

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Dipartimento di Teoria e storia delle istituzioni  
Dottorato di ricerca in “*Teoria e storia delle istituzioni*”

VIII CICLO



Tesi di Dottorato

*Il controllo di costituzionalità delle leggi  
tra fantasmi del passato e prospettive del futuro*

## **Commissione giudicatrice**

Ch. mo Prof.  
Atripaldi Vincenzo  
Ch. mo Prof.  
Torre Alessandro  
Ch. mo Prof.  
Tozzi Valerio

## **Candidata**

Dott.ssa Annalisa Della Monica

## **Tutor**

Ch.mo Prof.  
Primicerio Luigi

Anno Accademico 2009/2010

*A B.  
che con amore  
mi presta le sue ali*

*“Quando io adopero una parola – disse Tappo Tombo in tono piuttosto sdegnato – significa esattamente ciò che ho scelto di fargli significare, né più né meno.*

- La questione è – disse Alice – se lei può fare in modo che le parole significhino le cose più disparate.*
- La questione è – disse Tappo Tombo – chi è che comanda... ecco tutto”.*

Lewis Carrol, *Le avventure di Alice nel paese delle meraviglie,*  
*Al di là dello specchio, cap. VI, 1865*

# INDICE

	pag.
Introduzione	1
I. La legittimazione del potere pubblico: dalle tradizionali teorizzazioni alle riflessioni più recenti	
– Precisazioni terminologiche	3
– Le tradizionali teorie sulla legittimazione del potere pubblico: Max Weber, Carl Schmitt, Niklas Luhmann	7
– La crisi delle tradizionali teorie sulla legittimazione del potere pubblico e il declino della legalità come principale fonte di legittimazione	18
– Le nuove logiche del processo decisionale nelle moderne democrazie. Le trasformazioni dello Stato e la ricerca di nuove fonti di legittimazione del potere pubblico	20
II. La problematica della legittimazione democratica del controllo di costituzionalità delle leggi: un dibattito ancora aperto	
1. Premessa	34
2. Un quadro d'insieme	41
3. La ricerca di elementi legittimanti la Corte costituzionale esterni ad essa: il consenso sociale	43
4. La Corte costituzionale tra legittimazione per valori e autolegittimazione per risultati	60
5. Legittimazione funzionale della Corte costituzionale: la negazione del problema	72
III. Il ruolo del giudice delle leggi e la sua legittimazione	
1. Alcune premesse di carattere generale	83
2. La “ricostruzione” del ruolo del giudice delle leggi	93
3. Quale legittimazione per il giudice costituzionale?	99

Conclusioni	103
Bibliografia	106

## ***INTRODUZIONE***

La problematica della legittimazione democratica degli organi di giustizia costituzionale si caratterizza da sempre, in Europa e non solo, come un fertile terreno di vivace scontro tra opinioni contrastanti. Risale, infatti, alla nascita stessa della giustizia costituzionale, come sistema di tutela delle Costituzioni moderne, il dibattito dottrinale sulla compatibilità con il sistema democratico-rappresentativo della previsione di un organo di giurisdizione costituzionale non rappresentativo in senso proprio, chiamato a sindacare la conformità o meno di un atto legislativo espressione della volontà della maggioranza al testo della Costituzione.

La tematica in questione, di interesse comune a molti Paesi europei, tra cui figura anche il nostro, si è sviluppata parallelamente alla crescita e all'evoluzione della giustizia costituzionale; nata, infatti, come sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, e, quindi, come strumento per rendere effettiva ed operante la Costituzione, a cui è precluso ogni giudizio di merito sulle scelte operate dal legislativo, a causa di una combinazione di fattori diversi (l' ampliamento degli strumenti decisorii a disposizione, o l'applicazione del principio di uguaglianza come criterio di ragionevolezza) la giustizia costituzionale ha superato, sempre di più, nel corso degli anni, i limiti della legittimità, invadendo, secondo taluni, il campo del merito legislativo.

A fronte, quindi, della propensione dei giudici costituzionali al rischio di uno sconfinamento nel merito degli atti del legislativo, l' elaborazione teorica, per anni, si è animatamente dibattuta sulla necessità o meno di ancorare il “giudice delle leggi” ad elementi che potessero ricondurlo ai classici canoni della democrazia rappresentativa fondata sulla sovranità popolare.

Questi, dunque, in estrema sintesi, i termini di un dibattito che da molti si considera ormai sepolto da tempo, ma che, invece, sembrerebbe essersi rinvigorito alla luce dei cambiamenti politico- istituzionali che caratterizzano oggi il nostro Paese e che suscitano una serie di discussioni e polemiche in particolare sull'assetto dei poteri dello Stato. Infatti, una parte della dottrina osserva come, negli ultimi anni, la nostra Costituzione ha subito una serie di attacchi frontali da parte delle forze politiche, sottolineando anche una sorta di uso “maggioritario” della Costituzione nelle più recenti proposte di revisione della stessa; in tali casi sembrerebbe, cioè, che le forze politiche di maggioranza tendano ad approvare una propria costituzione, stravolgendo il carattere “antimaggioritario” della stessa.

E' evidente come tutto ciò possa influire anche sul ruolo dell'organo che istituzionalmente è chiamato a tutelare la Costituzione in funzione antimaggioritaria e più precisamente a garantire la conformità delle leggi approvate dalla maggioranza del momento alla Carta fondamentale.

Tale scenario, dunque, comporterebbe, secondo alcuni, un ruolo del Giudice costituzionale più difficile e delicato, oltre che soggetto ad una sempre più maggiore “politicità” della sua attività;

ciò, allora, induce, di conseguenza, ad una riflessione ulteriore sul ruolo (che qui non vuole essere oggetto di indagine, ma magari creare uno spunto per un'ulteriore analisi in merito) che, alla luce di quanto affermato, la giustizia costituzionale dovrebbe ricoprire e quindi anche sulla fonte di legittimazione, democratica o meno, delle sue funzioni.

Il problema in questione, inoltre, tocca, necessariamente, anche le modalità di distribuzione della *res publica*, risultando essere quello più sentito (con maggiore o minore gravità) allo stato attuale nel nostro Paese, poiché attiene al rapporto tra politica e giurisdizione o, per meglio dire, tra potere politico e potere giurisdizionale. Sembra, infatti, che il baricentro del sistema, dal punto di vista istituzionale, tenda a dislocarsi sugli organi titolari delle funzioni *legis executio*; tra queste ultime è, chiaramente, compresa quella giurisdizionale che, ponendosi a ridosso delle concrete e specifiche vicende sociali, esercita le sue funzioni attraverso l'interpretazione e l'applicazione delle norme, un'attività questa delicata e complessa che spesso si traduce in un adattamento della regola alle peculiarità del caso.

