

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE
E IDEALE DEMOCRATICO
(QUESTIONI TEORICHE ED ESPERIENZE ITALIANE)

di Massimo LUCIANI (*)

1. «Ce qui m'étonne le plus, c'est que l'on donne à cette occasion le sentiment que certaines dispositions de la loi votée par le Parlement pourraient être contraires aux droits fondamentaux et aux libertés publiques. Cela, je ne peux pas l'imaginer». Con queste parole, in un'intervista a *Le Figaro* di circa un anno fa, il Presidente del Senato francese Alain Poher liquidava il progetto governativo di riforma del Conseil constitutionnel, che — se approvato — avrebbe ampliato la tipologia delle modalità d'accesso alla giustizia costituzionale, introducendo una sorta di sindacato successivo (incidentale) delle leggi ordinarie da affiancare a quello preventivo già previsto dalla Costituzione del 1958. Parole dette solo un anno fa, ma che sembrano riemergere da un passato lontano e ormai dimenticato, nel quale era davvero un'eresia anche il solo «immaginare» che il legislatore potesse ledere i diritti fondamentali dei cittadini, visto che la legge si poneva allo stesso tempo come la fonte esclusiva e come l'esclusiva misura della legalità. Assai più avanti, tuttavia, ha camminato la storia. Assai più avanti è andato il processo impetuoso che un po' in tutto il mondo ha portato sia alla proliferazione degli organi di giustizia costituzionale, sia alla giurisdizionalizzazione di quegli organi di controllo che proprio come il Conseil francese — non erano stati concepiti, inizialmente, come veri e propri «giudici». Come ha detto giustamente (sempre in una intervista al *Figaro*) il Presidente dello stesso Conseil, Robert Badinter, «la force des choses» è stata irresistibile, e le cautele delle originarie previsioni normative sono

(*) Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Perugia.

state travolte dall'esigenza di far fronte ad una nuova realtà dei rapporti sociali ed istituzionali.

Ma qual è stata quella «forza delle cose»? E perché ha dovuto entrare in campo affinché il processo di sviluppo della giustizia costituzionale potesse concretamente attivarsi e proseguire? La risposta al secondo interrogativo è logicamente preliminare a quella che deve essere data al primo, ed è dal tentativo di trovarla che mi sembra opportuno cominciare a muoversi.

2. Gli organi di giustizia costituzionale, abbiamo già visto, non sono più quella «bizzarria» di cui parlò incautamente Togliatti, e «bizzarri» finiscono semmai per sembrarci, oggi, tutti quei sistemi che — magari in virtù dell'integrale accettazione dei principi del «modello Westminster» — non solo non conoscono il sindacato accentrato, ma rifiutano qualunque controllo di costituzionalità delle leggi (e in genere degli atti politici espressione al massimo livello della sovranità) che venga esercitato in forma giurisdizionale. Iscritti di forza dalla storia nell'esclusivo club degli organi costituzionali, le Corti e i Tribunali continuano però a distinguersi dagli altri soci per la difficoltà che tuttora incontrano ad essere inquadrati con precisione nell'ambito della forma di governo, soprattutto perché la giustificazione della loro stessa esistenza non riesce ad essere autoevidente. Al contrario di quanto accade per gli altri organi costituzionali (fatta parziale eccezione per il capo dello Stato nei sistemi parlamentari), quella giustificazione è pur sempre problematica, non essendo mai incorporata nel principio fondativo della forma di governo, quale che esso sia.

Il problema della propria legittimazione non riguardava, certo, il monarca reggitore dello Stato assoluto. Espressione e personificazione politica dell'unità del corpo sociale, la sua legittimazione ad esistere e ad esercitare i poteri sovrani era evidentemente fuori discussione. Né hanno a che fare con simili questioni i Parlamenti contemporanei. Il conferimento ad essi — attraverso il voto — della legittimazione democratica rende affatto peregrino qualunque interrogativo di questo genere. E dubbi non si pongono, ora come allora, sulla essenzialità delle funzioni svolte dal monarca o dalle assemblee rappresentative nel quadro dei rispettivi assetti istituzionali. Tutt'al contrario le Corti costituzionali — e addirittura la stessa funzione oggettiva della giustizia costituzionale — hanno sempre incontrato gravi difficoltà, su questi terreni. Per dimo-

strarlo, possiamo anche limitarci a considerare il solo esempio americano, che mi sembra di per sé illuminante. Gli Stati Uniti sono infatti la patria del sindacato di costituzionalità e, sebbene questo sia stato strutturato nella specifica forma del controllo diffuso, del *judicial review of legislation*, esso ha tuttavia finito, nel corso dei decenni, per avvicinarsi grandemente a quello accentrato in conseguenza della forte spinta impressa dalla crescita costante del ruolo della Corte Suprema, agevolata dal vincolo al precedente e alle pronunce del giudice superiore. Si tratta dunque di una esperienza di interesse decisivo, sotto qualunque profilo la si consideri.

Ebbene, il fascino del sindacato di costituzionalità si è fatto sentire, nel sistema americano, da moltissimo tempo. Un primo esempio di organo con funzioni di controllo di costituzionalità viene da molti individuato già nel *Council of censors* previsto dalla Costituzione della Pennsylvania del 1776.

