

Antonio Ruggeri

**Stato costituzionale e Stato d'eccezione, nella più recente esperienza italiana:
dall'alternativa alla mutua integrazione?**

SOMMARIO: 1. Una situazione d'eccezione... *permanente*? La difficoltà della risposta, avuto specifico riguardo alla problematica distinzione tra la funzione di garanzia e la funzione di direzione politica, in una congiuntura molto lontana da quella del tempo della teorizzazione schmittiana. – 2. La crisi economica e il concorso da essa dato alla trasformazione degli organi supremi di garanzia (con specifico riferimento al ruolo del Capo dello Stato in occasione della gestione delle crisi di governo ed al vigoroso sostegno dato al processo di riforma costituzionale in corso). – 3. Il marcato, crescente attivismo della Corte costituzionale, l'innesto da essa operato di elementi propri dello stato di eccezione nel tronco dello Stato costituzionale, la irresistibile tentazione del giudice delle leggi di porsi quale un *potere costituente permanente*. – 4. Il "dialogo" tra Corte costituzionale e Corti europee: una risorsa preziosa al fine di parare il rischio che una sola di esse si ponga, in sovrana solitudine, quale vertice del sistema (anche al piano delle relazioni interordinamentali). – 5. Il recupero dell'*etica pubblica repubblicana* quale soluzione la più adeguata a preservare le basi portanti dello Stato costituzionale, malgrado le occasionali esperienze riportabili allo stato d'eccezione.

1. Una situazione d'eccezione... permanente? La difficoltà della risposta, avuto specifico riguardo alla problematica distinzione tra la funzione di garanzia e la funzione di direzione politica, in una congiuntura molto lontana da quella del tempo della teorizzazione schmittiana

Molti segni fanno pensare che quella di oggi sia, da noi come altrove, una situazione d'eccezione... *permanente*. Un ossimoro, certo: si tratta tuttavia di stabilire se lo sia realmente o solo in apparenza.

Non è agevole dare una risposta sicura ad un così impegnativo ed anche inquietante quesito, a motivo della opacità e complessità del quadro istituzionale, connotato da relazioni fluide e continuamente cangianti sia tra gli organi di vertice dello Stato che tra l'apparato nel suo insieme e la comunità organizzata.

La maggiore difficoltà sta proprio nello stabilire se, in occasione dell'esercizio delle loro attività istituzionali, gli organi supremi si mantengano dentro la cornice costituzionale ovvero si portino al di fuori di essa: se, cioè, siano in una condizione di *normalità* ovvero di *eccezionalità*. Ulteriormente specificando, è da vedere se eventuali violazioni della legalità costituzionale siano meramente occasionali, delle "eccezioni" appunto (nel significato proprio del termine) rispetto ad una fisiologia costituzionale che, pur in talune sue inusuali espressioni, si mostra essere pur sempre in grado di farsi valere, assorbendo e *quodammodo* metabolizzando in sé i fatti sporadici patologici, ovvero se le violazioni suddette si presentino ormai con pressoché quotidiana frequenza ed assumano una consistenza tale da far dubitare della stessa perdurante vigenza della Costituzione e, per ciò, della continuità dell'ordine dalla stessa fondato.

La questione riguarda, a un tempo, gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia, specie quelli supremi, ma soprattutto questi ultimi: l'osservazione del loro operato costituisce, infatti, un banco di prova altamente istruttivo, decisivo, al fine di stabilire se l'intero ordinamento, nelle sue più salienti esperienze, sia ancora dentro ovvero fuori la cornice costituzionale. Se e fino a quando gli organi preposti a salvaguardarla daranno prova di essere in grado di sanzionare atti e comportamenti *contra Constitutionem*, si potrà dire assicurata la continuità dell'ordine costituzionale. Il punto è però che è proprio l'operato degli organi di garanzia, unitamente ad alcune decisioni adottate dagli organi d'indirizzo politico, a sollevare non pochi dubbi circa la sua piena rispondenza e conformità a Costituzione.

Il vero è che è venuta col tempo a trasformarsi profondamente la stessa funzione di garanzia, sì da rendersi problematicamente distinguibile dalla funzione di direzione politica.

Una dottrina ha, addirittura, teorizzato questo stato di cose: a suo dire, infatti, lo stesso modello costituzionale, con la laconicità espressiva che lo caratterizza, autorizzerebbe a concludere nel senso della impossibilità di distinguere, a conti fatti, l'una dall'altra funzione e, perciò, di non consentire la tipizzazione del ruolo degli organi che ne sono titolari.

Questa opinione, che ha di recente avuto una sua raffinata ed argomentata (ma non perciò persuasiva) rappresentazione¹, ha antiche e solide ascendenze teoriche, che possono da noi farsi risalire agli studi di G.U. Rescigno e, prima ancora (e soprattutto), C. Esposito², ma che hanno proprio nella poderosa riflessione schmittiana le basi portanti³.

Si pensi solo alla ricostruzione proposta dagli studiosi ora richiamati a riguardo della controfirma ministeriale, la quale, nella sua scarna ed essenziale struttura, sarebbe unicamente in grado di rendere testimonianza di un'avvenuta "collaborazione" tra il Capo dello Stato e il membro o i membri del Governo, una collaborazione governata in buona sostanza da convenzioni costituzionali, senza che possa stabilirsi quale sia in concreto l'apporto prestato da ciascun organo, in occasione dell'adozione dei singoli atti.

Una tesi, questa, che – in disparte ogni altro rilievo – confonde modello ed esperienza, opera cioè una indebita legittimazione dell'"esistente", offrendovi un generoso (e, però, ingiustificato) avallo: a

¹ ... ad opera di O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010, del quale v., inoltre, *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2012. Sul pensiero di quest'autore, v. i contributi di AA.VV., *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verde, :duepunti ed., Palermo 2012.

² ... dei quali v., del primo, tra i molti suoi scritti, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972 e, del secondo, particolarmente, il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962 e la voce *Controfirma ministeriale*, per l'*Enciclopedia del diritto*, X (1962), 285 ss.

³ Non a caso l'idea schmittiana del Capo dello Stato quale gestore degli stati di crisi è stata da noi ripresa, con originali svolgimenti, da C. Esposito e, dopo di lui, anche da altri.

conti fatti, “*decostituzionalizza*” la Costituzione, riportando i rapporti tra gli organi supremi non già sotto il governo della legge (costituzionale) bensì sotto quello della pura forza politica di cui ciascuno di essi è dotato ed è in grado di esprimere, secondo le contingenze⁴. Non credo, però, che sia proponibile una lettura della Costituzione tale da farle dire di preferire il ritorno a quel *governo degli uomini (e non delle leggi)* già dai tempi di Aristotele ripudiato, comunque inconciliabile coi fondamenti di uno Stato costituzionale. È fuor di dubbio, infatti, che in quest’ultimo non sono ammessi “doppioni” o sovrapposizioni di ruoli; piuttosto, essi sono dalla Costituzione tipizzati e nettamente distinti, per disagevole che sia ricostruire punto per punto i tratti di siffatta loro reciproca caratterizzazione⁵. Che l’esperienza, poi, possa deviare, anche sensibilmente, dall’alveo costituzionale, ovviamente, è da mettere in conto. Ed allora si tratta di stabilire – ed è questione di cruciale rilievo – se l’esperienza stessa abbia ormai sopraffatto il disegno normativo per essa preconstituito ovvero se quest’ultimo sia ancora in grado di reggere agli urti che da quella provengono, riuscendo pertanto a farsi, sia pure a fatica, valere.

Detto altrimenti: siamo ancora in uno “Stato costituzionale”, pur nelle sue inusuali movenze e complessive novità rispetto al passato, ovvero siamo in una congiuntura “eccezionale”, comunque non “costituzionale”?