Queste ultime considerazioni hanno portato parte della dottrina a evidenziare il rischio di un incontrollato potenziamento del circuito dell'apparato giustizia, e, più in particolare per ciò che ci riguarda, della giustizia costituzionale; quest'ultima, infatti, essendo sottratta alla logica democratica – rappresentativa, sembra godere di una legittimazione di tipo tecnico e che potrebbe comportare il non auspicabile superamento del “governo delle leggi” a favore del “governo degli uomini”.

Alla luce, quindi, di tali osservazioni, l'obiettivo di questo lavoro di analisi metagiuridica vuole, attraverso la ricostruzione delle posizioni attualmente dominanti nel dibattito in Italia sulla legittimazione democratica della giustizia costituzionale, offrire spunti di comprensione sulla utilità o meno del confronto oggi su tale problematica, per capire cioè se ha ancora un senso la ricerca di elementi che possano collocare gli organi di giustizia costituzionale all'interno del circuito democratico- rappresentativo tradizionalmente inteso, oppure al di fuori di esso.

Preliminarmente si è reso, inoltre, necessario soffermarsi sull'analisi delle tradizionali teorizzazioni sulla legittimazione del potere pubblico che, oggi, sembrano essere in crisi e lasciare il posto a nuove forme di legittimazione. L'analisi delle principali teorizzazioni sulle forme di legittimazione del potere pubblico, da quelle più tradizionali sino a quelle più recenti, è utile, infatti, per comprendere l'influenza che le stesse hanno esercitato sulle riflessioni teoriche riguardanti la legittimazione della Corte costituzionale.

Inoltre, a conclusione di questo lavoro, sono state svolte alcune brevi riflessioni sul concetto di democrazia, in quanto il tema della legittimazione democratica della giustizia costituzionale, al di là della diversità di visione dello stesso come problematica urgente da risolvere o meno, stimola un ripensamento, se così si può dire, sul significato più profondo della democrazia nello stato attuale delle nostre società.

## CAPITOLO I

### **La legittimazione del potere pubblico: dalle tradizionali teorizzazioni alle riflessioni più recenti**

#### ***1. Precisazioni terminologiche***

Ai fini della presente indagine appare necessario operare una breve chiarificazione terminologica dei concetti di “legittimità” e “legittimazione”, essendo spesso, nel lessico giuridico corrente, sovrapposti l'uno all'altro ed entrambi intrinsecamente legati al più ampio concetto di legalità<sup>1</sup>. Risulta complesso, infatti, differenziare in maniera netta la “legittimità” dalla

---

<sup>1</sup> Legittimità, legalità e legittimazione pur avendo origini in specifici e distinti settori del diritto (probabilmente mentre i primi due affondano nel diritto pubblico *tout court*, il terzo ha una matrice squisitamente processuale), hanno oggi acquisto dignità di concetti appartenenti alla teoria generale. Per *incidens*, come si dirà nel testo fra poche righe, il concetto di legittimità, quale paradigma atto a designare la rispondenza del potere a qualche forma di giustizia, benché di matrice pubblicistica, è stato introdotto anche all'interno del diritto privato.

Sul punto, senza alcun pretesa di esaustività, giova ricordare l'ampio dibattito che ha coinvolto diversi e autorevoli studiosi relativamente alla problematica dei così detti poteri privati: G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970; D. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986; ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore: dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, 1988; DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, II, p. 303.



“legittimazione” e comprenderne il nesso con la legalità, ma è importante comunque chiarirne il significato e il legame che li lega.

Inoltre, ed è questo l'aspetto che qui più interessa, la dottrina italiana che si è occupata del problema della legittimazione degli organi di costituzionalità delle leggi ha elaborato riflessioni teoriche in merito facendo riferimento ai principali orientamenti, tradizionali e più recenti, sulla legittimazione in generale del potere pubblico.

Innanzitutto, il termine “legalità” viene comunemente utilizzato per designare la conformità del potere alla legge e più in generale alle norme giuridiche, mentre il concetto di “legittimità” indica la rispondenza del potere ad una qualche istanza di giustizia, e importante a tal fine sono gli scopi ai quali esso propende e i mezzi di cui intende avvalersi.

Inoltre, stando al significato strettamente letterale, con il termine “legittimazione” si intende l'

---

Tanto ciò è vero che non deve stupire se il riconoscimento del potere che, di regola, nel settore del diritto pubblico, si atteggia come intimamente connesso all'esercizio di un *munus publicum*, ha spesso fatto sì che, anche nel titolare del potere di natura privatistica, si ravvisasse un ufficio, la cui estensione oltre i confini del diritto pubblico risale al F. MESSINEO, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Padova, 1923, o un'autorità di diritto privato (es. famiglia o associazioni) come prospettato dal M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

Col tempo, la presenza di situazioni suscettibili di incidere su sfere giuridiche altrui ha determinato un'esigenza di controllo dell'esercizio di quei poteri al fine di evitarne un esercizio *ad libitum*. Di qui, da un lato la progressiva definizione della figura dell'abuso del diritto e, dall'altro, l'estensione nel diritto privato dell'interesse legittimo, quali tecniche di controllo di siffatti poteri alla stregua, dunque, di veri e propri criteri di legittimità cui rapportare l'esercizio del potere.

La figura dell'abuso del diritto, o meglio i problemi intorno all'esistenza di un divieto dell'abuso, e più in generale delle prerogative private, è sempre stato tema molto discusso; e ciò già in virtù dell'evidente intima contraddizione insita nella formula. Secondo alcuni infatti, posto che *qui suo iure utitur neminem laedit*, il “vizio” del diritto potrebbe essere solo di tipo *quantitativo* nella forma dell'eccesso, cioè di un esercizio al di là dei limiti: era in sostanza questa la costruzione di una parte della dottrina italiana di cui capostipite fu il M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in Riv. dir. civ., 1923, pag. 105 e ss., seguito anche da G. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, pag. 103 e ss..