Si tratta, però, di un esempio che pare essere in larga misura poco calzante. Come l'analogo — ma meno noto — istituto introdotto dalla Costituzione del Vermont dell'anno successivo, il Council non si limitava ad esercitare solo funzioni di garanzia della Costituzione (verificando ogni sette anni che essa fosse stata «preserved inviolate in every part»), ma era protagonista anche del procedimento di revisione costituzionale, godendo del potere esclusivo di convocare la *Convention* competente ad adottare le modifiche della Costituzione. Proprio l'ambigua sovrapposizione di una competenza decisionale essa stessa immediatamente politica alle competenze attinenti al controllo sulle decisioni politiche altrui segnerà il destino dell'organo, incapace — per vizio d'origine — di assumere il ruolo e la veste di vero e proprio giudice costituzionale. Non a caso, i «veri» giudici costituzionali o non entrano nel procedimento di revisione (limitandosi semmai a controllarne i risultati), o vi sono coinvolti con compiti che restano sempre di semplice garanzia e di controllo.

L'evidenza delle difficoltà che negli Stati Uniti la giustizia costituzionale ha incontrato per la propria affermazione non viene meno se da quei primitivi esperimenti passiamo a considerare lo scenario aperto dal caso *Marbury vs. Madison* del 1803, che tutti senz'altro conoscerete e che avrete visto ricordato da chiunque si occupi di giustizia costituzionale. Che *Marbury vs. Madison* non avesse affatto sciolto tutti i dubbi, che non fosse stato in grado di far

venire meno tutte le difficoltà, ce lo ricorda uno studio notissimo, un saggio nel quale, secondo Felix Frankfurter (come certo saprete, uno dei protagonisti della Corte Warren, della grande «Corte delle libertà civili»), si trovano le trenta pagine del diritto costituzionale americano che dovrebbero essere salvate a tutti i costi e tramandate ai posteri. Lo studio cui Frankfurter si riferiva era stato pubblicato sulla *Harvard Law Review* del 1893 da James Bradley Thayer e si intitolava *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. Ebbene, cos'è che ci ricorda Thayer? Semplicemente, che ancora nel 1893, a ben novant'anni di distanza dalla storica decisione della Corte Suprema che fissò il principio della controllabilità delle leggi da parte dei giudici, i problemi per l'effettiva affermazione di quel principio rivoluzionario nel sistema americano sono ben lontani dall'essere svaniti.

Già subito dopo *Marbury vs. Madison* le reazioni di rigetto sono evidenti: Thayer cita ad esempio le vicende che fra il 1807 e il 1808 portarono all'*impeachment* di alcuni giudici dell'Ohio che avevano appunto assoggettato al *judicial review*, al controllo di costituzionalità, alcune leggi votate dal Parlamento di quello Stato. L'idea della incondizionata sovranità della legge, il postulato della sua intangibilità da parte di qualunque organo privo di legittimazione democratica, non sono stati ancora definitivamente travolti. Anche più tardi, quando il principio della sindacabilità delle leggi finisce per essere accettato, è sempre la cautela, che domina. Ancora Thayer rammenta alcune opinioni dei giudici Charlton e Tilghman, che rappresentano bene lo spirito di questa nuova fase. Al centro di quelle posizioni (che lo stesso Thayer condivide) sta il convincimento che la legge possa essere dichiarata incostituzionale solo nel caso in cui non vi sia alcun ragionevole spazio di dubbio sulla sua illegittimità (*no room for reasonable doubt*). Perché la legge sia dichiarata invalida, insomma, occorre che la sua legittimità sia da escludere sotto qualunque profilo: in caso contrario, se esiste anche un solo, lontano dubbio, il giudice si deve arrestare e non può pronunciarsi nel senso della incostituzionalità. Come si vede, in questo modo il principio della controllabilità delle leggi, pur formalmente accettato, viene in realtà contenuto entro confini così ristretti che si finisce per svuotarlo di significato. È evidente infatti che se solo la certezza assoluta della illegittimità della legge può fornire al giudice il potere di dichiararne l'incostituzionalità, la funzione che egli esercita diviene del tutto marginale. La legge,

assistita da una sorta di presunzione di legittimità, viene posta in una condizione di tale privilegio, che solo in casi di assoluta eccezionalità il sospetto di illegittimità costituzionale riesce a tradursi in concrete conseguenze sanzionatorie.

Questo criterio del dubbio ragionevole, destinato ad avere un notevole successo nella letteratura costituzionalistica americana e ancora oggi seguito da alcuni studiosi, si radica probabilmente nel timore del «governo dei giudici» e nella volontà di conservare al potere politico la preminenza sul giudiziario, facendone davvero (per seguire la fortunata formula diffusa da Alexander Bickel) il *least dangerous branch*. Con una espressione colorita e significativa, Thayer ammonisce che il giudice «must not step into the shoes of the lawmaker»: i giudici non possono e non debbono farsi, cioè, legislatori. Vero è, però, che se alla base dell'opzione in favore del criterio del dubbio ragionevole c'è l'esigenza di far valere la separazione tra la funzione di legiferazione e quella di controllo, la soluzione prescelta sembra essere alquanto eccessiva, visto che per impedire al giudice di invadere la sfera di competenze spettante al legislatore non è affatto necessario limitare le declaratorie di incostituzionalità ad evenienze del tutto eccezionali. L'autore che ci ha guidato in questo brevissimo viaggio attraverso le origini dell'esperienza americana del controllo di costituzionalità non rileva, per la verità, alcuna contraddizione nella deduzione del criterio del dubbio ragionevole dal principio di separazione tra legislativo e giudiziario. Ma questo dipende semplicemente dal fatto che del criterio del dubbio ragionevole lo stesso Thayer offre una lettura a dir poco moderata, che finisce per risolversi quasi nel suo stesso rovesciamento. Per Thayer, infatti, si deve ritenere costituzionalmente legittima qualunque legge che disponga in conformità dei principi di ragione: nel mondo della legge — in sintesi — tutto ciò che è razionale sarebbe, allo stesso tempo, costituzionale. Il che, a ben vedere, è cosa davvero assai diversa dal dire che una legge può essere dichiarata incostituzionale solo se non vi è il dubbio che — al contrario — essa sia priva di vizi. Quella «presunzione di legittimità» che inevitabilmente si lega a questa affermazione di principio scompare del tutto, quando si instaura il collegamento tra legge e ragione. E si aprono anzi scenari sconfinati, per il controllo di costituzionalità. Al di là delle intenzioni di chi concepisce la verifica del rispetto dei confini *di ragione* da parte della legge come una sorta di controllo esterno su quest'ultima, il passo è davvero

breve perché si finisca per approdare rapidamente al controllo interno sulla *ragionevolezza* della legge. Un passo, ripeto, assai breve secondo logica e teoria, ma che riuscirà ad esser tale anche di fatto solo di là dall'Atlantico. In Europa, invece, le cose andranno assai diversamente.