Tentare di rispondere al quesito è – come si diceva – estremamente disagevole, proprio perché non poco confusa ed appannata è la realtà costituzionale.

Lo schema schmittiano, infatti, risultava alquanto semplificato e consentiva di stabilire, con sufficiente certezza, se una data situazione era, o no, qualificabile come “d’eccezione”, soprattutto alla luce dei seguenti punti di riferimento: 1) il ruolo esercitato dai Capi di Stato degli ordinamenti parlamentari era assai diverso da quello che essi sono venuti col tempo ad assumere, specie negli anni a noi più vicini; 2) gli organi della direzione politica non erano investiti da una domanda di regolazione normativa, di governo in genere della società e, insomma, di appagamento dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti in seno alla società stessa, quale invece si è venuta formando nel corso del tempo; di modo che lo scarto tra gli interessi individuali e collettivi che reclamano soddisfazione e gli interventi allo scopo adeguati non assumeva le dimensioni vistose e viepiù crescenti registratesi col passare del tempo; 3) il modello di giustizia costituzionale accentrata non si era ancora diffuso e radicato e, soprattutto, non aveva assunto le forme espressive di cui si è rivestito nelle sue più recenti esperienze né la giustizia stessa esibiva una capacità d’incidenza nella

⁴ Questa critica può, volendo, vedersi, con ulteriori svolgimenti, nel mio *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell’organizzazione costituzionale*, Jovene, Napoli 2009, 693 ss., nonché in www.forumcostituzionale.it.

⁵ La qual cosa, ovviamente, vale per gli stessi organi della direzione politica, nei loro rapporti tanto *inter se* quanto con gli altri organi; e così pure per quelli di garanzia.

sfera del “politico” sia pur lontanamente paragonabile a quella successivamente manifestata; 4) infine (e soprattutto), le relazioni internazionali non erano quelle di oggi, caratterizzate da vincoli stringenti per gli Stati, resi ancora più visibili in tutto il loro spessore da una crisi lacerante, senza precedenti, che affligge e schiaccia gli Stati stessi, laddove al tempo della teorizzazione schmittiana questi ultimi tendevano proprio alla loro massima affermazione, di cui la dolorosissima vicenda del secondo conflitto bellico, col suo drammatico epilogo, renderà eloquente testimonianza. Sarà poi – come si sa – proprio la guerra a spegnere le vigorose aspettative di un “nazionalismo” costituzionale ingenuo e dissennato ed a gettare le basi per il suo (forse, ormai definitivo) superamento.

Oggi, invece, tutto appare essere assai più incerto e problematico, soprattutto se si considera il ruolo di centrale rilievo in misura crescente detenuto, per un verso, dai Capi di Stato negli ordinamenti a regime parlamentare e, per un altro verso, dalle Corti costituzionali e dagli stessi giudici comuni, nonché (e, forse, più ancora) dalle Corti sovranazionali (e, segnatamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte dell'Unione europea).

La vicenda ha lontane ascendenze⁶; solo negli anni a noi più vicini, però, ha assunto dimensioni inusuali e forme espressive particolarmente marcate ed incisive, fatte oggetto di numerosi studi e, ciò nondimeno, ancora bisognose di ulteriore approfondimento ed adeguata sistemazione teorica⁷. Sta di fatto che tutti questi organi hanno lasciato in un cono d'ombra quelli politicamente decisori per Costituzione, che connotano come “democratica” la struttura e l'essenza dell'ordinamento, i quali ultimi hanno manifestato (e seguitano a manifestare) carenze assai gravi e vistose, in generale per

⁶ Tra i più solleciti e sensibili a cogliere il fenomeno, al tempo ancora incipiente, T. MARTINES, che ragionava di una “forza politica” detenuta dai massimi organi di garanzia (v., dunque, del chiaro A., soprattutto la sua opera maggiore, il *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, spec. 196 ss.).

⁷ Una speciale attenzione ha attratto su di sé la figura del Capo dello Stato. La cosa ha una duplice spiegazione: per un verso, a motivo del carattere monocratico dell'organo, trovano qui maggiore spazio di quello che invece hanno in organi collegiali gli *accidents of personality*; non a caso, come si è fatto già da tempo e da molti notare, praticamente non abbiamo avute due presidenze uguali a se stesse. Lo stesso Presidente Napolitano, l'unico ad essere stato rieletto in una congiuntura particolarmente travagliata (su ciò, AA.VV., *L'eccezionale 'bis' del Presidente della Repubblica Napolitano*, a cura di F. Giuffrè e I.A. Nicotra, Giappichelli, Torino 2014), ha non poco innovato rispetto al proprio precedente indirizzo, adeguando scelte e comportamenti alla *escalation* della crisi economica ed alla ingarbugliata situazione politica conseguente alle elezioni del 2013. Per un altro verso, proprio il Presidente è l'organo a più stretto contatto col Governo e le forze politiche rappresentate in Parlamento; la qual cosa concorre, per la sua parte, a dare una spiccata coloritura politica al modo con cui il Presidente stesso intende ed incarna il proprio ruolo (tra i molti contributi venuti alla luce sulla evoluzione del ruolo del Presidente, rammento qui solo, in aggiunta agli scritti già richiamati, quelli di AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a mia cura, Giappichelli, Torino 2011; AA.VV., *Il Presidente della Repubblica nella forma di governo*², a cura di A. Baldassarre e G. Scaccia, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *Il Presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, a cura di F. Giuffrè e I.A. Nicotra, Giappichelli, Torino 2012; D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, Università Bocconi Editore, Milano 2012; D. GIACALONE, *L'uomo del colle. Il Quirinale, l'uomo politico, le forzature, la scelta del 2013*, Boroli, Novara 2012; M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica italiana nelle recenti esperienze costituzionali*, Jovene, Napoli 2013; M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014. Di particolare interesse, ora, la ricerca su materiali d'archivio condotta da A. BURATTI, “Preferirei di no”. Rinvii, dinieghi e osservazioni presidenziali nelle carte dell'archivio storico del Quirinale, in *Dir. soc.*, 2/2014, 187 ss. In prospettiva comparata, S. GRIMALDI, *I Presidenti nelle forme di governo. Tra Costituzione, partiti e carisma*, Carocci, Bari 2012).

tutto ciò che attiene al governo della società ed alla regolazione normativa delle sue più salienti dinamiche ma in particolar modo per ciò che concerne la salvaguardia dei diritti fondamentali, specificamente di quelli c.d. “nuovi”, i più direttamente e maggiormente legati allo sviluppo scientifico e tecnologico.

2. La crisi economica e il concorso da essa dato alla trasformazione degli organi supremi di garanzia (con specifico riferimento al ruolo del Capo dello Stato in occasione della gestione delle crisi di governo ed al vigoroso sostegno dato al processo di riforma costituzionale in corso)

È fuor di dubbio che la crisi economica in atto, che si preannunzia essere non passeggera, comunque di breve termine, abbia, in significativa misura, concorso a sottolineare in modo marcato il ruolo degli organi supremi di garanzia, così come a mettere viepiù a nudo l’inadeguatezza degli organi d’indirizzo politico.

Con specifico riferimento alla situazione italiana, una spia particolarmente attendibile di una complessiva torsione della forma di governo parlamentare (e, forse, della stessa forma di Stato) è data da talune esasperate espressioni di attivismo, peraltro crescente, di entrambi gli organi supremi di garanzia; un attivismo di cui, ad onor del vero, anche in passato si è avuto riscontro ma non, appunto, nelle forme e con l’intensità di oggi, se si eccettua la parentesi della seconda parte del mandato del Presidente Cossiga (che, per fortuna, non ha avuto né precedenti né imitatori)⁸.