Ma la formula vuole in realtà indicare una sindacabilità dell'esercizio da un punto di vista *qualitativo*, al fine di tutelare il soggetto debole del rapporto (emblematica la soggezione in cui si versa a fronte di un diritto potestativo). In questo modo i giuristi d'ispirazione cattolica inscrivevano il problema nel quadro della normativa sui motivi, dovendo l'atto essere, ancorché formalmente irreprensibile, coerente con i principi di una giustizia superiore; per altro verso, invece, i giuristi d'educazione socialista si rivolgevano al profilo dell'utilità sociale dell'atto, facendo leva sulle norme in tema di causa: sul punto si rinvia a U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, in Studi in onore di F. Messineo, vol. IV, Milano, 1959, pag. 259 e ss., e P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in Riv. dir. civ., 1965, pag. 203 e ss..

È in tale contesto che, secondo taluni, la nozione di interesse legittimo, tipica del diritto amministrativo, costitutiva secondo E. JOSSERAND, *De l'esprit des droit et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droit*, Parigi, 1939, passim, “l'antidoto” all'abuso del diritto, quale lo strumento idoneo a realizzare il controllo di tali prerogative. Uno dei profili applicativi si riscontra nel divieto degli atti emulativi ex art. 833, c.c., fattispecie considerata di interesse legittimo dallo ZANOBINI G., *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in Studi in memoria di F. Ferrara, vol. II, Milano, 1943, pag. 703 e ss., ripubblicato poi, con il titolo *Interessi legittimi nel diritto privato*, negli Scritti vari di diritto pubblico, Milano, 1955, pag. 345 e ss., il cui spunto è stato poi ripreso dal D'EMILIA, *Una media sententia sul problema dell'abuso del diritto*, in S.D.H.I., 1945-1946 pag. 279 e ss..

Tuttavia, in questo contesto ancor più significativo, per coerenza sistematica si iscrive lo studio monografico della L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967; Id., voce Interesse legittimo (diritto privato), in Digesto, disc. priv. (sez. civ.) IX, Torino, 1993, pag. 527 e seg, nella cui prospettiva l'interesse legittimo non si comporta alla stregua di un vuoto simulacro con cui difendersi dai poteri privati, ma è, al contrario, una vera e propria situazione sostanziale.

Sicché, in quest'ottica, si trae conferma della duplice declinazione della legittimità, da un lato come schema logico e, dall'altro, come valore.

Sull'estensione del principio di legalità valga il rinvio a PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991

atto e l'effetto del legittimare<sup>2</sup>, e ancora il potere di agire e di disporre inteso, per meglio dire, come concreta idoneità di un soggetto a svolgere atti o attività o a far valere diritti o interessi dei terzi, non già in virtù di una titolarità astratta, bensì di una situazione concreta derivante dalla necessità di tutelare un dato interesse.

Per quanto riguarda, più specificamente, il termine “legittimità” nel linguaggio ordinario, esso ha due accezioni diverse, una più generica, intesa come sinonimo di ragionevolezza o giustizia di una decisione o un atteggiamento, l'altra più specifica, ricorrente nel linguaggio politico, che ha come referente più frequente il concetto di Stato.

In prima analisi, con riferimento a quest'ultimo significato, la “legittimità” si può definire come il consenso prestato ad uno Stato da una parte rilevante della popolazione in misura tale da assicurare l'obbedienza senza che sia necessario, se non in casi sporadici, il ricorso alla forza. Inoltre, quando gli individui facenti parte di una comunità sociale avvertono il fondamento e gli scopi del potere come compatibili e in armonia con le proprie credenze, il loro comportamento si potrà definire come “legittimazione”; *a contrario*, invece, il comportamento viene definito come contestazione della legittimazione.

Quando il potere, quindi, è stabile ed è in grado, in modo costante e progressivo, di assolvere alle proprie funzioni, consolida la giustificazione della propria esistenza, facendo leva sulle esigenze della popolazione e creando il consenso necessario; viceversa, nei periodi di crisi del potere, quando cioè vacilla la sua struttura perché non risponde più alle richieste e ai bisogni della società, entra anche in crisi la legittimazione che lo giustifica, cadendo di conseguenza quei “veli ideologici” che nascondono alla popolazione la sua inadeguatezza a venire incontro alle istanze della società.

In questo senso si comprende come il consenso non è mai libero, ma condizionato almeno in parte; inoltre, alla luce di ciò, la legittimazione appare come una necessità rispetto a qualunque forma di Stato.

Se, infatti, si affermasse, in senso limitativo, che uno Stato è legittimo solo quando vengono accettati dalla società i valori e le strutture fondanti di esso, tale insufficiente definizione finirebbe con l'attagliarsi anche a sistemi in cui il consenso è manipolato o imposto con la forza. Di conseguenza, la definizione generale proposta all'inizio non sembra più soddisfacente e, per superare tale incongruenza, bisogna mettere in luce una caratteristica del concetto di legittimità (che ha in comune con molti altri concetti quali la libertà, la democrazia, la giustizia ecc.), quella, cioè,

---

<sup>2</sup> In quest'accezione il concetto, a conferma della sua appartenenza alla teoria generale del diritto, è utilizzato, ad esempio, negli artt. 280 ss. del codice civile, relativi alla legittimazione del figlio naturale, sia essa per susseguente matrimonio oppure per provvedimento del giudice; in argomento si vedano almeno: TRIMARCHI V. M., *La legittimazione dei figli naturali*, Milano, 1954; MAIELLO U., sub art. 280, in *Commentario al Codice Civile SCIALOJA – BRANCA*, Bologna, 1992.

di essere al contempo una situazione e un valore della convivenza sociale<sup>3</sup>. Infatti, la problematica della legittimità può essere affrontata sia da un punto di vista sostanziale in riferimento, cioè, alle sfere di valori, sia da un punto di vista formale incentrato soprattutto sul consenso. In altre parole, il termine descrive insieme l'accettazione dello Stato da parte di una porzione rilevante della società e la libertà con cui il consenso della popolazione, formata da uomini autonomi e coscienti, si esprime<sup>4</sup>.

Da queste considerazioni, è evidente come, inevitabilmente, entrambi i concetti di “legittimità” e “legittimazione”, osservandoli dalla prospettiva giuridica e anche da quella politologica, risultano legati al fenomeno della giustificazione del potere; ma la “legittimità” non è propriamente un elemento costitutivo del potere, quanto piuttosto il risultato di un insieme di aspetti giuridici, politici, sociologici, etici che si influenzano vicendevolmente.

Sulla base, quindi, della prospettiva da cui si osserva il fenomeno della giustificazione del potere la “legittimità” indica una condizione del potere e delle sue manifestazioni, e quindi si esplica in una prospettiva statica, mentre la “legittimazione” delinea un processo, un'attività, collocandosi, dunque, in una prospettiva dinamica.