3. In quello stesso torno di tempo (gli anni a cavallo tra la fine del '700 e l'inizio dell'800) l'atmosfera per l'affermazione del controllo giudiziale di costituzionalità è ancora meno favorevole, in Europa, di quanto non fosse negli Stati Uniti. In Inghilterra, sono quelli gli anni in cui il parlamentarismo comincia a fondare se stesso, mettendo radici in un terreno istituzionale ancora disseminato di insidie e di pericoli. Il problema, per il nuovo modello di forma di governo che tenta di affermarsi, è la rottura del potere del sovrano, è l'iscrizione dell'assemblea rappresentativa al centro del sistema politico-istituzionale. Non c'è alcuno spazio per la questione dei controlli: la via obbligata per la distruzione del potere del monarca è l'integrale affermazione del principio della sovranità della legge, e questa non può incontrare limiti od ostacoli.

L'introduzione di un sistema di controlli è insomma un lusso cui, adesso, non è possibile pensare. Oltretutto, ritenere ammissibile il controllo sulla legge è, in questa fase, politicamente molto rischioso, se è vero che sembra riaprire la porta proprio a ciò che si vorrebbe cancellare, e cioè ad un principio fondativo della sovranità diverso da quello democratico. Certo non a caso, in America il controllo di costituzionalità si afferma solo dopo l'indipendenza, solo *dopo la scomparsa del monarca*. Soltanto allora, soltanto quando la sovranità è saldamente nelle mani dell'assemblea rappresentativa, si può pensare di temperarne l'esercizio introducendo una forma di controllo: solo un Parlamento forte non arrischia se stesso se ammette d'essere controllato. E se in Inghilterra il controllo di costituzionalità resta sconosciuto ancora ai nostri giorni, anche molto tempo dopo che il monarca ha finito di rappresentare un pericolo per il Parlamento, lo si deve soltanto al fatto che il «modello Westminster» (la cui analisi e critica più accurate si debbono — è opportuno rammentarlo — ad A.Lijphart) non è in grado di funzionare che attraverso una rigida e meccanica applicazione del principio maggioritario, senza limiti e ammorbidimenti.

In Europa continentale non è che — sempre negli anni a cavallo tra il diciottesimo e il diciannovesimo secolo — le cose

vadano gran che meglio, per il controllo di costituzionalità. Se possibile vanno, anzi, addirittura peggio. Qui, la teoria politica e la pratica istituzionale mettono a disposizione soltanto due quadri di riferimento alternativi, entrambi sfavorevoli all'affermazione del controllo di costituzionalità delle leggi: da un lato quello disegnato dalla forma di governo della monarchia costituzionale; dall'altro quello ipotizzato dalle riflessioni del pensiero democratico, che muove proprio ora i primi, veri passi. Che nella monarchia costituzionale non vi sia spazio per il giudizio sulle leggi è stato ormai dimostrato tanto sul terreno teorico (penso soprattutto a quanto ha scritto Gustavo Zagrebelsky nella sua *Giustizia costituzionale*) che sul piano storico (ricordo il recente studio di Luther sulle origini del sindacato di costituzionalità). In effetti, l'irriducibile dualismo (monarca da un lato, assemblea rappresentativa dall'altro) che segna indelebilmente quella forma di governo la rende incapace di trovare un qualunque equilibrio stabile tra i due poli che la caratterizzano, votandola ad una continua oscillazione del pendolo tra la prevalenza dell'uno e quella dell'altro potere. La giustizia costituzionale, che alla ricerca dell'equilibrio è invece votata, non ha dunque alcuna possibilità di affermazione. Del resto, fondati su principi ideali assolutamente opposti, quei due poli non sono in grado di tollerare l'intromissione di un terzo estraneo che si arroghi il potere di sindacare gli atti dell'uno o dell'altro: in presenza di una così radicale opposizione, nessun intervento di soggetti terzi sarebbe in grado non solo d'essere, ma addirittura di presentarsi davvero come «neutrale». Per quanto riguarda lo scenario che comincia ad aprirsi con lo sviluppo del pensiero democratico, potrei in sostanza ripetere — mutando ovviamente ciò che va mutato — le cose già dette a proposito del rapporto tra nascita del parlamentarismo e giustizia costituzionale. Anche qui, l'esigenza di affermare il principio democratico, eversivo del vecchio ordine delle cose, si mostra tanto forte ed assorbente che l'idea stessa di un limite al pieno dispiegamento della sovranità popolare risulta improponibile. La giustizia costituzionale, formidabile ostacolo all'esplicazione della sovranità attraverso la legge, è del tutto incompatibile con le ragioni che — *statu nascenti* — sorreggono il nuovo principio. Non è dunque casuale che le pagine più deboli di tutto il Contratto sociale siano quelle che Rousseau dedica all'ipotesi di istituzione del «Tribunato». Di una magistratura particolare, cioè, che «non fa corpo con le altre» ed è chiamata a ricondurre «ogni

