

LUCIO PEGORARO

LA CORTE COSTITUZIONALE:
UN «POTERE ARISTOCRATICO» A CUSTODIA
DELLA COSTITUZIONE? *

1. Considerazioni introduttive

Per giustificare il titolo assegnato a questo contributo, è indispensabile operare una premessa d'indole storica: esaminare cioè – nei limiti suggeriti dalla sede in cui esso viene svolto – come sia nata e si sia poi sviluppata l'idea di un giudice delle leggi. Solo dopo aver ripercorso, nelle grandi linee, l'evoluzione della giustizia costituzionale, si renderà invero possibile constatare l'inusitato ruolo da essa rivestito nei moderni ordinamenti, e spiegare come i processi decisionali delle Corti e di Tribunali costituzionali siano tutt'affatto diversi da quelli battuti dagli organi muniti di legittimazione democratica.

2. Definizioni

Con le parole «giustizia costituzionale» qualcuno denomina assai latamente ogni confronto operato da chicchessia – sia esso un organo *ad hoc*, lo stesso legislatore o altri – tra norme costituzionali (o considerate tali) e altre norme.

Oggi tuttavia, allorché si ragiona di giustizia costituzionale, si usa nelle grandi linee alludere, per lo più, al riscontro, da parte di un organo giurisdizionale (che opera dunque in posizione di terzietà), tra Costituzione (formalizzata e rigida) e norme a essa subordinate; un riscontro assistito dal potere di espungere le norme contrastanti dall'ordinamento giuridico.

Non già ci si richiama, dunque, ad altre forme di controllo: ad es., quelle proprie di antichi ordinamenti, dove pure si registrava – ma in forme lontanissime dalle attuali – una sorta di graduazione tra regole di vario tipo, ed era talora possibile «annullare» quante di esse confliggevano con le norme «superiori».

* Comunicazione letta il 31 maggio 1996 nella Sala degli Stucchi di Palazzo Trissino (Vicenza).

Né si allude al sindacato esercitato dalle stesse assemblee parlamentari, avente ad oggetto leggi reputate «costituzionali» per la loro importanza, ma non munite di una forza particolare (ad es. l'autocontrollo che esercitavano i parlamenti ottocenteschi, allorché si trattava di introdurre disposizioni derogatorie non solo di statuti, carte costituzionali flessibili, ma anche dei codici: un'attività, questa, sempre contornata dalla massima cautela, atteso l'alto significato «costituzionale» attribuito a tali testi, non a caso considerati la struttura portante dell'ordinamento).

Parimenti, è indispensabile distinguere la giustizia costituzionale in senso stretto da quella che si esaurisce in una mera deliberazione di costituzionalità quale, in svariati ordinamenti, sono chiamati a svolgere il Re o il Presidente della Repubblica, in sede di promulgazione delle leggi.

Infine, lo spettro di analisi della giustizia costituzionale, e la connessa comparazione dei modelli, non può che dispiegarsi nell'ambito di ordinamenti caratterizzati dalla forma di Stato liberale o liberal-democratica; essendo, altre forme di controllo di costituzionalità, tali solo per assonanza: lo sono in particolare quelle che operano in ordinamenti – socialisti, autoritari, teocratici – i quali non assicurano l'indipendenza del giudice delle leggi, e in generale la struttura profonda del sistema giuridico, i rapporti tra i poteri, le relazioni tra società e Stato rendono problematico ogni confronto.

Solo con la positivizzazione della Costituzione, e poi con la consacrazione della sua superiorità formale, ha un senso ragionare di giustizia costituzionale in senso moderno.

D'altro canto, come di un colore si può avere la percezione solo se lo si conosca per il confronto con gli altri colori, così l'attuale atteggiarsi del modello giurisdizionale di giustizia costituzionale non verrebbe a pieno compreso se si rinunciassero del tutto ad affondare l'indagine nella storia (e nella storia delle dottrine politiche, e nella teoria generale del diritto), onde percepire le radici profonde di idee, istituti e discipline, svelare i *crittotipi*, cogliere le analogie e del pari denunciare le differenze.

3. Antichi precedenti

L'idea di legge superiore, così come sviluppatasi nella storia delle dottrine politiche, si rivela allora indispensabile anche al fine di inquadrare l'argomento delle prossime pagine: l'evolversi della giustizia costituzionale (e la straordinaria importanza che essa assume negli odierni ordinamenti), in tanto può essere compresa in quanto la si percepì-

sca con sensibilità storica e comparatistica (sopra tutto in relazione al modello nordamericano il quale – anche se ciò può apparire a prima vista sorprendente – si collega all'evoluzione giuridica inglese: vale a dire, di un ordinamento che non conosce il controllo di costituzionalità).

Appare dunque utile ricordare subito che le varie teorie della legge fondamentale succedutesi nel corso del tempo conobbero alcune traduzioni nel diritto positivo; in particolar modo furono talvolta stabilite a presidio delle norme «costituzionali» – diremmo oggi – persino specifiche azioni giudiziarie.

Così, non solo la superiorità della *politeia* rispetto ai *nómoi* veniva teorizzata da Aristotele, ma addirittura – come ci ricordano U.E. Paoli, Cappelletti e Rhodes – un particolare rimedio processuale, detto *grafé paranómon*, assicurava nel diritto attico che i decreti dell'assemblea cittadina (*psefismata*) fossero conformi alle leggi (*nómoi*). Nel diritto romano, le opere di Cicerone sulla superiorità del *jus civile* rispetto alle altre forme di produzione giuridica sono talora evocate con riferimento alla teoria della legge superiore; mentre taluno si richiama all'*adscriptio*, con la quale il *jus* veniva dichiarato *sacrosanctum*, per accostare tale formula a una sorta di dichiarazione di costituzionalità (Corwin).

4. I prototipi: dal *Bonham's case* al *judicial review of legislation* negli Stati Uniti d'America

È comunque ben noto che il sindacato di costituzionalità, quale lo si conosce e lo si pratica oggi presso gran parte degli ordinamenti giuridici, acquistò per la prima volta importanza negli Stati Uniti d'America, agli inizi dell' '800; ed è pure pacifico che la sua nascita fu parallela all'affermarsi del concetto di Costituzione rigida, idonea come tale ad essere assunta dai giudici quale parametro di legittimità delle leggi ordinarie. È certo infine che il diritto costituzionale nordamericano è largamente debitore, in questi suoi profili e sviluppi, ai precedenti inglesi.

Al magistrato inglese sir Edward Coke, che operò nel primo trentennio del '600, si fa risalire la nozione stessa di legge fondamentale: egli fece proprie le teorie di Bracton e Fortescue – i quali volevano il Monarca sottoposto alla *lex terrae* – e la tradusse in pratica nel famoso caso *Bonham*, discusso davanti al Tribunale dei *Common Pleas* nel 1610.