Il tema della legittimazione del potere viene, però, per lo più trascurato dai giuristi<sup>5</sup>, che ad esso riservano una minore attenzione rispetto agli studiosi di altre discipline, quali filosofi del diritto, sociologi, storici e politologi; l'interesse, infatti, che la questione della legittimazione del potere pubblico suscita nell'ambito di tali discipline si spiega facilmente se si pensa che essa involge in sé il tema, classico e al contempo sempre attuale, della natura giuridica o morale dell'obbligo politico, che, inoltre, appare strettamente collegato alla variegata problematica dei rapporti tra lo Stato e il cittadino, tra istituzioni pubbliche e singolo, tra autorità e libertà (in particolare questo profilo è oggetto di studio dei filosofi).

Ancora. La problematica in esame suscita l'interesse della sociologia giuridica in ordine ai motivi per i quali di fatto un regime si instaura, si consolida ovvero si indebolisce e si esaurisce, mentre la riflessione giuridica del costituzionalismo contemporaneo è permeata dai caratteri distintivi del modello di Stato costituzionale, e, più precisamente dalla positivizzazione dei principi fondamentali che, in tal modo, diventano fattori di legittimazione sostanziale di un ordinamento giuridico<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> L. LEVI, voce *Legittimità*, in (a cura di) BOBBIO N., MATTEUCCI N. e PASQUINO G. Dizionario di politica, 1983, P. 582

<sup>4</sup> S. COSTANTINO, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, G.Giappichelli editore, Torino, 1994.

<sup>5</sup> F. LANCHESTER, *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il Politico*, 1998, p. 550.

<sup>6</sup> L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e Legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè editore, 2005.

## ***2. Le tradizionali teorie sulla legittimazione del potere pubblico: Max Weber, Carl Schmitt e Niklas Luhmann***

Quando ai primordi dello Stato sociale Max Weber ha teorizzato le varie forme possibili di legittimazione del potere pubblico, il suo approccio è stato evidentemente condizionato da una logica e una concezione antropologica fondata sulla coppia oppositiva passione (emozione)-ragione.

Il diritto come regolazione dello Stato sociale e assistenziale era finalizzato a dare risposte adeguate ai nuovi compiti del corpo legislativo, e, più precisamente, a soddisfare le domande di giustizia sociale attraverso interventi di trasformazione; cogliendo pienamente questa realtà, Weber predispose una risposta mirata alla presa di distanza da ogni fenomeno che potesse intaccare il formalismo giuridico.

“Con il sorgere, infatti, dei moderni problemi di classe si cominciano ad additare al diritto aspirazioni materiali che mettono in dubbio proprio la sufficienza di quei semplici criteri di onestà mercantile e rivendicano la necessità di un diritto sociale fondato su postulati etici di intonazione patetica (la giustizia, la dignità umana ecc.) e ciò sia da parte degli interessati (specialmente la classe lavoratrice) sia dagli ideologi del diritto. Ma ciò mette radicalmente in discussione lo stesso formalismo giuridico”<sup>7</sup>.

Weber, quindi, si fece promotore del formalismo giuridico contro ogni forma di materializzazione del diritto: innanzitutto, secondo l'autore, il formalismo consente una maggiore

<sup>7</sup>

M. WEBER, *Economia e società*, II, Edizioni di Comunità, Milano, 1999, pag.192.

chiarezza delle norme che così risultano analizzabili e verificabili, in secondo luogo perché la forma generale e astratta della legge, non legata a contesti o soggetti specifici, conferisce al sistema giuridico una struttura uniforme, e poi, infine, perché il rapporto tra potere giudiziario e amministrazione garantisce in tal modo un'applicazione della legge in accordo con le procedure legali<sup>8</sup>.

Inoltre, strettamente connesso al concetto di formalismo giuridico era per Weber quello di razionalizzazione che, più in generale, consisteva nell'ampliamento del sapere empirico, delle capacità previsionali e, quindi, nel distacco dai convincimenti di ordine pratico – morale, e, con specifico riguardo alla razionalità giuridica si opponeva alla materializzazione del diritto; quest'ultima, infatti, significa, prevalentemente, la moralizzazione del diritto, cioè la penetrazione nel corpo del diritto positivo di considerazioni di tipo etico – morale. Di conseguenza la razionalità del diritto riposa sulle sue qualità formali.

A questo punto rileva quella che è la funzione del diritto elaborata da Weber, un diritto razionalizzato e non contaminato da forme di materializzazione, consistente, cioè, nella istituzionalizzazione della società al fine di soddisfarne gli interessi e i bisogni. Per Weber, infatti, “gli interessi (materiali e ideali) non già le idee dominano immediatamente l'agire umano. Ma le immagini del mondo create per mezzo delle idee hanno molto spesso determinato le vie sulle quali poi la dinamica degli interessi continuò a spingere avanti l'agire”<sup>9</sup>.

E' solo l'istituzionalizzazione, quindi, che compone i bisogni interiori ed exteriori degli individui in una soluzione socialmente rilevante. Gli ordinamenti vitali, tra cui, di conseguenza, anche quello giuridico, soddisfano i bisogni materiali e ideali, realizzando, al contempo, idee e valori della società<sup>10</sup>.

Il tema della legittimazione degli ordinamenti giuridici viene così introdotto da Weber affermando, innanzitutto, che un ordinamento che si fondasse unicamente sulla repressione, o il costume, o situazioni di interesse, sarebbe caratterizzato da criteri effimeri e labili. Per quanto riguarda, poi, più specificamente la giustificazione e la legittimazione del potere Weber sostiene che “la sussistenza di ogni potere, nel nostro senso tecnico della parola, fa affidamento nel modo più

---

<sup>8</sup> Weber ha fondato questa sua tesi sulla base del diritto privato e della tradizione liberale che per lui costituivano punti di riferimento importanti per assicurare la libertà e il diritto di proprietà e, quindi, il diritto generale e astratto. S. COSTANTINO, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, G.Giappichelli editore, Torino, 1994, pag. 25.

<sup>9</sup> M. WEBER, *Economia e società*, II, Edizioni di Comunità, Milano, 1999, pag.240.