termine (della forma di governo) nel suo vero rapporto», garantendo l'armonia tra i vari organi supremi e assicurando che ciascuno di essi si mantenga nel solco tracciato dalla Costituzione. Proprio Rousseau — pur non confessandolo — si rende perfettamente conto della assoluta estraneità di un organo di questo genere ad un modello di forma di governo nel quale la fonte della legittimazione è solo ed esclusivamente la volontà popolare. Il «Tribunato», chiamato a svolgere quella funzione di moderazione della volontà politica che è tipica degli organi di controllo, non può in alcun modo contare su di una simile legittimazione, ed è perciò perfettamente logico e conseguente che Rousseau finisca per concludere nel senso che quell'organo, a ben vedere, non è parte integrante della Costituzione, sicché potrebbe «essere tolto senza che essa ne soffra». Difficile — mi sembra — immaginare parole più chiare per mostrare la secondarietà, l'irrilevanza di qualunque istanza di controllo nel disegno di una forma di governo democratica tesa alla propria decisiva autoaffermazione.

Né l'Inghilterra del parlamentarismo, né l'Europa continentale delle monarchie costituzionali e del pensiero democratico, insomma, sono ancora pronte ad accogliere forme di garanzia giurisdizionale (o paragiurisdizionale) della Costituzione.

4. Come rispondiamo, allora, al quesito che ci eravamo posti? Come arriviamo, finalmente, alla giustizia costituzionale? Come, in particolare, ai sistemi di sindacato di costituzionalità accentrato ormai tipici dell'esperienza europea? Sulla base di quali premesse? Con quali radici? Il terreno nel quale occorre scavare è, una volta di più, quel periodo cruciale della storia d'Europa e della storia del diritto costituzionale europeo che fu il primo dopoguerra. Si tratta, per più ragioni, di un tornante decisivo. Il quadro politico-istituzionale cambia, allora, radicalmente. La società del primo dopoguerra è incomparabilmente diversa da quella liberale ottocentesca. Muove i primi passi (almeno in Europa, ché negli Stati Uniti il processo di maturazione era assai più avanzato, il che spiega molte cose sui ben diversi percorsi del sindacato di costituzionalità americano) la società democratica pluralista, che rapidamente si rivela la condizione essenziale (l'ha detto molto bene Gustavo Zagrebelsky) per la salda affermazione di una giustizia costituzionale. Badate bene: una società pluralista ancora limitata e — direi — primitiva, nella quale (basta pensare a Weimar) il pluralismo si

riduce essenzialmente alla sfera politico-partitica, ben lontano da quel pluralismo sociale ricco e vivace che gli Stati Uniti conoscevano ormai da anni (e che da noi sarà una conquista difficile, in larga misura ancora incompiuta). L'immaturità dell'esperienza pluralistica delle società europee degli anni Venti non toglie, però, che allora si mostrasse con chiarezza una decisiva discontinuità con il passato. Travolto da imponenti fenomeni di riassetto sociale, qualcosa dei vecchi assetti istituzionali si è rotto, in quegli anni decisivi. Quel «qualcosa», quella realtà che si dissolve è precisamente l'unità del sovrano: non c'è più, come nello Stato assoluto, il monarca che in sé racchiude, esprime, personifica l'unità del corpo sociale; non c'è il popolo come soggetto ontologicamente unitario, come era stato invece vagheggiato già dalle prime teorizzazioni del pensiero democratico. Abbiamo invece a che fare con la ricca ma dura realtà della società pluralistica, la cui *reductio ad unitatem* è sfida e scommessa continua. E proprio dare una unità alla pluralità è il problema che appassionò e afflisse tutti i costituzionalisti che lavorarono nelle turbinose atmosfere del complesso laboratorio weimariano.

Ecco: siamo giunti, qui, allo snodo fondamentale. È proprio in quegli anni ed a Weimar, è proprio sul terreno del rapporto fra unità e pluralismo che si giuoca la grande partita fra Kelsen e Schmitt, che — come quelli della democrazia tutta — si decidono i destini della giustizia costituzionale. Ancora oggi è indispensabile ripercorrere gli itinerari di quel dibattito, e anche se il quadro è stato più volte dipinto, analizzato, scomposto in tutti i modi, si tratta di un passaggio cui non è possibile rinunciare (e magari si può cercare di cogliere almeno qualche sfumatura alla quale sinora si è dedicata meno attenzione).

Il primo punto da chiarire è che entrambi, sia Kelsen che Schmitt, si pongono il problema della difesa della Costituzione e vogliono uno strumento che sappia assicurarla. Ma dietro questo formale accordo si nasconde la sostanza di un dissenso radicale, che origina da una profonda diversità del modo di concepire la Costituzione. Se per Schmitt, infatti, la Costituzione è ed esprime unità, perché unitaria è la decisione sovrana che in essa si materializza, per Kelsen la Costituzione è ed esprime pluralità, perché molteplici sono i soggetti politici e sociali protagonisti del patto che in quella viene formalizzato. Per Schmitt, insomma, l'unità è immanente al concetto stesso di Costituzione (non si dà Costituzione — vitale —

senza unità). Per Kelsen è semmai una conquista sempre problematica e da raggiungere *a posteriori*, sulla base del comune concorso alla determinazione delle scelte politiche di fondo della collettività (e la Costituzione può essere solo uno strumento che aiuta a muoversi in questa direzione, se è vero che è il frutto della conciliazione tra i diversi se non tra gli opposti).

A ben vedere, mentre l'idea di Costituzione che emerge dall'approccio kelseniano è perfettamente compatibile con la realtà di una democrazia che si avvia ad essere matura e complessa, quella evocata da Schmitt è ancora profondamente legata alle memorie e alle nostalgie ottocentesche. Schmitt, identificando la Costituzione con una decisione, non può fare a meno di un sovrano, che di quella decisione sia autore e portatore. Kelsen, invece (e anche questo punto è stato ben sottolineato da Zagrebelsky), ha già capito che la Costituzione può essere — ed anzi è ormai irrimediabilmente — una Costituzione «senza sovrano». E proprio per questo è destinata a sostanzarsi in un *patto*, non in una *decisione*.