In quella celebre causa, affermando che il Collegio Medico di Londra non era competente ad adottare sanzioni nei confronti di *Bonham*, per avere egli esercitato la professione sanitaria nella città senza la

specifica autorizzazione richiesta da quel Collegio, Sir Coke aveva posto in dubbio la legittimità della legge invocata a sostegno della pretesa punitiva, sentenziando fra l'altro: «[...] in molti casi il diritto comune può servire da parametro per controllare le leggi del Parlamento e qualche volta dichiararle prive di efficacia: infatti, quando una legge del Parlamento contrasti con la comune giustizia e ragione o sia repugnante e inattuabile, è possibile appunto contestarne la legittimità sulla base del diritto comune e, se del caso, dichiararla nulla».

Per Coke il diritto comune, cioè la *common law* – monopolio del potere giudiziario – era insieme la legge fondamentale del Regno e l'incarnazione della ragione: essa racchiudeva in sé tutto ciò che, molti anni dopo, i giuristi americani fecero rientrare nella loro idea di Costituzione: tanto la struttura organizzativa del governo quanto i diritti individuali dei cittadini (Reposo).

In Inghilterra però il duplice conflitto tra il Parlamento e il Sovrano, e tra il potere giudiziario e il Parlamento, si risolse con la piena vittoria di quest'ultimo, cosicché la dottrina di Coke venne ben presto abbandonata e con essa il principio che la volontà delle assemblee rappresentative potesse essere sottoposta a quella dei giudici. Al contrario, in Nord America, già nel 1761 i giuristi della Rivoluzione si richiamavano espressamente al pensiero del Coke, quando James Otis e John Adams, per supportare con argomenti legali le rivendicazioni indipendentiste delle colonie nei confronti della madrepatria, andavano ad asserire: «Una legge contraria alla Costituzione è nulla».

Successivamente, molte sentenze coloniali, nel periodo compreso tra il 1776 e il 1787, si espressero in ordine alla costituzionalità di atti normativi, dando luogo a una cospicua giurisprudenza, che era stata del resto anticipata per taluni aspetti dallo stesso *Privy Council* inglese, allorché aveva cassato come illegittime le leggi delle assemblee coloniali contrastanti con il diritto della madrepatria (cfr. ancora Reposo).

Le Costituzione delle tredici colonie, divenute Stati indipendenti, erano poi di carattere rigido e talune di queste (ad es. quelle della Pennsylvania, del Vermont e di New York) disciplinavano istituti simili alle moderne Corti costituzionali: talché nel corso della Assemblea costituente di Filadelfia sia i sostenitori della Carta federale, sia quanti ne osteggiavano l'approvazione, parlavano apertamente di *judicial review of legislation*, in quanto l'idea che quelli giurisdizionali potessero essere organi di controllo della costituzionalità delle leggi faceva parte del loro comune patrimonio culturale e politico.

Così, sebbene la competenza di sindacare la costituzionalità delle leggi non sia prevista dal testo costituzionale nordamericano, questo la riconosce implicitamente, stabilendo una gerarchia delle fonti normative, al vertice della quale è posta la Costituzione come «suprema legge

del Paese» (si tratta della cosiddetta *supremacy clause*: art. VI c. 2); e, sopra tutto, attribuendo la funzione giudiziaria federale alla Corte Suprema e alle altre corti, di cui indica in modo dettagliato la sfera delle attribuzioni.

Questo *background* politico-giuridico consente di spiegare come il controllo di costituzionalità abbia potuto affermarsi in giurisprudenza già nei primi anni di applicazione della Carta federale: il che avvenne nel famoso caso *Marbury v. Madison*, deciso nel 1803 dalla Corte Suprema presieduta dal *Chief Justice* Marshall. Questi fu in grado di fornire solide argomentazioni tecnico-giuridiche in favore della tesi secondo cui la Corte Suprema era legittimata a contraddire il potere legislativo. La Costituzione – così ragionava il *Chief Justice* ripetendo quasi letteralmente le espressioni usate da Hamilton nel saggio n. 78 del *Federalist* – è una legge e, pertanto, essendo compito di ogni giudice procedere alla interpretazione delle leggi per decidere le controversie ad esso sottoposte, anche la Corte Suprema ha il diritto-dovere di interpretare la Costituzione al fine di risolvere ogni eventuale antinomia o conflitto tra le norme. Ora, poiché il testo costituzionale pone la Costituzione medesima, come fonte, su un piano superiore a quello delle altre leggi, spetta alla Corte Suprema (come ad ogni altro giudice) verificare se una legge è conforme ad essa prima di considerarla applicabile al caso di specie. Se questa conformità non sussiste, il giudice non può fare che dichiararla nulla e inefficace: ecco l'elementare sillogismo che sta alla base del *judicial review* (Reposo).

5. La *Verfassungsgerichtbarkeit* kelseniana

La secolare esperienza nordamericana, pur conosciuta attraverso G. Jellinek e R. Mall, non sembra aver lasciato soverchie tracce nell'elaborazione e poi nell'attuazione del secondo, grande prototipo di giustizia costituzionale, la cui teorizzazione è merito di Hans Kelsen, chiamato poi a tradurla in pratica nella Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920.

Diversi d'altronde erano i presupposti culturali e il quadro di riferimento istituzionale, rispetto al *milieu* nel quale era maturata *Marbury v. Madison* e poi era cresciuto il *judicial review* statunitense.

Pure Kelsen muoveva dal concetto di Costituzione quale norma «posta» superiore a tutte le altre e da «l'idea di un principio supremo che determina l'intero ordinamento statale e l'essenza della comunità costituita da quell'ordinamento», ma in un contesto dogmatico – quello della costruzione a gradi e dei connessi criteri per accertare la invalidità delle norme inferiori – quasi del tutto ignorato oltreoceano.

