. Jackson: «Non abbiamo l'ultima parola perché siamo infallibili, ma siamo infallibili solo perché abbiamo l'ultima parola».

In questa situazione, com'è noto, una parte della dottrina tende a criticare gli eccessi della Corte costituzionale, invitandola a ritornare nei ranghi, a un maggiore *self-restraint* anche nell'uso delle tecniche decisorie¹⁶. Un'altra parte della dottrina, invece, considera una *culpa felix* questa capacità della Corte costituzionale italiana di ritagliarsi spazi, piuttosto disinvoltamente, di fronte all'inerzia degli altri poteri: proprio grazie ad un uso accorto delle tecniche decisorie, essa comunque ha svolto una coraggiosa opera

¹⁴ Cfr. P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano. Implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957, 907 ss.

¹⁵ Su tale discrezionalità, acutamente, già M. CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova 1958, 85 ss., ma v. *passim*.

¹⁶ Fra i molti, ricordo, per es., M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, n. 2/2006, 1643 ss.

«di “bonifica” costituzionale della *legislazione*»¹⁷. Personalmente concordo con questo secondo orientamento, ma credo che non si possa più tollerare che le continue lacune ed omissioni soprattutto del potere legislativo vengano colmate grazie all’attività di supplenza della Corte costituzionale, esercitata per lo più appunto “inventando” *tecniche decisorie* per cercare di risolvere i problemi che la classe politica *non riesce o non vuole* risolvere.

Bisogna dunque ammettere che forse abbiamo preteso troppo dalla Corte costituzionale. Come si diceva prima (§ 3), la soluzione del problema di un’eventuale eccesso di *politicità* della Corte non va ricercata sul piano degli “effetti” (pronunzie costituzionali), ma delle “cause” (inerzia o incapacità politico-legislativa del tandem Governo/Parlamento). Del resto, è evidente che «non si può chiedere a quindici uomini quello che invece si deve pretendere da quasi mille parlamentari»¹⁸.

Restando sul piano degli effetti, tuttavia, è possibile immaginare qualche *rimedio* al rischio di un eccesso di “supplenza” della Corte italiana o, come forse sarebbe meglio dire, qualche strumento che “aiuti” il nostro Giudice delle leggi, sovraccarico di lavoro e ormai giunto al limite estremo di discrezionalità cui ragionevolmente può pervenire un tribunale costituzionale. Ne indico molto velocemente due.

Uno, *ad intra*, è l’introduzione delle *dissenting e concurring opinion*, ingiustificatamente oggetto costante di diatribe dottrinali: in tal modo, le pronunzie – ed in particolar modo le motivazioni – sarebbero scritte meglio, senza troppi e difficili compromessi fra posizioni discordanti accomunate da un’ipocrita collegialità. L’effetto di trasparenza “politica” che ne discenderebbe sarebbe, a mio avviso, salutare. La riforma potrebbe avvenire tramite modifica della l. n. 87/1953 o addirittura tramite regolamento interno¹⁹.

Un secondo rimedio, questa volta *ad extra*, potrebbe essere una *razionalizzazione* dell’enorme panoplia della *tipologia delle decisioni* costituzionali, che la Corte – da sola – probabilmente non è più in grado di fare. E questo è un compito che spetta soprattutto al legislatore, probabilmente “costituzionale”.

Tali rimedi non sarebbero forse risolutivi, ma certo attenuerebbero le annose critiche sulla correttezza dell’oscillazione del pendolo fra *politicità* e *giurisdizionalità* nelle pronunzie della Corte costituzionale.

¹⁷ Così, lucidamente, G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. (pubb.)*, IX, Torino 1994, 32.

¹⁸ Così G. BRANCA, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna, 1978, 446.

¹⁹ Fra gli altri, un autorevole sostegno a questa tesi viene ora da G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale vista da vicino*. Intervista di D. Tega, in *Quad. cost.*, n. 3/2014, 757 s.

6. Carattere fisiologico, e non patologico, della doppia natura – *politica* e *giuridica* – della “giurisdizione costituzionale”. Conseguente necessità di un equilibrio fra “più” legittimazioni del potere

Il ricordato *pendolo* fra politicità e giurisdizionalità non esprime, a mio parere, una patologia, ma è invece, in qualche modo, “fisiologico” agli ordinamenti costituzionali contemporanei, almeno in quelli caratterizzati dalla presenza di organi di garanzia costituzionale accentrati.