<sup>10</sup> “M. Weber prende già le mosse da un modello che sarà svolto in seguito da Parson: i sistemi di azione sociale, o gli ordinamenti vitali integrano idee e interessi in modo tale che essi regolano chances legittime di soddisfacimento degli interessi materiali e ideali. La compenetrazione tra idee e interessi e la loro stabilizzazione reciproca serve a regolare l'appropriazione dei beni materiali e ideali e ad ancorare tale regolazione nei motivi e negli ordinamenti di valore degli interessati in modo tale che sussista una possibilità sufficiente di osservare mediamente le norme relative. Gli interessi devono essere legati alle idee se le istituzioni, nelle quali essi vengono espressi, devono avere consistenza: infatti soltanto attraverso le idee un ordinamento vitale può acquisire validità legittima”. J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1986, I, pag. 283.

forte sull' autogiustificazione mediante l'appello ai principi della sua legittimazione<sup>11</sup>". Quest'ultima, quindi, altro non è che una base motivazionale del potere: "una connessione di senso che appare, all'individuo medesimo che agisce oppure all'osservatore, come fondamento dotato di senso di un atteggiamento"<sup>12</sup>.

Inoltre, prosegue l'autore, i concetti di validità normativa e di legittimità sono legati al riconoscimento soggettivo di un ordinamento come vincolante, ovvero come valido; infatti, il percepire come vincolante un determinato ordinamento da parte dei consociati, corrisponde, per Weber alla sua validità, poiché "la circostanza che accanto ad altri motivi, una parte almeno degli individui che agiscono abbia dinanzi come modello o come obbligo – e quindi come qualcosa *che deve valere* – l'ordinamento, accresce naturalmente la possibilità che l'agire si orientato in vista di esso, e sovente in misura molto rilevante"<sup>13</sup>.

La validità, quindi, di un ordinamento può essere espressa, secondo Weber, in base alla distinzione tra i tipi di potere (personale- impersonale) a cui corrisponde quella tra le forme di legittimazione (carismatica- razionale). Più nel dettaglio, la validità del potere riposa sull'obbedienza al sistema di regole razionali e vincolanti in esso contenute, e, quindi, il titolare di questo potere è legittimato in quanto esercita la sua autorità in conformità al sistema normativo; oppure la validità del potere di comando si basa sull'autorità personale di chi lo detiene in base alla tradizione che prevede l'obbedienza a quella determinata persona; infine, la validità del potere si può fondare sul carisma di un determinato soggetto.

Tra queste, secondo l'autore, la forma tipica della legittimazione del potere dello Stato moderno risiede nell'obbedienza al potere da parte dei consociati, ovvero nella prima delle soluzioni sopra esposte<sup>14</sup>; tale obbedienza, a sua volta, è legata a una credenza razionale rispetto al valore (il diritto naturale) oppure, come accade più di frequente, a una credenza razionale rispetto allo scopo (la legalità, intesa come la corrispondenza delle decisioni politiche alle procedure legali formalmente corrette).

La prima di queste credenze, la razionale rispetto al valore, era molto diffusa nell'immediato dopoguerra, quando la restaurazione dei valori sostanziali, collegati all'idea di dignità umana, era necessaria per gettare le fondamenta di una nuova società che, fino ad allora, era stata intrisa dal

---

<sup>11</sup> M. WEBER, *Economia e società*, II, Edizioni di Comunità, Milano, 1999, pag.258.

<sup>12</sup> *Ivi*, pag. 10.

<sup>13</sup> *Ivi*, pag. 29.

<sup>14</sup> Weber precisa, inoltre, che: "la legittimità di un potere può essere naturalmente considerata soltanto come la possibilità che esso sia ritenuto tale in una misura rilevante, e che da ciò derivi una corrispondente azione pratica. Non è affatto vero che ogni disposizione ad obbedire a un potere sia orientata in modo primario (o anche soltanto generalmente) in base a questa credenza. La disposizione a obbedire può essere simulata dal singolo o interi gruppi soltanto per motivi di opportunità, può essere assunta come inevitabile per debolezza e per bisogno di protezione. Tutto questo non è però decisivo per la classificazione del potere. E' decisivo invece il fatto che la sua propria pretesa di legittimità valga a seconda del tipo in una misura rilevante, garantendo la sua sussistenza e insieme determinando la specie dei mezzi di potere prescelti". M. WEBER, *Economia e società*, II, Edizioni di Comunità, Milano, 1999, pag. 209.

culto del potere irrazionale.

Le forme di legittimazione, invece, che si fondano sulla seconda delle credenze delineate da Weber, quella razionale rispetto allo scopo, è sopravvenuta successivamente, nell'ambito di uno Stato che si poneva come obiettivo il benessere di tutti e, quindi, l'adesione all'autorità pubblica si basava sulla capacità di quest'ultima di attendere alle aspettative della società e di soddisfarne le esigenze.

A questa impostazione teorica si affianca quella di chi ha definito una tipologia diversa di legalità che, nello Stato moderno, si sostituisce a quella delineata da Weber e che, di conseguenza, comporta una differente forma di legittimazione.

Più nel dettaglio, vediamo come dopo il crollo dei regimi dittatoriali del fascismo e del nazismo, negli Stati dell'Europa occidentale che avevano maggiormente sofferto l'autoritarismo e la tragedia del secondo conflitto mondiale, si impose, all'interno della società, la convinzione che il potere è legittimo in quanto si ponga come equidistante fra i vari gruppi sociali (pluralismo) e in quanto garantisca ad ogni gruppo sociale o partito le stesse possibilità di accesso e partecipazione al potere stesso (democrazia).

Detenere il potere, però, secondo taluni, può anche voler dire vantare un enorme plusvalore politico<sup>15</sup>, nel senso che l'esercizio di tale potere comporta per i gruppi o i partiti di maggioranza la possibilità costante di violare il fondamento del loro stesso potere (democrazia e pluralismo), comportando così, sia per la loro azione diretta, che per quella dell'opposizione, una sorta di delegittimazione dell'autorità politica come sistema di governo valido ed efficiente.

Queste ultime affermazioni, di forte critica allo Stato moderno del XIX sec. e alle maggiori teorizzazioni sulla legittimazione di questa forma di Stato sono state mosse da uno dei più noti e "classici" giuristi tedeschi, Carl Schmitt.

Per comprendere meglio il pensiero di questo grande giurista sarebbe necessario un maggiore approfondimento delle sue opere e, in ogni caso, risulterebbe comunque difficile parlare di Schmitt data la vastità della sua produzione teorica e della molteplicità dei suoi interessi; ma ciò che qui interessa, ai fini di questo breve excursus sulle maggiori e tradizionali teorie della legittimazione del potere pubblico è comprendere la critica che di esse compie questo autore e la soluzione che prospetta.