Chi dev'essere il custode della Costituzione? In quale forma va svolto il controllo? In particolare: a chi compete attivarlo? E in relazione a quali atti? Che efficacia debbono infine assumere le decisioni sulla costituzionalità delle leggi? – si chiedeva allora lo studioso praghese. Le sue risposte furono le seguenti.

a) La verifica di conformità delle leggi alla Costituzione deve essere affidata a un organo organizzato in tribunale, la cui indipendenza sia garantita dall'inamovibilità, e cioè dalla circostanza che l'organo non possa «essere giuridicamente obbligato, nell'esercizio delle sue funzioni, da alcuna norma individuale (ordine) di altri organi e, in particolare, di un organo superiore o che appartenga a un altro gruppo di autorità, ed è quindi tenuto all'osservanza delle sole norme generali ed essenzialmente delle leggi e dei regolamenti legittimi».

b) Quanto alla forma di controllo, esclusa la garanzia preventiva, che per Kelsen non potrebbe essere affidata a un tribunale, non resterebbe che istituire un controllo repressivo: esso non costituisce una invasione del potere legislativo, poiché il Tribunale costituzionale non esercita una vera funzione giurisdizionale: «annullare una legge», infatti, «significa porre una norma generale», sia pure di segno negativo (insomma, un *contrarius actus*), cosicché il tribunale che ha il potere di annullare le leggi «è di conseguenza organo del potere legislativo».

c) Il giudizio sulle leggi potrebbe essere attivato anche mediante un'azione popolare, ma tale soluzione, secondo Kelsen, pur offrendo le massime garanzie è sconsigliabile, perché si presta facilmente ad abusi. È allora preferibile attribuire a tutte le pubbliche autorità, chiamate ad applicare una legge che presumono essere incostituzionale, il potere di sospendere il procedimento e di investire della questione il Tribunale costituzionale. In alternativa, siffatto potere può essere conferito solo a talune autorità superiori o supreme (ministri, Corti supreme), oppure ai tribunali. Sicuramente, negli Stati federali, del diritto a ricorrere debbono essere titolari i governi degli Stati membri avverso gli atti incostituzionali della Federazione, e viceversa. Kelsen non esclude inoltre un diritto di ricorso da parte di una minoranza qualificata del Parlamento, come pure un intervento d'ufficio del Tribunale costituzionale stesso.

d) Oggetto del giudizio dovrebbero essere, oltre alla leggi, i regolamenti muniti di forza di legge, ossia immediatamente subordinati alla Costituzione (in pratica, decreti-legge e ordinanze di necessità), ma anche i semplici regolamenti di esecuzione, gli atti normativi generali, i trattati internazionali.

e) Il Tribunale costituzionale, riscontrato un vizio di forma – relativo cioè al procedimento di formazione dell'atto – o di sostanza, per contrasto con il contenuto della Costituzione, procede all'annullamen-

to della legge o di sue singole disposizioni, con effetto *pro futuro*, salva una limitata retroattività.

6. Un *tertium genus*: genesi della Corte costituzionale italiana

«Idea pericolosa» (Salvemini); «cosa non seria», «audacia quasi unica», «strano istituto» (Nitti); istituto da «mettere alla berlina» (Nenni); «fonte [...] di incertezze del diritto» (Orlando); «prodotto di fantasia senza precedenti», «novità assurda» frutto di «visione strampalata» (Togliatti).

In giudizi come questi, certamente non teneri, esponenti del vecchio liberalismo e della sinistra marxista (e talora anche di quella non marxista) trovarono nel dibattito dottrinale e in senso all'Assemblea costituente una inusitata convergenza nell'opporre alla proposta – manifestata dentro e fuori l'aula da azionisti, cattolici, democratici del lavoro, repubblicani – di introdurre anche in Italia il controllo di costituzionalità delle leggi.

Messi in minoranza quanti osteggiavano l'idea stessa di un giudice delle leggi, si trattava da parte dei suoi fautori di tratteggiarne la disciplina costituzionale.

Come è stato evidenziato (Basile, D'Orazio), nella discussione in Assemblea e in senso alla Commissione dei 75 si guardò più all'America che all'Austria, al punto che Hans Kelsen venne nominato, nella discussione degli articoli sulla Corte, una sola volta, e per giunta su un tema non pertinente. Il tributo alla potenza vincitrice, cui sovente i *framers* sono costretti a riferirsi dopo una sconfitta, non fu tuttavia gravoso. Troppo lontana era l'esperienza giuridica nordamericana da quella italiana per poter solo immaginare anastatiche recezioni di quel modello. A parte la diversa configurazione del giudiziario, e dei rapporti tra esso e il potere politico, era del tutto estranea alla cultura giuridica d'oltreoceano la dicotomia «carattere giudiziario-carattere politico» del giudice delle leggi, che invece tormentava i costituenti italiani (S. Volterra): ne parlarono – per citare solo alcuni tra i più illustri – Calamandrei e M. Einaudi, Nitti e Mortati, Laconi, Lussu e altri ancora.

Escluso il controllo «interno», ed accettata anche dal Partito comunista l'idea di un controllo giurisdizionale delle leggi, ci si orientò ben presto, con Calamandrei, a favore della costituzione di un organo apposito, scartando la tesi che il controllo dovesse essere affidato alle sezioni unite della Corte di cassazione (come preferiva Azzariti).

Sia per quanto riguarda la composizione dell'organo, sia nella definizione dei compiti da affidare alla istituenda Corte costituzionale, i

costituenti furono animati dalla preoccupazione di evitare qualsiasi ingerenza della Corte nella sfera discrezionale del potere legislativo. Alle parole «giudica la costituzionalità delle leggi» qualcuno propose di aggiungere l'aggettivo «giuridica», o di chiarire che era esclusa ogni valutazione di merito; gli on. Tosato e Mortati, insigni costituzionalisti, suggerirono la soluzione che poi sarebbe stata consacrata nell'art. 134: «giudica sulle *controversie* relative alla *legittimità costituzionale* delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni».

In seno all'Assemblea costituente, dunque, tanti, e gravi, erano i timori per un esercizio «politico» della funzione giurisdizionale della Corte: pur essendo in pochi ad aver letto Kelsen (Basile), i Padri fondatori della nostra Costituzione paventavano però che gli sconfinamenti nella nostra sfera descrittoria del legislatore si sarebbero consumati solo mediante atti negativi, di espulsione delle norme dal sistema, che determinava un diffuso *horror vacui*. Nessuno invece prefigurava gli sviluppi «positivi» della giurisprudenza costituzionale, e la capacità della Corte di condizionare il legislatore non solo annullando le sue leggi, ma anche reinterprestandole e reinterprestando la stessa Costituzione, aggiungendo norme e disposizioni, ammonendo e consigliando.

Dal dibattito alla Costituente affiora dunque la piena percezione che lo «strano oggetto» che si andava a istituire rappresentava in ibrido, né giudice né legislatore, e al contempo un po' giudice e un po' legislatore. Non si immaginava, invece, che l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale avrebbe lentamente configurato la Corte come organo assai diverso dal «legislatore negativo» disciplinato nel '47.

Dal punto di vista tecnico, la novità rispetto ai due modelli già operanti consistette in ciò, che l'organo chiamato a giudicare le leggi fu come in Austria uno solo – la Corte costituzionale – ma accanto all'accesso su ricorso di determinati organi si configurò anche un accesso c. d. incidentale, e cioè originato dall'eccezione prospettata da qualsiasi giudice che, chiamato ad applicare una disposizione di legge nel corso di un giudizio, dubitasse della sua conformità alla Costituzione. Questo elemento inserisce nello schema del controllo accentrato quegli elementi di «diffusione» che abbiamo visto essere tipici del prototipo statunitense.