Si pensi alle vicende relative alla gestione delle crisi di governo. Assai istruttiva, al riguardo, la caduta del Governo Berlusconi, seguita dalla nascita del Governo Monti nel novembre del 2011⁹; e non è casuale che molti Governi siano in altri Paesi caduti in un breve arco temporale, non riuscendo a reggere l’urto devastante della crisi¹⁰.

Il primo Governo, infatti, aveva i numeri in Parlamento per governare; ciononostante, si è trovato costretto a dimettersi perché, seppur sostenuto dalla fiducia di una maggioranza in evidente affanno, era però ormai divenuto privo della “vera” fiducia: quella dei mercati e dei *partners* europei, agli

⁸ Molto studiata, da giuristi e non, questa presidenza, specie nella evoluzione avutasi a partire dal 1991: riferimenti ancora nello scritto sopra cit. di A. BURATTI, 231 ss. e 250 ss.

⁹ Un’accurata descrizione dei fatti è negli scritti di N. MACCABIANI, *Il Capo dello Stato di fronte alle difficoltà economico-finanziarie e politiche del Paese*; M. FRAU, *Dalla mancata approvazione del rendiconto all’annuncio delle dimissioni del Presidente del Consiglio*, ed E. TIRA, *La formazione del Governo Monti*, tutti in www.rivistaaic.it, 1/2012.

¹⁰ Ben sette su diciassette i Governi dell’eurozona al tempo travolti dalla crisi (traggo il dato da V. DA ROLD, *Già sette cambi di Governo nella tempesta della crisi*, in *Il Sole-24 ore*, 17 novembre 2011, 10).

occhi dei quali il Presidente del Consiglio appariva alquanto screditato, specie a motivo delle sue disavventure giudiziarie e, in genere, delle sue personali vicende¹¹.

Ora, è pacifico che un ruolo decisivo per il cambio di Governo abbia giocato proprio il Presidente Napolitano che, in una situazione gravemente deteriorata (ai limiti del *default* di Stato), si è premurato di (tentare di) tranquillizzare i mercati, dichiarando che il Presidente del Consiglio si sarebbe immediatamente dimesso una volta approvati i provvedimenti volti al risanamento dei conti pubblici¹². Lo stesso Capo dello Stato non ha mancato – a quanto pare – di offrire il proprio generoso “consiglio” alle misure straordinarie varate dal Governo Monti al fine di fronteggiare l’emergenza della crisi economica¹³, al punto che in molti commenti ai quali stampa e televisione hanno dato ampio risalto il Governo in parola è stato non di rado etichettato come “Monti-Napolitano” o, comunque, come un “Governo del Presidente”.

Questa esperienza s’inscrive in una più ampia cornice segnata da una forte contrazione della sovranità degli Stati. Ammesso, ma non concesso, che sia ancora oggi riproponibile, negli stessi termini del passato, l’idea di “sovranità” (e, forse, pure di Stato), si dovrebbe tutt’al più discorrere di una “sovranità”... *dimezzata* o *condivisa* con l’Unione e soggetti esponenziali della Comunità internazionale.

Anche i successivi Governi, come quello Letta (c.d. “delle grandi intese”), durato dall’aprile 2013 al febbraio 2014, o quello, immediatamente successivo, Renzi, pur beneficiando essi pure, al pari del Governo Monti, della fiducia parlamentare (e fin qui, dunque, nessuna “eccezione”, almeno in apparenza...) e del costante “incoraggiamento” del Capo dello Stato, hanno pur sempre operato caratterizzando *in senso teleologico o strumentale* il proprio indirizzo politico: l’hanno, cioè, orientato nei contenuti piegandolo al fine di preservare la prima, “vera” e più importante fiducia, che – come si diceva – è quella dei *partners* europei e dei mercati internazionali. In questo quadro, la vocazione “riformista” dei Governi suddetti, che proprio nell’ultimo della serie sopra citata ha avuto la sua più marcata espressione e vigorosa spinta propulsiva, ha la sua ragion d’essere in un disegno strategico volto al mantenimento della fiducia suddetta.

¹¹ In argomento, il mio *Art. 94 della Costituzione vivente: “Il Governo deve avere la fiducia dei mercati” (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in www.federalismi.it, 23/2011 e in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2011, 15 ss.

¹² In una nota della Presidenza della Repubblica, si dichiara infatti che “non esiste alcuna incertezza sulla scelta del Presidente del Consiglio on. Silvio Berlusconi di rassegnare le dimissioni del Governo da lui presieduto”; una decisione – si precisa – che “diverrà operativa con l’approvazione in Parlamento della legge di stabilità per il 2012”. Si aggiunge infine, significativamente, che “sulla base di accordi tra i Presidenti del Senato e della Camera e i gruppi parlamentari sia di maggioranza sia di opposizione, la legge sarà approvata nel giro di alcuni giorni” (sul punto, nuovamente, lo scritto sopra cit. di M. FRAU, spec. il § 3).

¹³ Un’accurata descrizione dei provvedimenti legislativi adottati dietro iniziativa del Governo Monti può vedersi in G. SAVINI, *L’attività legislativa tra Parlamento e Governo: continuità e innovazioni nell’esperienza del Governo Monti*, Cedam, Padova 2014.

Sulla riforma Renzi, che al momento in cui si scrive (primi di ottobre 2014) risulta approvata con non secondarie innovazioni in prima lettura dal Senato, è necessario soffermarsi brevemente, dal momento che, ad avviso di alcuni suoi fermi oppositori, essa si porterebbe ben oltre i limiti segnati dalla cornice costituzionale e, dunque, si giustificerebbe unicamente con lo stato d'eccezione in cui il Paese si trova, anche (ma non solo) per effetto della crisi economica in atto.

Il fronte dei critici è, in realtà, assai variegato: alcuni avanzano riserve, anche assai aspre, avverso questo o quello dei contenuti che la caratterizzano, rilevandone l'interna incoerenza ovvero l'inopportunità¹⁴; altri, poi, sembrano essere pregiudizialmente contrari (non solo a questa ma) a qualsivoglia innovazione della Carta costituzionale che non sia di mero ritocco di qualche sua disposizione, nell'assunto che i veri problemi del Paese, specie appunto quelli di natura economica, richiederebbero l'adozione di misure diverse da quelle volte al rifacimento del quadro costituzionale o, quanto meno, al suo aggiornamento. Una tesi, questa, che di sicuro coglie un fondo di verità, tuttavia esasperandolo, se è vero – com'è vero – che la Costituzione non ha né il merito di tutto ciò che di buono si fa né la colpa dei non pochi mali che affliggono la società e lo Stato. Temo, infatti, che la tesi stessa possa rivoltarsi, a mo' di *boomerang*, contro i suoi sostenitori, dal momento che, portata fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, parrebbe voler significare che la Costituzione – nella sua attuale versione così come in qualunque altra, nuova – resti inerte, disarmata, al fine del governo dei processi economici e politici, i quali *in ogni caso* sfuggirebbero alla traiettoria delle sue previsioni¹⁵.

Si fa inoltre notare che la riforma stessa si va portando avanti nella sede parlamentare senza l'effettivo coinvolgimento delle stesse Camere e dei loro membri, dal momento che il “patto di ferro” siglato dal Governo con alcune opposizioni non consentirebbe spazio alcuno per l'introduzione di modifiche non previamente concordate tra gli artefici del patto stesso. Una notazione critica, questa, che non sembra tener conto del fatto che assai di frequente, anche in tempi non “eccezionali”, il Governo è solito “blindare” i propri provvedimenti, ponendo la questione di fiducia sopra di essi e mettendoli dunque al riparo da qualsivoglia innovazione e da qualunque parte politica provenga.