Una delle più importanti costanti che si riscontra nella vastità delle opere schmittiane è sicuramente il rapporto tra politica e diritto, o, per meglio dire, l'essenzialità, all'interno della compagine statale, che tale rapporto ha per Schmitt. Per quest'ultimo diritto e politica non sono due fenomeni distinti e a sé stanti, bensì indissolubilmente connessi; infatti, secondo Schmitt, la vita e la storia dello Stato moderno possono essere studiati solo alla luce dell'intersecazione tra diritto e

---

<sup>15</sup> C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1939), in *Le categorie del politico*, p. 239.

politica<sup>16</sup>.

L'indebolimento e il sostanziale abbandono di questa concezione sono stati causati, per l'autore tedesco, dall'influenza nella società delle istanze pluralistiche e neutralistiche che hanno portato al deterioramento del monopolio dello Stato e hanno messo in seria discussione non solo il suo assetto politico, ma anche quello giuridico.

Ciò che, sostanzialmente, Schmitt vuole combattere è la degenerazione che si è avuta della concezione giuridica dello Stato, sottolineando, al tempo stesso, la necessità di una rivitalizzazione del rapporto tra politica e diritto e “della concezione giuridica dello Stato mediante una più energica sottolineatura dell'elemento politico”<sup>17</sup>. Quindi, per Schmitt, non solo diritto e politica sono elementi inseparabili, ma questa loro concatenazione si esprime soprattutto all'interno dello Stato; ed è proprio nella perdita della centralità del rapporto tra diritto e politica che si annida la causa maggiore di crisi dello Stato moderno, una percezione questa che si fa sempre più forte e viene avvertita con maggiore gravità dall'autore tedesco soprattutto nell'ultima fase dei suoi scritti.

L'attacco di Schmitt alle vicende dello Stato borghese di diritto e alle ideologie proprie dell'epoca è molto duro e sentito: l'autore prende di mira soprattutto il “sistema di una legalità rigorosa” propria di questa forma di Stato, evidenziando la spolticizzazione e neutralizzazione del diritto che il modello di Stato borghese ha comportato con la sua “concezione di una legalità neutrale, avalutativa, aqualificativa, formalistica e funzionalistica in quanto priva di contenuto”<sup>18</sup>. L'analisi schmittiana, infatti, si incentra, in particolar modo, sul principio di legalità inteso, in questa forma di Stato oggetto della sua critica, come principio ultimo e specifico dell'intera vita statale che consiste “nel fatto che alla fine non si governa o si comanda più poiché vengono fatte valere soltanto norme impersonalmente vigenti”<sup>19</sup>.

Il principio di legalità fonda così la giustificazione della struttura statale: “il sistema di legalità dello Stato legislativo parlamentare, afferma Schmitt, sviluppa un sistema di giustificazione radicale che vuole avere efficacia sia *ex parte principis* sia *ex parte populi*”<sup>20</sup>.

La valutazione critica dello Stato moderno compiuta dall'autore tedesco si sofferma, inoltre, sulla generale economicizzazione della vita sociale e politica della società e sull'ingresso, al suo interno, della tecnica come vero e proprio centro di riferimento.

---

<sup>16</sup> “Non bisogna dimenticare che Schmitt ha dietro di sé la grande tradizione della scienza giuridica tedesca alla quale si deve la costruzione dello Stato come istituto, o complesso di istituti giuridici o, più stringentemente ancora, si deve la riduzione dello stato a diritto”. M. NIGRO, *Carl Schmitt tra diritto e politica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15, Giuffrè editore Milano, 1986, p. 692.

<sup>17</sup> *Ibidem*

<sup>18</sup> C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1939), in *Le categorie del politico*, p. 230.

<sup>19</sup> C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1939), in *Le categorie del politico*, p. 212.

<sup>20</sup> “Ma questa radicalità, in realtà, elimina il problema storico e sempre presente della legittimità, non essendo esso risolvibile attraverso soluzioni tecniche o attraverso la forza di auto-legittimazione della legalità che fa leva sul potere impersonale della norma formalizzata”. S. COSTANTINO, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, G. Giappichelli editore, Torino, 1994.



Lo Stato appare così *neutrale e agnostico*, ovvero come un soggetto che fonda la legittimità della propria esistenza nella sua neutralità e si pone, secondo Schmitt, come uno *Stato culturalmente e spiritualmente neutrale*; alla cultura, infatti, sostiene il nostro autore, è assegnato un ruolo subalterno e secondario, riservando alla tecnica e all' economia un ruolo di prim'ordine nella società<sup>21</sup>.

Lo Stato moderno, cioè, per Schmitt si connota per essere come il meccanismo di una macchina, così come i concetti di legge e diritto<sup>22</sup>.

Le riflessioni di Schmitt sono, quindi, decisamente svalutative della realtà in cui vive, una società, cioè, che tende a legittimare un nuovo assetto sociale e giuridico sulla base del progresso scientifico e tecnico- industriale; l'atteggiamento del giurista tedesco, però, “non è quello di colui che ricerca valori e legittima assetti totalmente nuovi a rimedio della crisi, ma quello di chi, tenendo sempre fede ai vecchi valori, si limita a constatare dove ha portato l'abbandono e il tradimento di essi”<sup>23</sup>.

Inoltre, se per Schmitt diritto e politica sono elementi inscindibili, lo strumento che meglio esprime questa unione è la decisione politica che, nel sistema schmittiano, ha un ruolo fondamentale; infatti, la decisione è il risultato di una volontà politica che, in tal modo, *stabilisce complessivamente l'esistenza dell'unità politica*, ed è questa volontà che, originando la decisione, fonda la validità e la legittimazione dell'ordinamento giuridico<sup>24</sup>. Ricollegandosi, quindi, ad un ordine preesistente per svilupparlo e attualizzarlo, la decisione politica realizza, così, quel ritorno ai valori di cui Schmitt si faceva fautore contro il positivismo, e viene concepita come una scelta tra tanti indirizzi possibili, o, meglio ancora, come attuazione di un valore.