7. Diffusione della giustizia costituzionale

Le resistenze più tenaci all'introduzione del controllo di costituzionalità vennero fraposte in Inghilterra, in nome del secolare principio

di supremazia del Parlamento; in Francia, a cagione della dottrina della separazione dei poteri e della concezione che la legge, espressione della volontà generale (Carré de Malberg) non possa essere «attaccata» dai giudici; nonché negli ordinamenti socialisti, per l'operare della dottrina della concentrazione del potere.

Con infinite varianti, i tre modelli si sono andati tuttavia affermando in tutto il resto del mondo.

Per lo più – ma le eccezioni non mancano – negli ordinamenti di *common law*, quali il Canada o l'Australia, lo schema seguito è quello statunitense. Un controllo della legge affidato a ciascun giudice si riscontra peraltro anche in alcuni Paesi del Sud America, in Portogallo, in Grecia...

Sovente il controllo diffuso si accompagna a forme accentrate di sindacato di costituzionalità della legge, comunque prevalenti nel continente europeo e anche fuori di esso.

L'accesso «incidentale» è di gran lunga il sistema più battuto non solo in Italia, ma anche in Germania e in Spagna.

Persino in Francia, nonostante le remore a un pieno operare della giustizia costituzionale, tali che essa si configura tutt'oggi quale fase eventuale del procedimento di formazione della legge, il mito dell'assoluta intangibilità degli atti del Parlamento è gravemente minato dalla possibilità del *Conseil constitutionnel* di annullare le delibere legislative, se prima della promulgazione esse gli siano sottoposte da alcuni organi o dalla minoranza parlamentare!

E non a caso, a significare l'essenzialità della giustizia costituzionale nella forma di Stato liberal-democratica, tutte le nuove Costituzioni dell'ex impero sovietico e dell'Europa centro-orientale prevedono forme di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi, non diversamente dalla recentissima Costituzione del Sud Africa.

8. Dalla regolazione delle competenze negli ordinamenti decentrati alla giurisdizione delle libertà e dell'eguaglianza

Le radici della giustizia costituzionale affondano in una concezione metafisica del diritto: talune regole debbono sottostare ed essere conformi ad altre, rivelate dalla divinità o presupposte in natura, o riconosciute come intangibili, perché appartenenti alla tradizione giuridica e culturale dell'ordinamento.

In senso moderno, il controllo delle leggi si collega peraltro a elementi più concreti: in particolare, la rigidità della Costituzione quale strumento di tutela delle regole in essa stabilite, e l'esigenza che a svolgere il controllo sia un organo non direttamente interessato nelle

controversie. Esso viene ostacolato laddove, come in Francia, i valori della Costituzione sono i valori stessi espressi dal Parlamento e dalla classe sociale che ivi esprime i suoi rappresentanti. Attecchisce invece nei Paesi i cui ordinamenti, pur essendo strutturati in modo socialmente omogeneo, presentano un assetto decentrato; dove cioè la condivisione di taluni valori (il liberalismo, il mercato, la proprietà individuale, le libertà ecc.) si associa a istanze localistiche, altrettanto sentite.

a) Giustizia costituzionale e federalismo

C'è dunque un rapporto tra struttura federale dello Stato e genesi della giustizia costituzionale? Sembra proprio di sì, se è vero che, almeno inizialmente, solo dove l'ordinamento era organizzato su base federativa vennero superate le tenaci resistenze all'introduzione del giudice delle leggi, e la giustizia costituzionale si andò a configurare nei termini attuali.

Ignorato a livello di Costituzione federale, prima di *Marbury v. Madison* il *judicial review of legislation* era stato teorizzato in America da Hamilton e Madison in alcuni saggi del *Federalist* proprio (o principalmente) in connessione all'esigenza di tutela dei singoli Stati. Sia l'uno che l'altro, nei saggi n. 33 e n. 45, reputano obbligatorie per gli Stati membri le sole leggi federali conformi al riparto di competenze disegnato dalla Costituzione; nel saggio n. 80, Hamilton si domanda come i divieti posti dalla Costituzione a carico degli Stati (imporre dazi, batter moneta) possano essere osservati, in assenza di un potere centrale che freni o corregga le infrazioni; nei saggi 33 e 81 osserva che il primo giudice della necessità e convenienza delle leggi approvate per attuare i poteri dell'Unione è lo stesso governo centrale, ma essendo insufficiente tale garanzia, come pure quella rappresentata dal ricorso agli elettori, non conviene affidare il giudizio alla stessa assemblea che approvò le leggi, bensì al giudiziario e in definitiva alla Corte Suprema (cui l'art. III, sez. 2 Cost. affida le «controversie tra due o più Stati, tra uno Stato e i cittadini di un altro Stato, tra cittadini di Stati diversi, tra cittadini di uno stesso Stato che avanzino pretese su terre in base a concessioni di altri Stati, e tra uno Stato – o i suoi cittadini – e Stati, cittadini o sudditi stranieri» (Reposo).

Anche in Europa il legame tra giustizia costituzionale e decentramento è stretto: senza volerne ricercare le origini addirittura nella antica giurisdizione del Sacro Romano Impero (*Reichsgerichtsbarkeit*) – ciò sarebbe storicamente inadeguato – è stato notato che nelle costituzioni degli Stati tedeschi approvate dopo il 1830 la *Staatsgerichtsbarkeit* (ovvero, la giurisdizione costituzionale delle controversie tra organi dello Stato o comunque in materia di diritto statale) non poteva

attecchire in assenza di istanze federali (Luther). È invece nella struttura federale della Confederazione tedesca del 1815 che è possibile rinvenire il germe della giustizia costituzionale, e proprio in termini di regolazione di competenze tra gli Stati partecipi della Confederazione stessa, ma anche dei conflitti tra Federazione e Stati federati. Tale schema viene recepito poi nella Costituzione svizzera del 1874, a Weimar (Costituzione del 1919) e infine – razionalizzato da Kelsen – nella Costituzione austriaca del '20 (dove il nucleo centrale della *Verfassungsgerichtsbarkeit* era ed è tutt'oggi rappresentato dalla regolazione delle competenze di *Bund e Länder*).

D'altro canto, in tutti gli ordinamenti decentrati – siano essi federali o regionali – una delle funzioni più importanti svolte dal Tribunale costituzionale è precisamente la soluzione dei conflitti, siano essi legislativi o d'altra natura: dall'Italia al Belgio, dall'Australia al Brasile, dalla Germania alla Spagna, e via dicendo; né è casuale che le remore all'istituzione di un pieno controllo giurisdizionale di costituzionalità sulla legge sia peculiare di ordinamenti accentrati, come la Francia o il Regno Unito.

b) La giurisdizione delle libertà e dell'eguaglianza

Se, almeno originariamente, il ruolo arbitrale della Corte o Tribunale costituzionale prevaleva nettamente sulla giurisdizione delle libertà, oggi non possiamo più dire sia così: esso resta importante, ma la progressiva incorporazione nelle Costituzioni di carte dei diritti sempre più estese, la necessità di rendere operante il principio d'eguaglianza, l'esigenza di bilanciare e ribilanciare i valori confliggenti, a mano a mano che muta la sensibilità del corpo sociale nei loro riguardi, hanno reso via via più aggressiva una giurisprudenza costituzionale che, sollecitata dalla domanda dei cittadini, ha ovunque posto la tutela dei diritti al centro della propria attività.