Si fa infine notare che le attuali Camere, dopo la dichiarazione da parte della Corte costituzionale della illegittimità costituzionale della legge elettorale in applicazione della quale sono state composte ([sent. n. 1 del 2014](#)), sarebbero ormai totalmente e senza riparo screditate, “delegittimate”, sì da non potersi nemmeno concepire che esse possano porre mano alla modifica della Costituzione, specie ad

¹⁴ Così, ad es., per ciò che riguarda lo stesso mantenimento della seconda Camera, sostanzialmente impoverita di poteri (per quanto, rispetto al disegno originario licenziato dal Governo, in sede parlamentare si siano invero aggiunte alcune competenze, tali da temperare questo severo giudizio).

¹⁵ Quest'appunto critico, unitamente a quelli immediatamente seguenti, può vedersi nel mio *Quali insegnamenti per la riforma costituzionale dagli sviluppi della vicenda regionale?*, relaz. al Convegno su *Il regionalismo tra crisi e riforma costituzionale*, Bari 2-3 ottobre 2014, in www.rivistaaic.it, 4/2014.

una di siffatta portata che – non si dimentichi – tra l'altro investe gli stessi meccanismi della rappresentanza politica.

Una critica, quest'ultima, che – come si vede – investe in radice il processo riformatore in atto e, per ciò stesso, fatalmente si dirige altresì avverso il Capo dello Stato che, invece, le riforme le ha costantemente e vigorosamente sollecitate, nonché contro la stessa Corte costituzionale che, nella pronuncia sopra cit., ha tenuto a dichiarare che l'effetto di annullamento della legge elettorale non avrebbe privato le Camere ormai insediate dei poteri loro propri. Un'affermazione, questa, che, presa alla lettera, potrebbe significare che di *nessun* potere le Camere sarebbero prive, al piano della legislazione ordinaria così come a quello della legislazione costituzionale e di revisione costituzionale.

D'altro canto, si fatica non poco a comprendere come si possa, per un verso, acconsentire – come vorrebbero alcuni critici¹⁶ – a che le Camere pongano urgentemente mano all'approvazione di una nuova legge elettorale, in linea con le indicazioni al riguardo date dal giudice costituzionale, mentre, per un altro verso, non potrebbero innovare neppure in minima parte al dettato costituzionale. E ciò, sol che si ammetta – come devesi – che la scelta del meccanismo elettorale entra a comporre la forma di governo, situandosi anzi al cuore della stessa, ed incide altresì sulla stessa forma di Stato, siccome dotata di un rilievo di certo non inferiore a quello di alcune modifiche della Costituzione¹⁷.

Il vero è che delle due l'una. O si ragiona in prospettiva formale-astratta, considerandosi l'effetto di annullamento della disciplina elettorale inidoneo a rivoltarsi contro le attuali Camere, che dunque godrebbero della pienezza delle loro funzioni e, una volta dimostratesi in grado di esprimere una maggioranza (quale che sia), non potrebbero pertanto essere sciolte. Oppure si ragiona in prospettiva assiologico-sostanziale, giudicandosi la loro permanenza in carica una ferita mortale che quotidianamente si rinnova alla democrazia, non avendo *ab origine* le Camere stesse valido titolo per essere elette né oggi per restare al loro posto.

In realtà, è proprio da quest'ultima prospettiva che sembra aver guardato il Capo dello Stato alla insolita, grave vicenda venutasi a determinare a seguito della sentenza, sopra cit., della Corte costituzionale, pervenendo però all'esito esattamente opposto a quello qui prefigurato. Il Presidente Napolitano, infatti, non ha avuto esitazione alcuna (non solo a decidere di non sciogliere le Camere, ma anzi) ad incoraggiare le Camere stesse e il Governo a procedere senza altri indugi e speditamente

¹⁶ ... e, tra questi, A. SAITTA, *Riforme costituzionali e sorte del costituzionalismo (anche alla luce di Cass., I Sez. civ., 16 aprile 2014, n. 8878)*, in *Consulta OnLine*, 2014 (28 aprile 2014), § 3, e, su di lui criticamente, M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo, oggi*, in www.rivistaaic.it, 2/2014, § 1, in nt. 1.

¹⁷ La qual cosa, poi, potrebbe consigliare di rivalutare la proposta, già da tempo avanzata, volta a fissare nella Carta costituzionale l'opzione a riguardo del meccanismo elettorale, rimandando quindi per la sua compiuta descrizione alla legge comune. Una proposta a cui favore mi sono dichiarato in altri luoghi e che tuttavia, nella presente congiuntura politica segnata da laceranti contrapposizioni non solo tra le forze di opposto schieramento ma anche in seno a quelle di maggioranza, convengo esser assai problematicamente realizzabile.

lungo la via delle riforme. L'ha fatto, evidentemente, all'esito di un'operazione di bilanciamento tra beni o valori costituzionali: malgrado la palese "delegittimazione" del Parlamento, *interest rei publicae* che esso restasse fermo e saldo in sella, ancora una volta per la ragione già detta, perché cioè i *partners* europei e i mercati si aspettavano (e si aspettano) dall'Italia stabilità politica e riforme strutturali. In questo quadro, la riscrittura della Costituzione costituisce, a quanto pare, un passaggio obbligato (che, poi, proprio queste e non altre modifiche della Carta siano indispensabili allo scopo è, ovviamente, tutto un altro discorso, che però attiene al *quomodo*, non all'*an*, delle riforme).

Insomma, e per chiudere sul punto. Forse, la democrazia ne soffre, per il fatto che restano in carica parlamentari eletti in applicazione di una legge incostituzionale; forse, pure, è da considerare inaccettabile, persino paradossale, che la Costituzione sia rifatta ad opera di tali parlamentari. E, tuttavia, ad opinione del Capo dello Stato (oltre che dello stesso Governo...), non v'era e non v'è altro modo per (tentare di) uscire dal *tunnel* di una crisi che rischia ogni giorno di riportarci sull'orlo del baratro.

Dunque, democrazia da un lato, sopravvivenza dell'ordinamento e della stessa Costituzione dall'altro: un "bilanciamento" – come si vede – dall'esito obbligato. Il Capo dello Stato che mostri così di ragionare è un Capo di Stato costituzionale ovvero di uno di eccezione?

3. Il mercato, crescente attivismo della Corte costituzionale, l'innesto da essa operato di elementi propri dello stato di eccezione nel tronco dello Stato costituzionale, la irresistibile tentazione del giudice delle leggi di porsi quale un potere costituente permanente

Al forte attivismo del Presidente della Repubblica ha poi fatto da *pendant* – come si accennava – la parimenti forte intraprendenza della Corte costituzionale, che proprio negli anni a noi più vicini si è manifestata con singolare evidenza¹⁸ ed ha avuto il terreno più fertile in cui ha messo radici laddove prendono corpo le esperienze riguardanti i diritti fondamentali¹⁹.

¹⁸ Riferimenti, ora, con riguardo alla giurisprudenza degli ultimi vent'anni, in G. D'AMICO - D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisdizione e politica*, in AA.VV., *Interpreti e interpretazioni della Costituzione nel periodo 1993/2013*, a cura di M. Cavino e S. Sicardi, di prossima pubblicazione per i tipi de Il Mulino.

¹⁹ È sufficiente qui rammentare, tra le molte altre (e tra le più recenti), solo le pronunzie del nostro giudice delle leggi nn. [278 del 2013](#) (che ha salvaguardato il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche), [279 del 2013](#) (in materia di sovraffollamento carcerario e tutela della dignità dei detenuti, sulla quale si tornerà a momenti), [162 del 2014](#) (che ha fatto cadere il divieto di fecondazione eterologa), [170 del 2014](#) (che ha riconosciuto il diritto di *ex* coniugi alla tutela della loro condizione di coppia, a seguito dello scioglimento del loro matrimonio per effetto del mutamento di sesso di uno di essi).