Una costituzione, infatti, nella teoria schmittiana, non realizza la sua validità sulla giustizia

---

<sup>21</sup> “In un'epoca di pensiero economico o tecnico, il progresso viene pensato, tacitamente e ovviamente, come progresso economico o tecnico, ed il progresso morale umanitario appare, per quel che ancora può interessare, come un prodotto accessorio del progresso economico. Una volta che un settore diviene il centro di riferimento, i problemi degli altri settori vengono risolti dal suo punto di vista e valgono ormai solo come problemi di secondo rango la cui soluzione appare da sé non appena siano stati risolti i problemi del settore centrale”, C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del politico*, p. 173. “Oggi non vi è nulla di più moderno della lotta contro la politica. Finanziari americani, tecnici industriali, socialisti marxisti e rivoluzionari anarco-sindacalisti si uniscono nel richiedere che venga messo da parte il dominio non obiettivo della politica sulla obiettività della vita economica. Ormai devono esistere solo compiti tecnico-organizzativi e sociologico-economici, ma non problemi politici. Il tipo oggi dominante di pensiero tecnico-economico non consente più nemmeno di percepire un'idea politica. Lo Stato moderno sembra essere diventato davvero ciò che Max Weber vide in esso: una grande fabbrica. Se l'elemento politico si muta qui in quello economico-tecnico-organizzativo, allo stesso modo esso si stempera nel dialogo eterno delle categorie generali della filosofia della cultura e della storia che, con caratterizzazioni estetiche, contraddistinguono un'epoca come classica, romantica e barocca. In entrambi i casi è venuto meno il nucleo dell'idea politica, l'orgogliosa decisione morale”. *Ibidem*

<sup>22</sup> In una prospettiva critica, lo Stato di diritto borghese del XIX secolo viene visto dall'autore tedesco come un sistema di legalità che opera con leggi scritte e che si basa su una costituzione fatta da uomini ed è soltanto uno “Stato di leggi”.

<sup>23</sup> M. NIGRO, *Carl Schmitt tra diritto e politica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè editore Milano, 1986, p. 705.

<sup>24</sup> S. COSTANTINO, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, G. Giappichelli editore, Torino, 1994, p.

di una norma, quanto piuttosto “su una decisione politica, derivante dal suo essere politico, sulla specie e la forma del suo proprio essere. La parola volontà indica - in contrapposizione ad ogni dipendenza da una giustizia normativa o astratta – l'esistenziale oggettivo di questo fondamento di validità”<sup>25</sup>; la condizione per cui una costituzione “viga” viene fatto dipendere dalla circostanza per cui esiste un potere costituente che, in virtù della sua autorità, pone in essere la sua volontà.<sup>26</sup>

Degna di rilievo, inoltre, risulta essere anche la teorizzazione che fa riferimento alla “legittimazione attraverso la procedura”<sup>27</sup>, espressione questa con cui si intende una giustificazione delle decisioni delle istituzioni pubbliche che si fonda sulla effettiva compartecipazione delle persone alle procedure politiche (elezioni, legislazione, procedimenti amministrativi, processi giudiziari); pertanto, ai vari tipi di coinvolgimento dei consociati alla vita politica dello Stato, corrispondono altrettante forme di legittimazione<sup>28</sup>.

L'impostazione teorica appena descritta richiama, molto da vicino, una concezione “classica” dello Stato liberale che definiva la legittimazione delle funzioni pubbliche in base al

---

<sup>25</sup> C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, a cura di A. CARACCILO, Giuffrè, Milano, 1984.

<sup>26</sup> “La volontà si pone in contrapposizione alle norme come entità esistenzialmente presente come incarnazione, potremmo dire, di ciò che Schmitt ne *Il custode* poneva in rapporto al dovere, ma sembra attenuarsi il riferimento ai parametri di razionalità, calcolabilità e misurabilità. Permane ancora il requisito della giustizia delle norme. La *potestas* o autorità della volontà è in diretta dipendenza del suo essere. Mentre al potere, il quale è necessariamente sempre solo effettivo, corrispondono i concetti di maestà e sovranità e maestà, a quello di autorità, invece, corrisponde un concetto che si fonda essenzialmente su di una entità temporale che contiene un riferimento alla tradizione e alla durata. Inoltre una norma non può porre se stessa ma può essere riconosciuta come giusta in quanto derivabile da principi che si fondano non soltanto sulla positività ma anche sulla giustizia. Il concetto di ordinamento giuridico contiene, per Schmitt, due elementi totalmente diversi: l'elemento normativo del diritto e l'elemento esistenziale dell'ordinamento concreto. L'unità e l'ordine è nell'esistenza politica dello Stato, non in leggi, regole o qualsivoglia normatività. Le raffigurazioni e le parole che parlano della costituzione come di una «legge fondamentale» o di una «norma fondamentale», sono per lo più oscure e imprecise. Per uscire dall'oscurità e dall'imprecisione, Schmitt non basa l'unità del Reich sui 181 articoli della costituzione di Weimar, ma sull'esistenza politica, sulla volontà del popolo tedesco: «la costituzione di Weimar vige perchè il popolo tedesco si è data questa costituzione». S. COSTANTINO, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, G. Giappichelli editore, Torino, 1994, p. 126.

<sup>27</sup> N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Milano, 1995.

<sup>28</sup> Questa teoria sfrutta le più recenti concezioni sulla natura giuridica del “procedimento”, non più inteso, secondo l'idea baconiana, come tecnica finalizzata alla scoperta della verità o alla definizione della giustizia, ma come una forma di “concorrenza” o “compartecipazione” diretta a stabilire, in forme legali prestabilite, diritti e doveri delle parti in causa. Accanto a N. Luhmann, considerato il massimo fautore della teoria della “legittimazione attraverso la procedura”, altrettanto incisivo sull'argomento risulta essere J. Habermas, il quale afferma che: “una procedura in quanto tale non può generare legittimazione; piuttosto la procedura stessa dello stabilire norme è soggetta all'obbligo di legittimazione. Perchè un potere legale sia riconosciuto come legittimo deve essere soddisfatta almeno un'altra condizione: devono essere dichiarati i motivi della forza legittimante di questa procedura formale”, J. HABERMAS *Crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Bari, 1975. “Giova chiarire a questo proposito che la stessa argomentazione è una procedura che non ha come risultato delle deliberazioni. La procedura argomentativa serve piuttosto a risolvere problemi e a pervenire a convinzioni. La procedura argomentativa ha anche un ruolo critico e discriminante nel senso che può portare all'identificazione di interessi contrapposti, non generalizzabili. In questo caso, piuttosto che tendere verso soluzioni impegnative per tutti, essa cercherà di condurre i partecipanti verso un compromesso buono o leale. Si determinano cioè situazioni argomentative in cui i discorsi morali non sono convenienti ed è necessario ricorrere a discorsi di autointesa o di negoziazione. Idealmente, una decisione di maggioranza deve realizzarsi a condizioni discorsive tali che il suo risultato ha di per sé la presunzione di razionalità. Il contenuto di una decisione conseguito secondo norme procedurali può essere fallibile, ma deve valere come risultato motivato razionalmente di una discussione interrotta per la necessità di decidere. C'è dunque un'asimmetria visibile tra il discorso come procedura per la formazione del giudizio etico – morale e la procedura giuridicamente istituzionalizzata (sempre mediata dai discorsi) per la formazione della volontà politica”. S. COSTANTINO, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, G. Giappichelli editore, Torino, 1994, pag. 41.