Tecnicamente, quest'ultima può avvenire o in modo pieno, diretto (laddove siano previsti strumenti quali l'*amparo* o la *Verfassungsbeschwerde*, e cioè strumenti di accesso diretto dei cittadini a difesa dei propri diritti), o quasi pieno (come in Svizzera, dove il ricorso può rivolgersi solo contro atti legislativi cantonali), o indiretto (in Italia e nella Federazione Russa, ad es., i diritti sono tutelati solo incidentalmente) (Paladin).

Quali che siano le tecniche utilizzate, oggigiorno gran parte delle Corti, se non proprio tutte, sono chiamate a pronunciarsi in larga misura su discriminazioni arbitrarie, che riguardano singoli ma di riflesso intere categorie. Chi scorra la «Gazzetta Ufficiale» italiana, nella parte dedicata alle ordinanze di rimessione, avvertirà che la norma-paramete-

tro di gran lunga più richiamata è l'art. 3 Cost.; non diversamente accade in Spagna, in Germania e persino in Francia, dove il *Conseil constitutionnel*, da *régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics* (Favoreu) s'è trasformato in garante delle libertà e dell'eguaglianza.

9. Valori, discorsi, uditori: le motivazioni delle sentenze e il «dialogo» con gli altri poteri dello Stato

Inquadrato nelle grandissime linee il tema della giustizia costituzionale nei moderni ordinamenti; registrata la «correzione di rotta» quanto all'oggetto principale dell'attività delle Corti; constatata l'evoluzione degli strumenti di cui si avvalgono (e altresì la crescita quantitativa e qualitativa dell'*arsenale* a loro disposizione), occorre a questo punto, per così dire, mutare registro, e porsi alcuni diversi interrogativi. Come giungono, le Corti costituzionali, compresa quella italiana, a prendere una decisione? Quali percorsi batte ciascuno dei loro componenti onde stabilire, oggi, che una certa tassa è incostituzionale, o che l'aborto è lecito, o che il monopolio radiotelevisivo vulnera la libertà d'espressione (mentre magari ieri la Corte aveva deciso il contrario)? Come si forma una «maggioranza» al suo interno, su ciascuna singola questione? E, altro punto assai importante: come giustificano, le Corti, le proprie scelte? Ossia, quali argomenti adducono, e da quali fattori sono esse condizionate?

La scienza costituzionalistica rinunciava, sino a qualche tempo fa, a dare una risposta a tali domande. Preferiva consegnarle al demanio della filosofia e della sociologia del diritto, affidandosi al postulato che anche il giudice delle leggi, pur dotato di un grado di «discrezionalità» maggiore di quello di altri giudici, proprio perché anch'esso è giudice altro non opera che un sillogismo: dato il rapporto tra norma-parametro e norma oggetto della pronuncia, la conseguenza ineluttabile è la costituzionalità (o l'incostituzionalità) di quest'ultima. La motivazione altro non sarebbe che la giustificazione del processo logico seguito. È ampiamente dimostrato come tale postulato, ingenuo e al contempo condizionato da una particolare visione politica, sia fallace.

D'altro canto, appare altrettanto succube di antitetiche raffigurazioni politiche del ruolo del giudice (compreso quello delle leggi) l'idea che le decisioni giudiziarie vadano imputate a motivi personali del giudice oppure (solo) a influenze e condizionamenti istituzionali e sociali, talché le motivazioni non sarebbero altro che il mezzo con cui il giudice giustifica opzioni politiche in tal modo condizionate: insomma, «una sovrastruttura priva di un'effettiva funzione, una mistificazione, una maschera da strappar via» (Scarpelli).

a) Processi formativi delle decisioni

Le cose, in effetti, non sono così semplici come tali estreme concezioni vorrebbero farle apparire; lo dimostrano – o tentano di dimostrarlo – due opposti filoni di studi: quelli sul formarsi delle decisioni – ossia, sui «motivi dei motivi» – e quelli sul formarsi delle motivazioni (dei quali, i primi si valgono di strumenti e tecniche delle sociologie, gli altri analizzano gli argomenti addotti).

Riguardo ai giudici comuni, si osserva che, qualche volta, essi maturano una decisione percorrendo i medesimi passaggi che poi appaiono nella motivazione; in altre circostanze fuoriesce invece a un certo stadio dell'esame degli atti una intuizione del risultato finale, che viene motivata *a posteriori*. In entrambi i casi la motivazione assolve allo scopo principale di esibire al giudice superiore la base tecnica su cui poggia la decisione, o – nel caso del giudice superiore – la base tecnica che serve a convalidare o a riformare la decisione del giudice inferiore (v. ancora Scarpelli).

I giudici delle leggi muovono in contesti di decisione e in contesti di giustificazione in parte – ma solo in parte – diversi.

Quanto al primo aspetto (come arrivano essi a una certa decisione?) occorre subito dire che le modalità di reclutamento, i requisiti richiesti, l'indipendenza assicurata alle Corti costituzionali, la natura stessa dei giudizi che sono chiamati a rendere, la circostanza che sono *superiorem non recognoscentes*, concorrono in parte a differenziare il loro processo decisionale da quello percorso dagli altri giudici, sottraendolo a taluni condizionamenti: da quelli personalissimi (aspettative di carriera, e quindi «compiacenza» verso altri poteri: ma non sempre), a quelli dettati dal contesto sociale e dalle strutture linguistiche (di solito, gli enunciati della Costituzione sono più indeterminati, vaghi, ambigui di ogni altro).

Nella misura in cui si accresce l'autonomia del processo decisionale, aumenta anche il grado di libertà nella selezione dei materiali giuridici da elaborare, nella valutazione delle conseguenze della sentenza, nei «valori» da privilegiare nei *test* di bilanciamento, ecc.