La Corte costituzionale si è da tempo dotata di strumenti decisori particolarmente incisivi e, a conti fatti – checché ne dica la stessa Corte –, in non pochi casi invasivi degli ambiti materiali di tradizionale spettanza del Parlamento e del Governo.

Oggi però le tecniche decisorie in parola sono piegate ad un obiettivo un tempo sconosciuto, che è di assicurare una vera e propria quadratura del cerchio, vale a dire di riuscire a bilanciare in modo soddisfacente, autenticamente paritario, le esigenze facenti capo ai vincoli di bilancio (che – come si sa – in tempi di *spending review* risultano particolarmente stringenti) con le aspettative di tutela dei diritti fondamentali e, in genere, di mantenimento del quadro costituzionale.

Questo bilanciamento ha talora assunto forme inusuali, persino inquietanti.

Rammento qui solo due vicende.

La prima, assai recente, riguarda la giurisprudenza costituzionale a riguardo della condizione di degrado in cui versano i detenuti a motivo del sovraffollamento delle carceri. La Corte italiana si è sul punto allineata alla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo, censurando severamente l'inerzia del legislatore nel non porre rimedio ad uno stato di cose non più sopportabile; lo ha fatto, però, concludendo nel senso della inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, pur avvertendo che, protraendosi ulteriormente l'inerzia stessa, avrebbe potuto mutare avviso, convertendo il rigetto di oggi in un successivo accoglimento ([sent. n. 279 del 2013](#), cit.).

Diciamo le cose come stanno. La dignità della persona umana, che molti di noi considerano un valore indisponibile, “supercostituzionale”²⁰, la “bilancia” – si è detto da un'autorevole dottrina²¹ – su cui si dispongono i beni bisognosi di bilanciamento (e le norme che li hanno ad oggetto), è a conti fatti messa da canto nella considerazione della materiale impossibilità, anche a motivo della esiguità delle risorse finanziarie disponibili, di provvedere alla costruzione di nuove carceri a misura d'uomo.

Questa vicenda ne fa tornare alla mente un'altra, verificatasi ai tempi bui in cui le strutture portanti dello Stato costituzionale erano minacciate dalle brigate rosse, i cui aderenti ritenevano che il fine della edificazione di una società (a loro dire) più giusta giustificasse il sacrificio di esseri umani innocenti, presi a bersaglio più o meno casuale di azioni terroristiche. Ed anche allora, il giudice delle leggi, investito della questione di costituzionalità di una normativa che prolungava in modo abnorme la durata della carcerazione preventiva con palese sacrificio della dignità delle persone in attesa di giudizio (e che avrebbero potuto anche dimostrarsi innocenti), ritenne di dover far salva, *in nome*

²⁰ La tesi della dignità quale valore “supercostituzionale”, come tale insuscettibile di bilanciamento, è già in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; di contro, considerano la dignità soggetta essa pure a bilanciamento, tra gli altri, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, cit., III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, 1060 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

²¹ Così, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

dell'emergenza, la normativa stessa, per la semplice ragione che non v'era materialmente il modo di far celebrare in tempi brevi, ragionevoli, i processi a loro carico ([sent. n. 15 del 1982](#)).

Due vicende altamente, tristemente istruttive, che rendono eloquente testimonianza dell'innesto di esperienze, positive e giurisprudenziali, di eccezione in un tronco che avrebbe voluto allora e vorrebbe oggi restare quello proprio di uno Stato di diritto costituzionale.

Molti altri casi ancora, pur se meno drammatici di quelli succintamente ora descritti, sono poi utilmente evocabili nel medesimo ordine di idee.

Si pensi dunque, ad es., alle volte in cui la Corte costituzionale ha giudicato reciprocamente "bilanciabili" il principio della osservanza delle norme costituzionali sulla normazione col principio della tutela (effettiva, non meramente nominale) dei diritti fondamentali, a conti fatti facendo recedere le prime a fronte del bisogno di assicurare protezione ai secondi.

Due, in particolare, gli ambiti di esperienza in cui si è avuto riscontro di quest'indirizzo giurisprudenziale: quello dei rapporti tra diritto interno e diritto di origine esterna e l'altro dei rapporti tra Stato e Regioni.

Quanto al primo, nella [sent. n. 317 del 2009](#) (e in altre successive), con riferimento al rilievo in ambito nazionale della CEDU, la Corte ha affermato che il principio di cui all'art. 117, I c., cost., che fa obbligo alle leggi di Stato e Regioni di prestare rispetto agli obblighi internazionali, soggiace a "bilanciamento" con altri principi e norme della Costituzione. Di modo che, qualora si dimostri che una norma di legge offra una garanzia ai diritti fondamentali (e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti) ancora più elevata ed appagante di quella che è loro data dalla CEDU, sarà quest'ultima a doversi fare da parte (e, con essa, la norma costituzionale che vi dà "copertura"). In realtà, come si è tentato di mostrare in altri luoghi di riflessione scientifica, in una congiuntura siffatta non sembra corretto discorrere di un "bilanciamento" in senso proprio, dal momento che è la stessa CEDU a ritagliare per sé un ruolo "sussidiario", dichiarando di voler valere non già incondizionatamente bensì unicamente laddove sia giudicata in grado di portare il livello delle garanzie ancora più in alto di quello fissato dalle norme nazionali²².

Ora, è chiaro che non è di ciò che siamo oggi chiamati nuovamente a discutere. Resta, comunque, il fatto in sé del punto di diritto enunciato dalla giurisprudenza costituzionale, nella parte in cui dichiara passibili di bilanciamento le stesse norme sulla normazione, le quali – non si dimentichi – costituiscono, secondo l'aureo insegnamento kelseniano, la Costituzione *in senso materiale*, ciò che ne dà l'essenza e la distingue da ogni altra fonte.

²² Sembra ora accedere a quest'ordine di idee [Corte cost. n. 223 del 2014](#) [e, su di essa, volendo, la mia nota dal titolo *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in [Consulta OnLine](#), 1 settembre 2014].

Quanto al secondo ambito, nelle sentt. nn. [10](#) e [121 del 2010](#), la Corte costituzionale ha acconsentito al sacrificio dell'autonomia regionale da parte di atti legislativi dello Stato, mantenuti in vigore malgrado l'invasione della sfera di competenze delle Regioni da essi operata, appunto in quanto volti a dare appagamento a diritti altrimenti condannati a restare sguarniti di tutela.

La giurisprudenza sul punto, nondimeno, esibisce non rimosse aporie di costruzione e si dimostra essere alquanto incerta ed oscillante.

Per un verso, infatti, la Corte stranamente applica “a senso unico” la “logica” suddetta, non ammettendo l'ipotesi speculare a quella sopra fatta, e cioè che possa esser data anche alle Regioni l'opportunità di immettersi con le loro leggi negli ambiti materiali di competenza dello Stato, specificamente laddove quest'ultimo non abbia ancora legiferato e si tratti appunto di dare tutela ai diritti e, in genere, ad interessi costituzionalmente protetti²³.

Per un altro verso, a conferma delle oscillazioni, di cui un momento fa si diceva, si consideri la circostanza per cui la Corte ha, in tempi molto recenti, ora confermato le affermazioni fatte nelle decisioni sopra indicate ([sent. n. 62 del 2013](#)) ed ora invece dichiarato essere le norme sulla normazione comunque insuscettibili di bilanciamento (sentt. nn. [148](#) e [151 del 2012](#), [39 del 2013](#), [99 del 2014](#)).