Se andiamo ancora più a fondo, ci accorgiamo che per i due studiosi sono diversi anche i valori essenziali che un eventuale garante della Costituzione dovrebbe difendere e custodire: per l'uno (Kelsen), il *potere costituito* e la *legalità*; per l'altro (Schmitt) il *potere costituente* e la *legittimità*. La riprova di questa diversità sta nelle diverse soluzioni che vengono proposte per la garanzia della Costituzione. Kelsen, proprio perché pensa ad una garanzia interna della Costituzione intesa come garanzia di regole *attraverso* regole, si risolve a nominare garante della Costituzione un giudice, cioè il soggetto tradizionalmente votato a servirsi delle regole e a tutelare la legalità. Schmitt, invece, non può accontentarsi di questo: se il problema è quello di garantire l'inveramento della legittimità e il pieno dispiegamento del potere costituente, se — in definitiva — ciò che interessa è *garantire il sovrano* che del potere costituente è titolare, un giudice non può bastare. La garanzia della Costituzione, in Schmitt, coincide tutta con la garanzia dell'intervento del sovrano, con la garanzia dell'integrale affermazione della legittimità anche se eventualmente a spese della legalità. Evocare il sovrano: ecco la strada per garantire la Costituzione, che della decisione del sovrano è appunto il frutto. Alcuni passaggi anche letterariamente molto belli di *Volksentscheid und Volksbegehren* e della stessa *Verfassungslehre*, nei quali si ricordano le assemblee «acclamanti» degli antichi Germani chiariscono che per Schmitt il

sovrano altri non è che il popolo nella sua immediatezza, che non ha bisogno d'essere rappresentato, perché con il governante che ha acclamato si trova in un rapporto di assoluta identità/identificazione. Questo, è il sovrano che va evocato nei momenti di crisi, quando serve «la» decisione; *questo*, è il soggetto che va garantito, garantendo la «sua» Costituzione. E per far questo — è evidente — un giudice non può bastare. Prestazioni politiche di questo livello non si possono accollare ad un soggetto tenuto per definizione alla terzietà e legato dalle regole del processo. È perciò logico e conseguente, che a far da custode della Costituzione Schmitt chiami un organo libero da simili impacci qual è il Presidente del Reich, cui spetterà dunque assicurare l'entrata in scena del sovrano quando la durezza dei tempi lo richiederà.

Oltre che su basi ideologiche e teoriche, il contrasto fra Schmitt e Kelsen poggia anche sulle differenze del diritto positivo a Weimar e a Vienna: a Weimar il rapporto popolo/Presidente del Reich non si esaurisce nelle previsioni dell'art. 48 RV, ma viene esaltato anche dagli artt. 73 e 76, che pongono il Presidente al centro sia del procedimento referendario (egli non si limita ad indire il referendum, ma è anche titolare del potere di iniziativa) che di quello di revisione costituzionale (egli «può» non promulgare una legge di revisione adottata dal Reichstag in contrasto con il Reichsrat). Questa incisiva presenza del capo dello Stato all'altezza degli snodi istituzionali per i quali passa la volontà del popolo sovrano, se c'era a Weimar, è del tutto sconosciuta — apro una brevissima parentesi — alla Costituzione italiana. Evocare il titolare del potere costituente non spetta, da noi, al Presidente della Repubblica (e non mi soffermo sulla questione se, in una democrazia pluralistica matura come è sperabile sia la nostra, parlare di «potere costituente» come potere fondante e del tutto illimitato abbia ancora senso). Ma questa, come si suol dire, è un'altra storia...

Ecco, dunque, almeno alcune tra le ragioni del contrasto che divide Schmitt e Kelsen. Ed ecco, allo stesso tempo, i motivi che li hanno indotti a identificare ben diversi fondamenti della legittimazione della funzione e degli organi di garanzia *della* Costituzione. Se in Schmitt la garanzia della Costituzione si risolve nella evocazione del sovrano, e se questi non è altri che il popolo nella sua immediatezza, la legittimazione dell'organo che consente al sovrano di liberarsi dagli impacci della legalità per (ri)affermare le ragioni della legittimità non può che affondare le proprie radici nel

principio democratico nella sua accezione più secca e brutale. Se per Kelsen, invece, la garanzia della Costituzione è la garanzia della Costituzione come patto e delle regole che ne consentono il funzionamento, se insomma garanzia della Costituzione equivale a garanzia del pluralismo nella Costituzione, la legittimazione del garante deve necessariamente risalire ad un fondamento che stia al di là del principio democratico in quella sua primitiva accezione, ovvero, se si preferisce, che si agganci ad una lettura della democrazia ben più articolata e matura di quella che la riduce alla incondizionata applicazione del principio di maggioranza. Alla presunzione della coincidenza della democrazia con l'illimitatezza del potere sovrano della maggioranza, si sostituisce in Kelsen l'idea che alla democrazia — per quanto il principio maggioritario sia il suo tratto irrinunciabile — sia immanente una *misura*, un *limite*. Misura e limite che consistono nel necessario rispetto delle ragioni delle minoranze e nella esigenza che il sistema funzioni, più che attraverso decisioni della maggioranza, attraverso accordi e mediazioni tra questa e quelle. La garanzia dell'osservanza delle regole, e quindi la salvaguardia della misura, la protezione del limite, è il compito delicato del soggetto chiamato alla garanzia della Costituzione.