Nel caso italiano, direi che l’oscillazione rientra nell’*equilibrio dinamico* che storicamente ha assunto il nostro sistema costituzionale, dove non a caso fisiologico è anche l’analogo ruolo di “supplenza” di un altro organo di garanzia: il Capo dello Stato, sia pure in un altro contesto e con altri poteri. Fermo restando il dato che “tutti” gli atti degli organi di garanzia (Presidente e Corte) sono politicamente rilevanti, non foss’altro per gli effetti politici che essi producono, questa possibilità che anche gli atti della Corte talvolta abbiano una maggiore connotazione politica – beninteso: quando adottati “in carenza” degli organi di indirizzo – a me pare un segno che il sistema di *pesi e contrappesi* italiano, nonostante difetti ed imperfezioni, complessivamente funzioni.

Pensare oggi, a maggior ragione in un quadro così complesso di costituzionalismo multilivello, che la Corte costituzionale italiana – ma quanto dico vale per tutte le Corti costituzionali (*Bundesverfassungsgericht*, *Tribunal Constitucional*, forse anche il *Conseil Constitutionnel*) – possa essere il legislatore negativo, il *negative Gesetzgeber* di kelseniana memoria è, a mio avviso, del tutto teorico e irrealistico, quindi un po’ ingenuo. Che ci piaccia o no, le Corti sono ormai diventate – n.b.: non sempre ma spesso – delle “terze camere”, degli *Überparlament*²⁰.

Al di là dei casi di eccessi giurisprudenziali – che certo non mancano e che è bene che i costituzionalisti di volta in volta rilevino e critichino – a me pare che debba piuttosto cogliersi la linea di tendenza generale, in una prospettiva di *equilibrio* fra le tre legittimazioni che reggono i sistemi costituzionali contemporanei, come da tempo insisto a dire: la legittimazione *democratica*, quella *scientifica* e quella *costituzionale*. Che talvolta prevalga la legittimazione politico-costituzionale, ammantata di giuridicità sotto forma di giurisdizione costituzionale, su quella politico-democratica, non mi sconvolge troppo: rientra nel ricordato sistema di pesi e contrappesi che, alla fine, fa funzionare l’ordinamento senza irrigidirlo pericolosamente. Guai se ci fosse una sola legittimazione del potere: se avessimo solo la legittimazione politico-democratica, il sistema degenererebbe in *populismo*/oclocrazia/demagogia; se avessimo solo la legittimazione scientifica,

²⁰ Constatavo questo dato di fatto già molti anni addietro: cfr. il mio *Di una Corte che non si limita ad “annullare” le leggi, ma “corregge” il legislatore e, dunque, “scrive” –... o “riscrive” per intero – le leggi. (Il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2000, 337 ss.

degenererebbe in *tecnocrazia*; se avessimo solo la legittimazione costituzionale, degenererebbe in una forma di clerico-crazia/*aristocrazia* (dei giudici costituzionali). Soltanto un equilibrio fra le 3 legittimazioni rende possibile il funzionamento, pur imperfetto, dello “Stato costituzionale”. E tale equilibrio appare naturalmente instabile: ora prevale la legittimazione democratica, ora quella scientifica, ora quella costituzionale.

Con l’eccezione forse della legittimazione scientifica (dove pure è innegabile la presenza di effetti politici nelle scelte scientifiche, soprattutto per i connessi risvolti tecnologici), l’esistenza di una connotazione “politica” degli atti adottati, palese o implicita, è sempre presente nel caso delle legittimazioni democratica e costituzionale.

In particolare – ci piaccia o meno – le scelte, quindi le decisioni, della giurisdizione costituzionale (ossia le pronunce della Corte) sono *politiche*, sia pure *espresse in forma giurisdizionale*, semplicemente perché, ribadisco ancora una volta, l’oggetto della Costituzione è la politica. E poiché la Carta non è politicamente *wertfrei*, o politicamente *indifferent aux valeurs*, anche il custode-giudice della Carta non può esserlo. La c.d. *neutralità* degli organi di garanzia costituzionale non è, né può significare, *a-politicità*.

Per questo, pretendere che la Corte sia un giudice freddo e asettico, astrattamente rinchiuso nella torre d’avorio giuridica dei suoi stretti limiti procedurali, tradirebbe la sua funzione di custode concreto, reale – diciamo pure: *politico*, oltre che giurisdizionale – della Carta e dei suoi valori. La Corte, infatti, è chiamata a confrontare – sia pure usando le categorie giuridiche della giurisdizione – i valori *politici* espressi nelle leggi con i valori politici *espressi*, nomologicamente per lo più in forma di principi, nella Costituzione.

Certo, usando le categorie logiche del diritto, il tasso di “razionalità” presente nelle pronunzie della Corte è – o dovrebbe essere – più alto di quello delle decisioni politiche *tout court*. Ma immaginare, per questo, che la *giurisdizione* costituzionale non sia, in qualche modo e inevitabilmente, anche *politica*, mi pare un’ingenuità, se non addirittura la negazione di un’evidenza.