Altri esempi ancora possono addursi a riprova del marcato (e talora esasperato) attivismo del giudice costituzionale: tra questi, quello forse maggiormente indicativo è dato dalla recente pronuncia, la [n. 1 del 2014](#) dietro cit., della Corte costituzionale che, dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge elettorale, si è portata oltre quella che in passato era considerata un'autentica “zona franca” della giustizia costituzionale e – ciò che maggiormente importa – ha determinato la sostituzione di un sistema elettorale con un altro²⁴.

Uno speciale rilievo va poi assegnato al modo, invero alquanto “libero” o – diciamo pure – disinvolto, con cui la Corte ha fatto (e fa) uso delle tecniche decisorie di cui dispone e delle quali la stessa si è a piene mani dotata. Se n'è detto in altri luoghi e non occorre dunque ora indugiare ad illustrare esperienze peraltro assai note: l'utilizzo discontinuo, ondivago, delle tecniche decisorie è stato, infatti, molte volte e da tempo denunciato²⁵, rilevandosi lo stato di sofferenza in cui in tal modo

²³ La qual cosa, poi, potrebbe far pensare ad una sorta di ordinazione gerarchica tra unità ed autonomia, che veda l'un valore stare sopra l'altro e, alla bisogna, sopraffarlo. Palese sarebbe, però, l'errore, metodico prima ancora che teorico, a basi di un ragionamento siffatto, ove si convenga a riguardo del fatto che unità e autonomia sono chiamati a stare in reciproco, costante equilibrio e che anzi, come si è tentato di mostrare in altri luoghi, non si pongono quali valori distinti o, peggio, in modo irriducibile confliggenti bensì quali i due profili inseparabili di un unico, composito valore, che è quello della unità *attraverso* la promozione dell'autonomia ovvero dell'autonomia *nella* unità.

²⁴ Il punto è giustamente, e con una certa preoccupazione, prontamente rimarcato in dottrina: v., spec., M. LUCIANI, *La garanzia aristocratica della democrazia (a proposito della [sent. Corte cost. n. 1 del 2014](#))*, in *Lo Stato*, 2/2014, 187 ss.

²⁵ ... tra gli altri, da R. ROMBOLI, che vi ha insistito in molti scritti, tra i quali *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura

viene a versare il carattere “processuale” del processo costituzionale²⁶. Oggi però siamo in presenza di un loro adattamento ai casi in modi originali, fortemente incisivi, frutto di selezioni provviste di marcata coloritura politica.

Basti solo fermare, solo per un momento, l’attenzione su una vicenda, altamente emblematica di questo stato di cose.

Ne riassumo l’andamento.

Si è sempre pensato che ogni atto esprima un effetto tipico, diverso da quello proprio di atti di diversa natura. Con specifico riguardo alle decisioni della Corte, abbiamo invece di recente assistito a pronunzie di segno opposto (l’una di rigetto con monito, l’altra additiva di principio) che tuttavia hanno prodotto il medesimo effetto, in un caso e nell’altro le pronunzie stesse non potendo avere seguito senza il necessario intervento del legislatore²⁷. Nella seconda decisione, poi, la Corte si è spinta fino a dichiarare l’illegittimità costituzionale di una legge che... *non c’è*²⁸; e – a quanto pare – è la prima volta che ciò accade. La legge che stabilisce lo scioglimento automatico del matrimonio di coppia ormai divenuta dello stesso sesso è fatta, sì, oggetto di un’additiva di principio; lo strano è però che la Corte non ha esitazione alcuna a dichiararsi nel senso che lo scioglimento debba comunque aver subito luogo, aggiungendo tuttavia nel corpo di una legge *in sé non incostituzionale* una norma nuova che prelude alla futura regolazione legislativa della condizione delle persone già coniugate.

dello stesso R., Giappichelli, Torino 1994, 151 ss.; *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1090 ss.; *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. dell’Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2/2002, 41 ss.; *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi, Giappichelli, Torino 2008, 503 ss.; *Il diritto processuale costituzionale dopo la “svolta” degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 317 ss. Altre indicazioni in A. MORELLI, *L’illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008, 5 ss.

²⁶ L’instabilità delle soluzioni di merito, pur appartenendo infatti al quotidiano operare dei giudici, comporta una palese sofferenza sia per l’eguaglianza che per la certezza del diritto (che vorrebbero uniformità di trattamento, l’una, e prevedibilità dei giudizi, l’altra); l’instabilità delle tecniche processuali, poi, acuisce ancora di più il *vulnus* costituzionale, mettendo in crisi proprio la “giurisdizionalità” del giudice. E ciò, se si conviene a riguardo del fatto che, diversamente dai decisori politici che possono rivoltare da cima a fondo una decisione o un intero indirizzo precedenti, il giudice che rinneghi... *se stesso*, malgrado l’identità delle questioni in tempi successivi decise e fermo restando il contesto (la “situazione normativa”, piace a me dire) in cui esse s’inscrivono ed inverano, per ciò solo verrebbe meno al compito di somministrare giustizia, innaturalmente commutandosi appunto in decisore politico. Quella tipizzazione dei ruoli, di cui si diceva, non risulta così interamente smarrita, con pregiudizio grave, irreparabile, per il principio della separazione dei poteri.

²⁷ Si pensi, ad es., al diniego fatto alle coppie composte da persone dello stesso sesso di accedere al matrimonio, fermo restando il loro diritto alla regolazione della loro condizione di coppia. Ebbene, la [sent. 138 del 2010](#) rigetta – come si sa – l’istanza di parte volta alla caducazione della disciplina normativa preclusiva delle nozze, mentre la [sent. n. 170 del 2014](#), che pure tiene fermo il paradigma eterosessuale del matrimonio espressamente rifacendosi alle indicazioni fornite dalla pronunzia sopra cit., è di accoglimento, *sub specie* di additiva di principio, riconoscendo il diritto degli *ex* coniugi, che vedano il loro matrimonio sciolto in conseguenza del mutamento di sesso di uno di essi, ad avere una disciplina positiva che specificamente li riguardi ed offra dunque loro adeguata tutela.

²⁸ Quest’ appunto critico può, volendo, vedersi nel mio [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (13 giugno 2014).

Siamo, dunque, in presenza – ha fatto notare un'avveduta dottrina²⁹ – di una variante insolita nel *genus* pur variegato delle pronunzie in parola.

Il vero è che il giudice delle leggi ha fatto (e fa) un uso esasperato degli strumenti decisori di cui dispone³⁰, nell'intento di risvegliare dal letargo in cui da troppo tempo versa un legislatore irresponsabilmente inerte ed insensibile alle istanze di tutela di persone lese nella loro dignità.

La più attendibile testimonianza della torsione del ruolo della Corte sembra tuttavia esser data dai casi in cui quest'ultima fa luogo non già alla sostanziale “riscrittura” dei testi di legge portati al suo giudizio, bensì dello stesso parametro costituzionale³¹, sia pure occultando in modo accorto l'operazione d'innovazione costituzionale posta in essere e presentandola quale mera traduzione fedele del parametro stesso, per le specifiche esigenze del singolo caso³². In tal modo, la Corte, dimostra nei fatti di sapersi porre alla bisogna quale un autentico *potere costituente permanente* (aggiungo: un *mostruoso* potere costituente), avvalorando così la felice (ma inquietante) intuizione di Giovenale, allorché pensoso s'interrogava a riguardo di chi potesse essere il “custode dei custodi” (*quis custodiet ipsos custodes?*).