5. Se ora veniamo alla Costituzione italiana, è evidente che una qualche impronta kelseniana è avvertibile nella scelta di affidare il controllo di costituzionalità ad un giudice, per quanto *sui generis* o addirittura *sine genere* (come dice ora Jörg Luther) questi possa essere. La natura (non solo formalmente ma anche) sostanzialmente giurisdizionale della Corte costituzionale, anche dopo la formidabile evoluzione del suo ruolo nella forma di governo, è del resto ancora oggi molto chiara. Questo garante della Costituzione «kelseniano» (in quanto giudice), si trova tuttavia ad avere a che fare con una Costituzione che, per il resto, di kelseniano ha ben poco. Per Kelsen, l'essenza della democrazia sta nelle regole del confronto pluralistico, e perciò il contenuto necessario della Costituzione si esaurisce nei principi che disciplinano il dipanarsi del gioco democratico. La Costituzione, insomma, deve essere semplicemente un insieme di regole procedurali. La Costituzione italiana, al contrario, intrisa com'è di valori, non esaurisce se stessa nelle regole del gioco, ma di questo vuole determinare la posta e orientare i contenuti. Ebbene, la contrapposizione tra un giudice

costituzionale che sia pure dal limitato punto di vista della sua natura istituzionale potremmo definire kelseniano e una Costituzione per valori di qualità — direi — smendiana, non si è risolta in un fallimento costituzionale, ed è stata invece in grado di produrre un sistema funzionante. Come in molte altre esperienze costituzionali, l'astuzia della storia ha dunque saputo conciliare ciò che — teoricamente — appariva inconciliabile. Perché e come, e attraverso quali grandi difficoltà ciò sia accaduto anche da noi, lo si può comprendere se si risale alle origini della Costituzione repubblicana.

La Costituzione che vede la luce tra il '46 e il '47, come — quale più, quale meno — le altre Costituzioni democratiche contemporanee, è una Costituzione di compromesso. Una Costituzione, cioè, cui non è sottesa la decisione di un vincitore ma un patto, un accordo fra più interlocutori. I compromessi costituzionali, però, non sono tutti eguali. Quello italiano, ad esempio, non ha nulla a che spartire con quel compromesso debole, insincero e dilatorio che fu — paradigmaticamente — il compromesso weimariano. In Italia il *consensus unionis* vi fu e fu profondo; l'unità tra i contraenti del patto, per quanto differenziati e divaricati essi fossero, fu vera unità. Unità, certo, non nel senso che la Costituzione non avesse finito per essere attraversata da linee di tensione, non lasciasse trasparire la pluralità degli apporti che ne determinarono il contenuto. E cionondimeno unità, ma nel diverso senso che tutte le forze fondatrici del nuovo ordine si riconobbero in un comune patrimonio di valori egualmente condivisi, da tutte posti alla base del rinnovato patto sociale.

Valori, si badi, dei quali era ed è indubbiamente possibile una molteplicità di letture, magari assai differenziate. Ma non per questo valori non integralmente comuni: il pluralismo delle possibilità interpretative è immanente alla natura stessa del valore, che rifugge dall'ossificazione e dalla rigidità delle letture «una volta per tutte». L'estrema diversità delle tradizioni ideologiche nelle quali le forze protagoniste della fase costituente si riconoscevano, tuttavia, faceva della nascente democrazia italiana un frutto ancora debole ed acerbo, rendendo davvero complessa l'operazione di pieno inveroamento dei valori costituzionali, la loro completa espansione e il loro integrale assorbimento nell'ordinamento giuridico e nella stessa coscienza sociale. La lotta sulla loro lettura, infatti, poteva costantemente tradursi nella impossibilità della loro attuazione,

nella paralisi dell'applicazione della Costituzione. Per evitare questa conseguenza, la sola strada sarebbe stata quella della traduzione della profonda ma occasionale unità costituente in una più stabile e verace unità politica, che aprisse le porte — una volta consolidatasi definitivamente la democrazia italiana — al fisiologico processo del costituirsi e dell'interscambiarsi di maggioranze alternative. Così, però, non fu. Il 31 maggio del 1947, con la nomina del quarto governo De Gasperi, la traduzione dell'accordo costituente in termini di concrete, unitarie maggioranze di governo, viene definitivamente meno. E in questo mancato compimento dell'unità costituente, oltre ai problemi più generali della democrazia italiana, affondano le proprie radici anche le difficoltà incontrate per lungo tempo dalla Corte costituzionale.

6. Che la rottura dell'unità costituente fosse destinata ad incidere sulla sorte della giustizia costituzionale era, in effetti, inevitabile. Inevitabile, perché poneva a rischio la salda affermazione di quella funzione, che in astratto era resa possibile dal contenuto delle scelte costituzionali. Quella voluta dalla Costituzione repubblicana è infatti una democrazia pluralista, ed è appunto nelle Costituzioni che coniugano democrazia e pluralismo, che il problema della legittimazione della giustizia costituzionale può finalmente avviarsi a trovare una soluzione. Quelle democrazie, come si sa, corrono costantemente il rischio di disunirsi, di rivelarsi incapaci di generare e mantenere unità nel corpo sociale: dal suo punto di vista, era stato lungimirante Carl Schmitt, quando aveva identificato nel federalismo, nella policrazia e nel pluralismo i grandi nemici di una Costituzione fondata sull'idea dell'unità ontologica del popolo sovrano, e i pilastri di un modello politico-sociale completamente diverso. Proprio a causa della problematicità del mantenimento dell'unità del corpo sociale, le democrazie pluraliste hanno imprescindibilmente bisogno di fattori sociali, culturali e istituzionali capaci di assicurare prestazioni di unità. Già agli albori del modello democratico-pluralista in Europa, del resto, Rudolf Smend aveva perfettamente compreso quanto difficili e tortuosi fossero, in quella nuova esperienza, i percorsi dell'integrazione politica e sociale. E quanto importante fosse, per ottenerla, anche la creazione di istituzioni in grado di far valere le ragioni dell'unità in un contesto segnato dalla pluralità e dalla molteplicità. Nelle democrazie pluraliste, pluralità e molteplicità, però, oltre che

mere precondizioni di fatto, sono anche valori essenziali ed irrinunciabili. Per questo l'unità non può mai essere conquistata con la semplificazione, con l'evocazione del decisore, del sovrano dall'illimitato e illimitabile potere. Tutt'al contrario, alla democrazia contemporanea è immanente l'idea della misura e del limite: l'unità possibile non può passare attraverso strade che comportino l'amputazione della complessità pluralistica.