In specie, sono le stesse Corti a individuare i valori (a decidere insomma cosa sia «valore»), e ad attribuire loro una forza particolare, in un dato momento storico, rispetto ad altri, secondo una loro interpretazione della realtà, che non sempre collima con quella che ne hanno gli altri organi o soggetti politici, ma che esse presumono essere aderente a ciò che la società esprime. Ineluttabilmente, le Corti sacrificavano sovente, in tali operazioni, gli orientamenti morali e politici ispiratori della legge e in essa incorporati a vantaggio di quelli dell'interprete del diritto posto (e cioè di loro medesime), indulgendo qual-

che volta nella edificazione di metafisiche globali, tanto da essere aditate quali fucine di elaborazione di nuovi giusnaturalismi.

b) «Constituency» e uditori

Ciò non significa che i giudici costituzionali, quando decidono una questione, non rispondano a chicchessia: la dottrina nordamericana si vale del vocabolo «constituency» per designare l'insieme dei soggetti alla cui verifica è sottoposta una decisione. Nel caso della Corte Suprema (o di qualsiasi Corte costituzionale) essa è rappresentata da una gamma ampia di soggetti: dall'artefice della nomina, a quant'altri nei confronti dei quali il giudice possa nutrire aspettative, ai colleghi giudici, ma soprattutto alla comunità dei giuristi, sempre pronta ad analizzare e – potremmo dire – a vivisezionare le sentenze sottoponendole a critica, sino al più vasto uditorio rappresentato dalla pubblica opinione.

Proprio il concetto di «uditorio» elaborato da Ch. Perelman, con riferimento a colui o coloro ai quali un'argomentazione è rivolta, concorre a saldare il processo di decisione (altrimenti detto «di invenzione») a quello di giustificazione (o «validazione»). Sia egli il paladino di un'idea preconcepita (ad es.: nel conflitto tra proprietà e ambiente, sceglierò sempre l'ambiente), oppure un asceta della sussunzione, uno «*strict constructionist*», il (singolo) giudice delle leggi, da una parte, viene condizionato da quelli che egli reputa essere i *desiderata* della sua *constituency*; dall'altro, egli è costretto a presentare le ragioni della propria decisione sia a uditori specifici (i giuristi, i colleghi...) sia all'uditorio generico rappresentato da chiunque legga la sentenza o abbia comunque gli strumenti anche rozzi per darne un giudizio (compreso il cittadino che legge il giornale o ascolta il notiziario televisivo).

Il giudice delle leggi è sempre un giudice collegiale, e dunque i processi formativi della decisione sono sovente difficili da analizzare, soprattutto dove – ad es. in Italia o in Francia – non sia possibile manifestare opinioni individuali (dissenzienti o concorrenti), come invece accade negli Stati Uniti, in Canada e in genere negli ordinamenti di *common law*, in Spagna, in Germania...

Studi condotti sull'evoluzione culturale di singoli giudici in ordinamenti che ammettono l'opinione individuale hanno dimostrato – addirittura al di là delle attese dei loro stessi autori – che un inusitato rilievo assume l'uditorio qualificato rappresentato dalla stessa Corte. Ossia, le opinioni che ci si potrebbe aspettare vengano manifestate, alla luce delle pubblicazioni prodotte, degli interventi pubblici, della carriera, dell'impegno politico dei singoli giudici, non sempre coincidono con quelle redatte, proprio (o anche) per l'effetto del dibattito in seno al collegio e delle argomentazioni ivi addotte (Lajoie).

c) Motivazione

Non essendo le sentenze costituzionali quasi mai sottoponibili a revisione, le argomentazioni contenute nella motivazione (e cioè i processi discorsivi volti a giustificare le conclusioni e a ottenere il consenso degli uditori) assolvono a funzioni che in parte coincidono con quelle tipiche dei giudici comuni posti al vertice della struttura giudiziaria, anche dove il Tribunale costituzionale non ne fa parte. E cioè: oltre a rappresentare, talora, un mezzo di convalidazione di una decisione inferiore (come negli USA), anche altrove esse assolvono in modo anomalo allo scopo di esibire a un giudice superiore la base tecnica che fonda la decisione. Tale giudice, naturalmente, non è un organo di grado più elevato, bensì a) il legislatore, il quale, non essendo persuaso dagli argomenti addotti, potrebbe legiferare in modo tale da superare la sentenza; b) il legislatore costituzionale, qualora il legislatore ordinario fosse persuaso di non poter insistere nelle proprie determinazioni. Inoltre, nell'argomentare, le Corti si propongono di convincere un uditorio più vasto della bontà delle proprie scelte.

Gli intensi rapporti tra Corti costituzionali e potere legislativo, il ruolo dell'esecutivo nella legislazione, l'attribuzione al Capo dello Stato di poteri in ordine alla legislazione ma anche alla tutela della Costituzione, da un versante; la crescita di «domanda» di giustizia costituzionale, la dilatazione dei paramenti e degli oggetti del giudizio, la lievitazione del «ruolo pubblico» delle Corti, dall'altro, rappresentano alcune delle cause che hanno concorso alla crescita delle motivazioni nelle sentenze costituzionali.

In esse le Corti non si limitano a descrivere i nessi del percorso logico, magari con meri riferimenti *per relationem* alle disposizioni coinvolte (visto l'art. x della Costituzione e l'art. y della legge... considerato che... stabilisce); viceversa, si avvalgono di tutti gli strumenti della retorica, operano *excursus* storici di istituti e discipline, fanno ampi riferimenti ai precedenti, si richiamano al diritto comparato, operano valutazioni dei valori, criticano, consigliano, ammoniscono, danno suggerimenti e via dicendo.

L'impatto sui vari uditori è crescente: Parlamenti e altri organi costituzionali tengono da conto le sentenze e le loro motivazioni (che sovente vengono richiamate nei progetti di legge); il dibattito politico non le ignora; il pubblico è via via sempre più informato sull'attività delle Corti, delle quali tende a percepire gli aspetti «politici» e a valutarli. Non di rado, le pronunce di maggiore risonanza raggiungono una notorietà che travalica i confini nazionali.

10. Rapporti col legislatore

Nel loro «dialogo» col potere legislativo i Tribunali costituzionali, e tra essi in modo particolare la Corte italiana, si avvalgono largamente delle motivazioni delle proprie pronunce: non solo in esse spiegano la *ratio* che ha condotto a una certa decisione; non solo, nelle sentenze interpretative, illustrano precisamente il significato del dispositivo: ma inoltre, attraverso gli *obiter dicta* (ossia le argomentazioni non essenziali contenute nella motivazione), danno conto delle proprie concezioni quanto alle discipline *più* conformi alla Costituzione, ai tempi entro i quali esse vanno adottate, alle circostanze che le inducono a far salva, ma transitoriamente, una disciplina.

Nel nostro Paese, mediante le c.d. sentenze monito, o ottative, o di indirizzo – il cui dispositivo può essere o di accoglimento o di rigetto – la Corte costituzionale sollecita poi il potere legislativo a provvedere perché l'ordinamento venga adeguato ai (mutevoli) significati della Costituzione.