4. Il “dialogo” tra Corte costituzionale e Corti europee: una risorsa preziosa al fine di parare il rischio che una sola di esse si ponga, in sovrana solitudine, quale vertice del sistema (anche al piano delle relazioni interordinamentali)

In questo quadro, qui molto sommariamente descritto, si tratta allora di chiedersi se si diano e quali siano le risorse disponibili per porre un argine ad una deriva autoritaria che – per singolare ironia della sorte – potrebbe vedere per protagonisti proprio i massimi garanti del sistema costituzionale³³.

²⁹ R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: la Corte costituzionale dichiara per la prima volta la incostituzionalità della omissione “pura e semplice” del legislatore attraverso una additiva di principio priva dell'effetto demolitorio (Quanto la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in corso di stampa in *Foro it.*

³⁰ Secondo molti autori, un'analogia forzatura starebbe a base della decisione caducatoria della legge elettorale, sopra già richiamata, sotto lo specifico aspetto della rilevanza della questione, problematicamente sussistente nella circostanza *de qua*.

³¹ Ho avuto modo di soffermarmi sul punto in più scritti, a partire da *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999, spec. 155 ss.

³² Un solo, noto esempio per tutti (ma molti altri potrebbero addursi a riprova delle “modifiche tacite” della Costituzione avutesi *ope juris prudentiae*): la riscrittura del Titolo V per mano del giudice costituzionale, rispetto alla sua pasticciata versione ad opera della legge cost. n. 3 del 2001, al punto che il Titolo stesso “vivente” a fatica (e solo con molta buona volontà) si fa riconoscere avendo a punto di riferimento l'immagine consegnataci dal revisore costituzionale (di una Corte che riscrive la Costituzione ha discorso, in relazione ad una importante decisione della Corte stessa, un'accorta dottrina: v., dunque, A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in www.forumcostituzionale.it).

³³ Che poi il fine possa giustificare il mezzo e che, dunque, l'intraprendenza degli organi supremi di garanzia possa rinvenire giustificazione nel nobile intento di salvaguardare una Repubblica sull'orlo del precipizio è discorso che rimanda

Ora, un ruolo di prima grandezza è già al presente giocato (ed ancora di più potrà esserlo nel prossimo avvenire) dagli organismi sovranazionali. Quella “sovranità” *dimezzata o condivisa*, di cui un momento fa si diceva, potrebbe infatti riflettersi a tutto campo, coinvolgendo gli stessi organi di garanzia, specie – per ciò che ora interessa – le Corti nazionali (e i giudici in genere).

Il “dialogo” tra le Corti – formula pure abusata e, nondimeno, bisognosa di essere spiegata – può infatti giovare a parare i rischi che sempre si corrono ogni qual volta una sola sia (ed essa stessa si consideri essere) la Corte di vertice, abilitata ad enunciare “verità” inconfutabili di diritto costituzionale (e di diritti costituzionali).

A questo proposito, se si guarda al modello positivo, si trae conferma che le Carte europee dei diritti (e, segnatamente, la CEDU e la Carta dei diritti dell’Unione) ritagliano per sé un ruolo meramente “sussidiario”; nei fatti, però, il quadro appare essere assai più articolato e composito. E, invero, le Carte stesse, nel loro farsi *diritto vivente*, per il modo cioè con cui sono in concreto fatte valere dalle Corti che ne sono istituzionalmente garanti, danno alle volte l’impressione di considerarsi *superiorem non recognoscentes*³⁴.

Dal suo canto, anche la Corte costituzionale, a conti fatti, lascia spazio per l’applicazione delle Carte suddette unicamente laddove le ritiene convergenti e compatibili rispetto alla Carta costituzionale, non avendo fin qui mai ammesso che si diano casi di lacune costituzionali colmabili

a giudizi ideologicamente condizionati e che, pertanto, non può essere qui fatto. D’altro canto, solo lo storico del futuro, non pure il giurista di oggi, potrà tentare di dare risposta ad un sì impegnativo ed inquietante quesito. Sta di fatto che la “logica” machiavellica del fine a tutti i costi appartiene, per sua natura ed indeclinabile vocazione, ad un contesto segnato dall’eccezione, non pure dalla normalità costituzionale.

Non si tratta, peraltro, di un fenomeno che riguarda i soli organi supremi; piuttosto, la “logica” sembra dotata di formidabile capacità diffusiva, di penetrazione sin negli angoli più reconditi dell’ordinamento e del tessuto sociale.

Un solo esempio, con riferimento ad una vicenda che ha fatto molto discutere: quella della trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all’estero. Ebbene, a seguito dell’iniziativa adottata dal Ministro degli interni e concretatasi in una circolare che faceva divieto della trascrizione stessa, alcuni Sindaci si sono premurati a dichiarare che non vi avrebbero prestato ossequio, in tal modo esercitando una sorta di anomalo “diritto di resistenza”, malgrado la loro qualità di “ufficiali del Governo”. Insomma – com’è stato detto da una sensibile dottrina, cui certo non può farsi rimprovero di mancanza di attenzione verso i diritti fondamentali e le forme della loro tutela, anche sovranazionale (V. ZAGREBELSKY, *Ci vuole una nuova legge non il ribellismo dei giudici*, in *La Stampa*, 9 ottobre 2014) – una vera e propria “ribellione” istituzionale. Com’altro, allora, qualificarla, se non facendo richiamo allo stato d’eccezione? Giusta questa lettura, il fatto preoccupa non poco, in quanto indicativo di un progressivo e sempre più esteso sfilacciamento del tessuto sociale ed istituzionale, suscettibile – laddove dovesse ripetersi in altri campi materiali di esperienza – di pregiudicare la stessa tenuta dell’ordinamento fondato sui valori della Carta repubblicana.

Va tuttavia pur detto – per dovere d’informazione – che altra e non meno avvertita dottrina (S. RODOTÀ, *Il Parlamento latitante*, in *La Repubblica*, 8 ottobre 2014), di contro, ha inteso il comportamento dei Sindaci quale limpida testimonianza di servizio prestato ai diritti fondamentali e, dunque, ai principi che stanno a base dello Stato costituzionale.

Come può vedersi da questo esempio, stabilire ciò che appartiene allo stato d’eccezione e ciò che invece appartiene allo Stato costituzionale appare alquanto problematico ed incerto, secondo quanto peraltro è proprio di congiunture segnate da interna confusione e gravi tensioni e contraddizioni coinvolgenti la larghi strati del corpo sociale ed operatori istituzionali.

³⁴ Emblematicamente espressiva di un’idea incondizionata del primato del diritto dell’Unione la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sul caso *Melloni*, malgrado l’esplicito riconoscimento fatto dall’art. 4 TUE del doveroso rispetto da parte dell’Unione non soltanto delle “tradizioni costituzionali comuni” ma degli stessi principi di struttura dei singoli Stati.

facendo utilizzo di altre Carte ovvero casi in cui queste ultime innalzino il livello della tutela rispetto a quello fissato dalla Carta nazionale. Particolarmente indicativo di quest'*animus*, metodologico e di strategia processuale allo stesso tempo, è quanto detto in una risalente (e, tuttavia, ancora oggi attuale) pronunzia, la [n. 388 del 1999](#), nella quale, per un verso, la Corte sembra fare professione di umiltà e di grande apertura mentale, dichiarando che la Costituzione e le altre Carte dei diritti “si integrano completandosi reciprocamente nella interpretazione”; per un altro verso, però, il “nazionalismo” costituzionale prende subito il sopravvento, dal momento che la Corte si fa premura di precisare che, in ogni caso, “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, *e non meno intensa garanzia*, nella Costituzione” (il corsivo è, ovviamente, aggiunto).