Il problema della ricerca dell'unità nella pluralità riguarda tutti gli organi costituzionali, ma coinvolge soprattutto quelli che il sistema colloca in posizione neutrale di terzietà (proprio con il compito di assicurare il rispetto della misura da parte degli organi immediatamente politici), come appunto le Corti costituzionali. È qui, però, che la fondazione della giustizia costituzionale proposta da Kelsen si mostra in qualche modo insufficiente. In Kelsen, al giudice costituzionale spetta semplicemente garantire il rispetto delle regole del mercato democratico, assicurando il corretto svolgimento dei processi pluralistici di decisione politica. Ma quei processi, quelle regole, da mere forme quali essi sono, non riescono da sé soli a produrre integrazione politica. L'integrazione non si ottiene attraverso forme ma grazie a valori, o tutt'al più grazie a forme che rappresentano — simboleggiandoli — i valori, o dietro alle quali i valori in qualche modo si nascondono (e ancora una volta, su questo punto, sono essenziali le riflessioni di Smend). Così, la Costituzione kelseniana, spolpata dei valori e ridotta allo scheletro delle regole decisionali, non è in grado di produrre integrazione ed unità, e conseguentemente non è in grado di farlo il soggetto che di quella Costituzione è nominato garante (anche se qui, per la verità, il discorso dovrebbe essere assai più articolato, e ci si dovrebbe chiedere quanto il formalismo della Costituzione kelseniana sia più apparente che reale, visto il ruolo che vi giocano — con tutta evidenza — i valori collegati di libertà e di eguaglianza). Perché una Corte costituzionale sia in grado di produrre unità, l'orientamento in base al valore è indispensabile, e indispensabile diventa quindi la disponibilità di una Costituzione «per» valori. La funzione della giustizia costituzionale nelle democrazie pluraliste, dunque, è certamente quella di contemperare l'unità e la pluralità, ma la prima si trova soltanto nel nome di valori comuni, nel nome di valori che — grazie anche all'azione del giudice costituzionale — finiscono per essere onnicondivisi.

Se questa è la funzione del giudice costituzionale nelle demo-

crazie pluraliste, si spiega bene perché la rottura dell'unità costituente sia stata, per la nostra Corte, gravissima. Anche se il patto costituzionale aveva saputo produrre una tavola di valori comuni, da tutti condivisi e nei quali tutti potevano riconoscersi, non era meno vero che quella tavola era stata disegnata superando faticosissimamente una originaria, vistosa divaricazione tra le varie forze politiche e sociali. Come abbiamo visto, qualunque valore apre per sua natura le porte ad una molteplicità di letture dei suoi propri contenuti. Ma questa naturale elasticità si fa rischiosa, quando la divergenza di interpretazione è così assoluta e radicale da provocare la paralisi di qualunque attività di attualizzazione del valore.

Una volta che l'unità costituente si è dissolta, il pieno dispiegarsi dei valori costituzionali è impedito dalla scomparsa del loro fondamento politico. La tavola costituzionale dei valori resta in larga misura congelata, messa tra parentesi. In queste condizioni, ad essere disponibili per il giudice costituzionale (non per diverse ragioni, del resto, addirittura inattivato sino al 1956) restano solo ed esclusivamente quei valori sui quali la divaricazione interpretativa è meno ampia e drammatica: in definitiva, quelli che stanno alla base della mera unità antifascista, che — lo ha chiarito bene Antonio Baldassarre — è il minimo terreno comune d'intesa tra le forze politiche che furono le originarie contraenti del patto costituzionale. La giurisprudenza costituzionale del primo periodo, con la sua vistosa attenzione per il tema delle libertà civili, sta a dimostrare questo assunto. Sino — grosso modo — alla fine degli anni Sessanta, l'orientamento della Corte in base ai valori è (ha ragione Carlo Mezzanotte) totale, ma i valori che la guidano sono solo una frazione (forse addirittura minoritaria) di quelli contenuti in Costituzione. Per questo — se non ne ho mal compreso il più profondo significato — non è in contraddizione con la posizione di Mezzanotte quella (esposta da Enzo Cheli proprio nel corso di una sua recente lezione per questo Seminario) secondo la quale la Corte dei primi anni fu ben lontana dall'offrire letture «forti» dei valori costituzionali, limitandosi invece ad agire come una sorta di «motore delle riforme». Non vi è contraddizione, dicevo, perché questo contemporaneo avvicinarsi e sottrarsi della Corte ai valori dipende integralmente dalla frattura che ormai percorre la Costituzione, separando i valori con i quali si può operare con minor rischio (in particolare, le libertà civili), e quelli la cui attuazione è rinviata ad un momento in cui la democrazia italiana sarà giunta a

migliore maturazione (in particolare, i diritti politici e sociali). Per tutta una lunga fase, dunque, la massima unità che il giudice costituzionale italiano ha saputo e potuto sanzionare è stata quella che sola — per le condizioni politiche del Paese — era possibile: l'unità antifascista. Una unità più corposa e profonda, nel nome di tutti i valori costituzionali, era ancora di là da venire.