Il Parlamento italiano – contrariamente a quanto si crede – è alquanto recettivo nei confronti di tali sollecitazioni, tranne quando in discussione sono tematiche altamente controverse nel dibattito politico (come ad es. la disciplina radiotelevisiva, o simili). In tal caso, l'esperienza dimostra che gli ammonimenti a legiferare, o a legiferare in un certo modo onde la Costituzione sia rispettata, non si rivelano sufficienti: sicché alla Corte, fatta salva la discrezione del legislatore, non resta che attingere ad altri strumenti del suo arsenale per piegare la volontà del «legislatore recalcitrante» (Predieri).

11. I «contropoteri» allo «strapotere» delle Corti costituzionali

L'immenso potere conquistato dalle Corti costituzionali, o da gran parte di esse, si imbatte – com'è logico sia nei sistemi liberal-democratici – in una serie di limiti di varia natura, predisposti dall'ordinamento o autodeterminati dalle Corti stesse onde prevenire irreparabili conflitti con altri poteri dello Stato. Tali limiti sono di varia natura: linguistica, giuridico-istituzionale, politica.

a) Limiti linguistici

In primo luogo, le Corti patiscono i condizionamenti dei testi e dei contesti linguistici ed extralinguistici in cui si trovano a operare. Esse non elaborano la Costituzione, né elaborano enunciati normativi a essa subordinati. Se mai, talora li «ri-elaborano», e assegnano loro nuovi

significati. Tale attività non è libera, ma condizionata dall'uso che nel metalinguaggio dei giuristi, nei linguaggi specializzati e in quello comune si fa dei vari frammenti linguistici (della Costituzione o delle leggi). Nessuna Corte può stipulare che le parole «libertà di manifestazione del pensiero» significhino «libertà di associazione», o che le parole «l'imposta è del 10%» significhino che l'imposta è del 5%. Può tuttavia la Corte, attraverso interpretazioni sistematiche o d'altra natura, estendere una libertà o dichiarare l'incostituzionalità di una imposta: non può creare *dal nulla* – diversamente dal potere costituente e in misura minore del potere legislativo – enunciati normativi.

È evidente che se il legislatore e, prima di lui, il potere costituente, intendono circoscrivere l'amplissimo margine di interpretazione che hanno le Corti, altro non devono fare (pagando però lo scotto di una maggiore rigidità dei testi) se non scrivere enunciati chiari o quanto più possibile insuscettibili di interpretazioni non desiderate.

b) Limiti giuridico-istituzionali

In secondo luogo, le Corti sono soggette, quanto alla loro composizione e alle modalità di funzionamento, alle disposizioni della Costituzione, delle leggi organiche, delle leggi ordinarie. Esse pongono garanzie, e al contempo stabiliscono limiti, e la distribuzione tra le varie fonti delle «meta-norme» sulle Corti varia da ordinamento a ordinamento.

Ad esempio, la Costituzione statunitense non stabilisce il numero dei componenti della Corte Suprema: lo fa la legge che, quindi, può modificarlo a suo piacimento. Di fronte all'ostilità di una particolare «Corte» alla politica legislativa, Presidente e Congresso possono minacciarla di «infernare» nuovi giudici di orientamento più favorevole: è quanto accadde allorché il presidente F.D. Roosevelt si trovò a fronteggiare l'accanita resistenza della Corte Suprema alle misure del *New Deal*. In tale circostanza la vicenda si concluse con la «resa» della Corte, anche se, giuridicamente, «solo l'*amending power* può contrastare l'autorità della Corte suprema federale» (Olivetti Rason).

In Italia qualcosa di simile si verificò quando la Corte costituzionale inserì nei propri regolamenti una disposizione che prevedeva la *prorogatio* dei giudici, nelle more (spesso estenuanti) aperte dagli altri poteri dello Stato, e in particolare dal Parlamento, assai lento nell'integrarne la composizione (al punto che, quando più giudici vengono a scadenza a breve distanza di tempo, si rischia talora la paralisi dell'organo). L'iniziativa della Corte urtò la suscettibilità del Parlamento, che in tempi rapidi approvò una modifica della Costituzione onde escludere la *prorogatio* (l. cost. n. 2/1967).

Se la disciplina regolativa (e restrittiva) della Corte è contenuta in una legge ordinaria, o altro atto subcostituzionale, va notato che, almeno in teoria, essa potrebbe in qualche caso dichiararne l'incostituzionalità, liberandosi in tal modo di lacci predisposti dal potere legislativo al suo operare. L'ipotesi però è difficile da immaginare, sia a causa dei limiti di accesso per la questione, sia per ragioni di opportunità.

Altri limiti giuridici sono rappresentati dal principio del precedente giudiziario, che condiziona anche la giurisprudenza delle Corti di *civil law*, e dalle garanzie di indipendenza (che non sempre sono del tutto adeguate); si ricorda poi quello, importantissimo, rappresentato dai sistemi di accesso ai Tribunali costituzionali (meno numerose sono le questioni sottoposte al suo esame, quanto più accidentata è la procedura per pervenire a un giudizio, più è improbabile che una Corte possa fare «politica» a largo respiro); e ancora, il limite, non meno determinante, costituito dalla latitudine del parametro (o *bloc de constitutionnalité*), la cui estensione influisce non poco sulla giurisprudenza costituzionale e sulla crescita di «peso politico-istituzionale» di una Corte (basti pensare al caso francese); infine, l'efficacia delle sentenze, pur dappertutto assai ampia, è talora normata in senso restrittivo.

c) Limiti politici

Freni politici allo sconfinamento della giurisprudenza dei Tribunali costituzionali nelle sfere del legislativo e dell'esecutivo sono rappresentati, raramente e a livello individuale, dalle aspettative di riconoscenza al termine del mandato (dove ciò sia possibile) da parte di altri poteri; come pure dal legame che talora unisce ideologicamente l'artefice della nomina al giudice eletto. Nella maggioranza dei casi, tuttavia, l'ordinamento appresta idonei meccanismi per allentare tal tipo di legami e scongiurare la dipendenza dei giudici. Assai meno tenui appaiono altri tipi di remore all'esplicazione di un ruolo politico, che manifestano le Corti stesse, sulla base degli enunciati costituzionali o legislativi oppure in loro piena autonomia: il *self-restraint* che, sia pure ciclicamente e con infinite varianti nei vari ordinamenti, caratterizza la giurisprudenza costituzionale, si giustifica di volta in volta e a vari livelli con la stessa cultura giuridica dei giudici (e il mito della loro «terzietà»); col timore di sconfinare nel campo del legislatore, ottenendo una gratificazione nella causa di specie, ma rischiando successive contromisure; con la volontà di non sottoporsi alle critiche della pubblica opinione e degli altri poteri, connaturali all'assunzione di decisioni politiche...

La giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, rifiutando sin dall'inizio di rendere *advisory opinions*, e cioè pareri ad altri organi, in primo luogo ha dichiarato non giustiziabili tutti i casi in cui la Corte

non possa decidere indipendentemente senza invadere il campo riservato ad altri organi cui la legge demanda la materia o che non possono essere giudicati senza una iniziale decisione di natura politica su materia non evidentemente riservata alla giurisdizione; ha poi chiarito che per essere sottoposta a giudizio una richiesta deve «presentare una reale e sostanziale controversia che in modo inequivocabile richieda un giudizio sui diritti asseriti»; inoltre, la dottrina della *political question* è stata invocata in controversie sulle quali già si fossero pronunciati in modo diversificato altri organi, e la Corte fosse per ciò impedita dal manifestare la propria opinione, ecc...

A sua volta, la Corte costituzionale italiana rifiuta di sindacare la discrezionalità del legislatore che «non sia stata esercitata con arbitrio o con irrazionalità», o che comporti l'adozione di sentenze additive che implicano «scelte ampiamente discrezionali che esulano dai poteri della Corte», o che richiedano – ad es. – di «contemperare il diritto alla salute [...] con altri interessi costituzionalmente protetti», e simili.

Altre Corti hanno maturato analogo giurisprudenza: sovente esse si astengono dal sindacare scelte legislative che appaiono discrezionali, dall'emettere sentenze gravose per la finanza pubblica, dall'annullare leggi le quali operano opinabili bilanciamenti... Al contempo, tuttavia, nella consapevolezza che i limiti dichiarati sono auto-limiti, vanno elaborando nuove tipologie di sentenze, onde far sì che, se non subito, la loro visione possa un domani avere la prevalenza rispetto a quella di altri poteri dello Stato.

12. In particolare: la Corte costituzionale nella forma di governo italiana

Il bilancio dell'attività della Corte costituzionale italiana, al compimento dei suoi quarant'anni di vita, sottolinea la profonda evoluzione che s'è registrata nelle forme e nella sostanza del giudizio sulle leggi e delle altre funzioni affidatele dalla Costituzione.

La dottrina riconosce pressoché in modo unanime che, dopo una prima fase nella quale la Corte ha esercitato funzioni di «supplenza» nei confronti di un legislatore restio a epurare l'ordinamento da norme vetuste palesemente incostituzionali – specie la legislazione del periodo fascista – è seguita un'inversione di tendenza, che l'ha vista operare in prevalenza sulla normativa approvata posteriormente all'approvazione della Costituzione repubblicana. Al contempo, sono cresciuti gli strumenti di cui essa ha dovuto o ha voluto munirsi, e parimenti la sua attenzione, sollecitata dai giudici o dai ricorrenti, s'è spostata su precisi parametri di costituzionalità.

Diversamente dai primi anni, nei quali a oggetto e a parametro dei giudizi si rinvenivano le norme sulle libertà, in prevalenza le sue decisioni riguardano oggi, come accade d'altronde anche all'estero, l'attuazione del principio d'eguaglianza e il giudizio di ragionevolezza delle leggi, oltre che i rapporti tra gli organi dello Stato e tra le varie componenti territoriali del medesimo: in generale, i fini e i modi di attuazione dello Stato sociale, e il temperamento delle esigenze che vi è connesso.

Ciò concorre ad accentuarne il ruolo «politico», e a marcare la necessità che la giurisdizionalizzazione del sindacato sulle leggi si accompagni a forme di dialogo con gli altri poteri dello Stato e con l'intera collettività: dialogo il quale non si realizza solo attraverso gli strumenti formali all'uopo apprestati (le motivazioni delle pronunce, la pubblicazione delle sentenze, la trasmissione degli atti, ecc.), ma anche per vie informali. Interviste ed «esternazioni» del Presidente sono più frequenti che nel passato (Grisolia) e i *media* dedicano ampia attenzione, oltre che all'annuale conferenza stampa, sia alle nomine dei giudici, sia alle sentenze più significative.

Pure tale circostanza contribuisce a inserire la Corte nel circuito dell'indirizzo politico (Martines, Occhiocupo), e a conferirle un ruolo fondamentale nella forma di governo, testimoniato dall'incisività degli strumenti di cui essa si serve, ma, soprattutto, dall'importanza cruciale dei settori nei quali essa è chiamata a intervenire: dalle libertà al sistema previdenziale, dal diritto dell'economia al regime dei suoli, dalla finanza pubblica all'assetto radiotelevisivo, e via dicendo, ogni determinazione del legislatore è oggi costretta a confrontarsi con le scelte operate dalla Corte costituzionale.

13. Il superamento della divisione dei poteri: le Corti costituzionali, un potere aristocratico

L'elaborazione della teoria per cui esistono «principi supremi della Costituzione», in quanto tali immodificabili persino dal potere di revisione costituzionale, e di cui esse sono gli attenti guardiani, sembra porre le Corti costituzionali – a parte i limiti enunciati *supra* – non solo sopra il potere legislativo, ma addirittura a fianco di quello costituente.

Quali organi «di chiusura» degli ordinamenti costituzionali, e artefici dell'indirizzo politico costituzionale, ma anche dell'indirizzo politico *tout court*, le Corti costituzionali sono state di volta in volta definite da studiosi d'ogni parte del mondo – giuristi e politologi – «potere costituente permanente», «isola della ragione del caos delle opinioni», «aristocrazia sia pure in vesti moderne»...

V'è da chiedersi in effetti se la mirabile costruzione di Montesquieu circa la tripartizione dei poteri abbia ancora un senso oggi, in uno scenario costituzionale in cui gli attori non sono più rappresentati solamente dal legislativo, dall'esecutivo, dal giudiziario. Non solo infatti, nelle forme di governo parlamentari, la dicotomia legislativo-esecutivo è andata scemando a favore di quella maggioranza-minoranza (o governo-opposizione); non solo si configura in numerosi ordinamenti un ruolo neutrale del Capo dello Stato, ma inoltre, quale che sia la forma di governo, il prepotente espandersi della giurisdizione costituzionale pare attestare il consolidarsi di un potere aristocratico a fianco di quello democratico rappresentato dagli organi elettivi.

Si tratta, nel caso delle Corti, non di un'aristocrazia di sangue, ma del sapere, immessa nel proprio ruolo non già in virtù di un collegamento diretto col corpo elettorale, bensì in base ad altri criteri, primo tra tutti la conoscenza e la formazione professionale; un «potere aristocratico» che non decide e non giustifica le proprie scelte con i modi e le espressioni della politica, ma pur operando scelte politiche o che influiscono sulla politica motiva le decisioni secondo gli schemi razionali del giudizio; che tuttavia, ogni qualvolta trova questi ultimi troppo angusti, non esita ad appellarsi a valori trascendenti e ad usare argomenti retorici tipici delle decisioni discrezionali.