La ricostruzione dei lineamenti del modello costituzionale, al di là delle oscillanti dichiarazioni rese dal giudice delle leggi, in questa come in altre pronunzie, è resa nondimeno disagiata dal fatto che la legge fondamentale della Repubblica parrebbe dare indicazioni reciprocamente slegate o, diciamo pure, contraddittorie.

Da un lato, infatti, v’è, pesante come un macigno, l’art. 137, ult. c., cost. che, stabilendo essere le decisioni della Corte costituzionale non soggette ad impugnazione alcuna, parrebbe voler porre la Corte stessa in sovrana solitudine al vertice della piramide in cui si dispongono tutti gli altri organi dello Stato e le stesse Corti europee, al momento in cui entrano in rapporto con la nostra Corte.

Da un altro lato, però, v’è il principio fondamentale dell’apertura del diritto interno al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11. Un principio che, peraltro, è chiamato a fare “sistema” coi principi fondamentali restanti e, soprattutto, coi principi di cui agli artt. 2 e 3, nei quali è fatto riconoscimento della coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza.

Se ci si pensa, sono proprio questi ultimi principi a dare un senso a quello di apertura, a stabilirne le condizioni di attivazione, gli effetti, i limiti. Con la conseguenza che, laddove *ab extra* vengano dei materiali positivi ovvero giurisprudenziali maggiormente idonei di quelli di diritto interno (persino – perché no? – di quelli costituzionali) a dare appagamento ai diritti fondamentali e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti, saranno essi a porsi a punto di riferimento per gli operatori nazionali (legislatore, amministratori, giudici). Nel caso inverso, laddove cioè la miglior tutela degli interessi costituzionali, nel loro fare “sistema”, sia data dalle norme nazionali (in particolare, legislative e persino costituzionali), saranno queste ultime a dover avere la precedenza rispetto a quelle. In un caso e nell’altro, se ci si pensa, è la stessa Costituzione a prescrivere quest’esito, quale quello in tesi maggiormente idoneo a dare appagamento ai principi di libertà ed

eguaglianza, nel loro fare “sistema” col principio di apertura e, in genere, coi principi fondamentali restanti³⁵.

In questo quadro ricostruttivo, qui appena accennato e bisognoso di ben più accurata e puntuale descrizione, non vi è, non può esservi, *per sistema*, un solo organo – nazionale o sovranazionale che sia –, tra quelli giurisdizionali, a potersi fregiare del titolo di “sovrano”, supremo. Il vertice – se vogliamo seguitare a chiamarlo così – è piuttosto dato da un piano “orizzontale” in cui si dispongono, *in via di principio in condizioni di parità*, tutte le Corti (nazionali o sovranazionali), per la elementare ragione che paritaria è la condizione in cui versano tutte le Carte dei diritti³⁶.

Tra le Corti viene, dunque, a svolgersi una partita aperta, nei singoli casi, ad esiti imprevedibili e governata dalla *Grundnorm* della tutela più “intensa” dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti), protesa allo scopo – l’autentico *Grundwert* che sta a base delle relazioni interordinamentali – della salvaguardia della dignità della persona umana. Un esito, questo, obbligato, se si conviene che la Costituzione italiana, al pari delle Carte dei diritti e delle Costituzioni venute alla luce nel secondo dopoguerra e delle altre ancora più recenti (in Europa, specie dopo la caduta del muro di Berlino e la conseguente, affannosa ed incerta democratizzazione degli ordinamenti dei Paesi dell’Est), ha nella centralità della persona umana il suo cuore pulsante, la sua ragione d’essere, il *fine* ed il *confine* del proprio vigore.

5. Il recupero dell’etica pubblica repubblicana quale soluzione la più adeguata a preservare le basi portanti dello Stato costituzionale, malgrado le occasionali esperienze riportabili allo stato d’eccezione

Passa dunque da qui la verifica della linea di confine tra le situazioni di eccezione e il fisiologico svolgimento e rinnovamento dello Stato costituzionale. Se e fino a quando le pratiche normative e (soprattutto) giurisprudenziali risulteranno effettivamente orientate alla ricerca dell’ottimale

³⁵ Così viste le cose, la convergenza della nostra Carta rispetto alle altre Carte dei diritti è piena, tutte *astrattamente* sollecitando l’adozione di soluzioni, normative e giurisprudenziali, idonee ad innalzare fin dove possibile il livello della tutela dei diritti fondamentali. Il punto è però che – come si faceva poc’anzi notare – non sempre ciò che si predica si mette in pratica, restando pur sempre uno scarto, ora più ed ora meno visibile, tra modello ed esperienza.

³⁶ Quest’affermazione è, in realtà, contraddetta dalla giurisprudenza (in ispecie, da quella costituzionale) che seguita stancamente a considerare le Carte dei diritti diverse dalla Costituzione comunque soggette alla osservanza di quest’ultima: in ogni sua parte, quanto alla CEDU (ed alle altre Carte internazionali); unicamente nei suoi principi fondamentali, quanto alla Carta dell’Unione europea, abilitata (al pari di ogni altra fonte dell’Unione) a derogare alla stessa Costituzione, eccezion fatta appunto dei suoi principi fondamentali (i c.d. “controlimiti”).

Ferme però le premesse teoriche sopra poste, secondo cui le relazioni tra gli ordinamenti (e le loro Carte) sono governate dal canone della tutela più “intensa”, nessun ordine gerarchico può dirsi sussistere *a priori* tra le fonti, dovendosi invece di volta in volta andare alla ricerca delle *norme, quale che ne sia la forma o la provenienza*, che risultino in grado di servire al meglio la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza.

appagamento dei principi-valori costituzionali, vale a dire della realizzazione della Costituzione *come "sistema"*, al servizio dell'uomo e della sua dignità, potremo dire di essere *ancora* in uno Stato costituzionale, malgrado la crisi economica e i suoi devastanti effetti, pur laddove ciò dovesse volgersi a pregiudizio del rigoroso rispetto della legalità (anche costituzionale!). Laddove invece dovessimo concludere che le pratiche suddette non riescono a porsi (non *possono* ovvero non *vogliono* porsi) al servizio dell'uomo, dovremo amaramente concludere essersi ormai abbattute le basi portanti dello Stato e smarrita la Costituzione, la sua forza, il suo valore.

Vorrei tuttavia chiudere questa succinta riflessione con una nota di speranza, diciamo di cauto ottimismo. Malgrado infatti le perplessità che le esperienze sopra descritte sollevano circa la loro piena conformità a Costituzione, confido che quest'ultima riesca ancora oggi a rinvenire dentro di sé le risorse, etiche prima ancora che di altra natura, per farsi valere, ancorché in forme assai diverse dal passato. Si tratta tuttavia di stabilire se si riuscirà ad estrarle e portarle a frutto. *Condicio sine qua non* perché questo avvenga è – a me pare – la realizzazione di un progetto in cui a parole tutti si riconoscono ma che non si è potuto ancora oggi neppure avviare e portare ad effetto: la moralizzazione diffusa dei comportamenti, al livello dell'apparato come pure della comunità organizzata, vale a dire il loro fermo orientamento verso quell'*etica pubblica repubblicana* che ha dato un senso alla vicenda costituente e che vuole seguitare a darlo anche alle vicende del tempo presente. Esperienze riconducibili allo stato di eccezione potrebbero anche rivelarsi – va riconosciuto senza infingimenti o mezzi termini – quale il costo che dobbiamo pagare per il conseguimento di questo difficilissimo, ma assolutamente necessario, obiettivo.

La speranza è appunto che tali esperienze non costituiscano poi, a conti fatti, un comodo alibi per coloro che hanno di mira non già il ristabilimento della fisiologia costituzionale bensì il suo definitivo, ancorché ad arte mascherato, abbattimento.