7. Se il cemento delle democrazie pluralistiche sono i valori nei quali tutte le componenti politiche e sociali si riconoscono, e se l'inveramento di quei valori, il disvelamento dell'unità pur sottesa alla diversità e alla molteplicità può essere utilmente compiuto da un organo terzo e neutrale, è logico che la presenza di un giudice costituzionale sia destinata, in quelle forme di Stato, a divenire tutt'altro che eccezionale. Se, però, il movimento per l'istituzione o il completamento della giustizia costituzionale si è fatto oggi così imponente lo si deve — e cerco di rispondere così, finalmente, al quesito d'apertura — al fatto che dei valori fondanti delle democrazie pluralistiche sono parte essenziale e preponderante i diritti fondamentali. Proprio l'accresciuta sensibilità per quei diritti, la tragedia delle esperienze che hanno cercato di farne a meno, l'impossibilità stessa di concepire un sistema politico-sociale vitale «senza diritti fondamentali», hanno portato alla ribalta gli organi di garanzia chiamati a proteggere i valori costituzionali. La giustizia costituzionale, oggi, è dunque soprattutto (anche se non solo) giustizia dei diritti fondamentali. È quindi essenzialmente sul terreno dei diritti fondamentali intesi nella loro qualità di valori che le Corti costituzionali tentano di svolgere la propria funzione di «produttori di unità». Tuttavia, poiché i diritti fondamentali sono parte costitutiva del modello pluralistico di democrazia, la protezione dei diritti fondamentali si risolve (come ho cercato di argomentare anche in altra occasione) non contraddittoriamente sia in garanzia dell'unità che in garanzia della molteplicità pluralistica. Il giudice costituzionale, in altre parole, è il custode di quella specifica *unità nella molteplicità* che è tipica dell'esperienza democratico-pluralistica.

A partire già dagli anni Settanta, l'avvicinamento della Corte costituzionale italiana al pieno sviluppo delle potenzialità di questo ruolo è stato imponente. Che così dovesse essere era del resto inevitabile, se è vero che il processo di ricomposizione delle divisioni ideologiche fra i contraenti del patto costituente era stato —

seppure lento — costante, ed aveva gradualmente condotto all'ingresso di tutti nelle comune casa democratico-pluralistica. Non si era, certo, recuperata l'unità costituente nel suo significato originario, meno che mai come concreta unità di governo. Si era però, in qualche modo, ridotta la forbice interpretativa dei valori costituzionali, e questo aveva reso più agevole l'opera di individuazione di un patrimonio assiologico comune da parte della Corte. Oggi, questa è finalmente in grado di offrire una protezione ad ampio spettro dei diritti fondamentali, uscendo — come dimostra la nuova fortuna dei diritti sociali — dai confini più angusti entro i quali si era mossa la giurisprudenza più antica, per avventurarsi con decisione su un territorio prima percorso con maggiore timidezza. Tutti i valori costituzionali, insomma, sembrano essersi finalmente e definitivamente positivizzati. Certo c'è un rischio: che la sostanziale (e non più solo formale) *costituzionalizzazione* dei diritti fondamentali possa tradursi nella loro — potremmo dire — *decontestualizzazione*. Nel senso che, intesi come valori, i diritti tendono a vivere più nella loro oggettività che non come situazioni soggettive garantite, e più sul piano dell'ordine costituzionale che su quello dell'ordine legale. Più, alla fin fine, come grandi affermazioni di principio da far valere nei casi tutto sommato eccezionali che giungono alla Corte, che come strumenti giuridici di cui servirsi giorno per giorno. Per evitare questo, il ricorso del giudice costituzionale a rimedi come l'interpretazione conforme alla Costituzione, il richiamo al diritto vivente, le sentenze interpretative di rigetto, sembra essenziale perché — per riprendere una tematica di Carlo Mezzanotte — l'operazione di sovrapposizione dell'ordine costituzionale all'ordine legale, l'assorbimento dei valori costituzionali nel diritto positivo e nella pratica giuridica subcostituzionale siano condotti a compimento. Risultato che, tuttavia, dipende meno dalla Corte costituzionale che dai giudici comuni e dalla concreta situazione politica e sociale del Paese. Di suo, la Corte sembra aver già messo una nuova, originale consapevolezza dell'importanza del proprio ruolo e della centralità dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale (pensiamo, a questo proposito, anche solo alla sent. n. 1146 del 1988, che fissando il decisivo principio dell'esistenza di limiti assoluti alla revisione costituzionale ha indirettamente fatto riferimento proprio a quei diritti). Pienamente impadronitosi dei valori — e perciò saldamente radicato nella scaturigine prima della propria legittimazione

— il giudice costituzionale può tuttavia, adesso, maneggiarli con maggiore disinvoltura. Può — e sembra quasi un paradosso — addirittura sottrarsi alla necessità di proporre costantemente l' incondizionata attualizzazione. Può, in una parola, contemperare la protezione dei valori costituzionali con la salvaguardia delle esigenze (purché esse stesse costituzionalmente apprezzabili) della politica (e su questa problematica vanno di nuovo ricordate le riflessioni di Carlo Mezzanotte). La Corte si candida dunque ad agire, ben più di prima, come una protagonista della stessa forma di governo. E anche se resta ancora molta strada da percorrere (soprattutto sul terreno delicatissimo di una più salda fondazione dei criteri per la determinazione del «bilanciamento» tra valori costituzionali confliggenti) sulla via di una giustizia costituzionale adeguata alle nuove esigenze di questi anni di grandi trasformazioni, qualche cauto ottimismo — una volta tanto — è lecito nutrirlo.