concetto di legalità; in altre parole, secondo questa concezione “classica”, le fondamentali decisioni riguardanti l'assetto completo della società venivano accettate solo in quanto espressione della autonomia dei cittadini, ovvero in quanto compartecipazione, attraverso i propri rappresentanti, alle decisioni stesse.

L'autore Niklas Luhmann, maggiore promotore della teoria della “legittimazione attraverso la procedura”, nella sua elaborazione teorica, ha analizzato *in primis* i concetti di “diritto” e “legittimità”; per Luhmann, infatti, il diritto è positivizzato quando viene riconosciuto come legittimo, ovvero quando viene rispettato in quanto posto da un' autorità competente secondo determinate regole.

Per quanto concerne il concetto di legittimità l'autore spiega che nelle società complesse la legittimità di un sistema politico non si fonda e non può fondarsi sul consenso razionale o morale dei cittadini, ma consiste in una accettazione a posteriori, senza particolari motivazioni e “senza fondamento” rispetto ai risultati del processo decisionale. In particolare, la legittimità coincide essenzialmente con il coinvolgimento dei cittadini nelle procedure politiche e giuridiche e, cioè, in un ordinamento giuridico positivizzato. “Con la positivizzazione del diritto, secondo Luhmann, si libera un orientamento che segue l'itinerario degli interessi piuttosto che quello della verità e che ricerca la sicurezza nella programmazione piuttosto che nella tradizione”<sup>29</sup>.

Il fondamento del diritto è, quindi, secondo Luhmann, non più da ricercare nel diritto naturale ritenuto di un livello superiore e che abbia i caratteri vincolanti e stabili, ma il carattere stabile del diritto si rinviene nella sua variabilità e il principio per cui le cose possono essere modificate è per Luhmann la base di ogni stabilità e quindi di ogni validità. A tal proposito, l'autore contesta la concezione di legittimità intesa solo come convincimento della validità del diritto in base al carattere vincolante delle norme e delle decisioni o del valore dei principi che giustificano le decisioni del potere pubblico; questo assunto, infatti, è per Luhmann insufficiente a spiegare come sia possibile che quando siano in pochi a decidere si possa diffondere l'effettiva convinzione della giustizia e della forza vincolante delle decisioni prese dalla pubblica autorità.

Inoltre, Luhmann insiste particolarmente su un punto decisivo della sua teoria e cioè la necessità che vengano accettate decisioni vincolanti come *premesse di comportamento*<sup>30</sup> senza che sia specificato prima quali decisioni concrete vengano prese. In particolar modo, la legittimazione attraverso la procedura si basa sul principio di uguaglianza delle possibilità di ottenere decisioni soddisfacenti e si sostituisce all'antica base motivazionale fornita dal riferimento al diritto naturale e ai conseguenti metodi mutevoli della formazione del consenso.

La caratteristica fondamentale dei procedimenti è, quindi, quella di avere una sorta di

---

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 43.

<sup>30</sup> N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A Febbrajo, Milano, 1995.

riconoscimento generale che prescinde dal grado di soddisfacimento che realizza una determinata decisione; ed è questo riconoscimento che comporta come conseguenza l'accettazione e l'osservanza delle decisioni vincolanti.

La legittimità non trae, dunque, il suo fondamento nel riconoscimento volontario, in una convinzione personale, ma, al contrario, in un contesto sociale e giuridico che istituzionalizza il riconoscimento delle decisioni vincolanti come conseguenza della validità delle decisioni ufficiali del pubblico potere.

Ancora, il fondamento dell'ordinamento giuridico delineato sulla base della decisione vincolante non è l'unico fattore legittimante; infatti altri elementi, quali l'attività politico – giuridica in generale, la stessa retorica giuridica, l'esercizio delle funzioni pubbliche da parte dei funzionari amministrativi che applicano la legge o del giudice stesso, costituiscono momenti importanti nel processo di legittimazione del pubblico potere. Importante in tal senso è per Luhmann l'attività simbolico – cerimoniale espressa nelle procedure giuridiche di qualunque tipologia esse siano, poiché facilitano l'apprendimento e lo svolgimento della procedura, rendendo più agevole il processo di legittimazione.

La legittimazione delle decisioni, infatti, deve essere intesa per l'Autore come un processo istituzionalizzato di apprendimento, come una continua “ristrutturazione delle aspettative” che accompagna il processo decisionale. Inoltre, la legittimazione per procedimento non implica un riferimento necessario al diritto procedurale, o meglio, non comporta criteri di giustificazione mutuati dal diritto processuale, nonostante, in ogni caso, tutti i procedimenti presuppongano inevitabilmente una regolamentazione giuridica.

Ciò che vuole sottolineare Luhmann è che la legittimazione attiene alla “ristrutturazione delle aspettative tramite un processo effettivo di comunicazione che si svolge secondo regole giuridiche”<sup>31</sup>; le aspettative dei consociati, quindi, devono essere continuamente “ristrutturate”, aggiornate attraverso la comunicazione tra i partecipanti al procedimento, poiché la società è in continua evoluzione e le esigenze della stessa mutano di pari passo allo sviluppo della vita umana. Questo assunto si collega a quanto su esposto, cioè al fatto che per Luhmann è nella variabilità del diritto la base di ogni stabilità e quindi di ogni validità dell'ordinamento giuridico.

Precisa ancora l'autore che il procedimento non è di per sé un criterio di verità assoluta, ma promuove la validità e la giustizia delle decisioni e, attraverso la comunicazione tra i partecipanti, garantisce l'effettuazione di decisioni indipendentemente dal fatto che le prestazioni logiche configurino o meno soluzioni univoche o giuste. Più nel dettaglio, le strutture di un procedimento, di qualunque tipo esso sia (giudiziario, decisionale ecc.), è disegnata da norme giuridiche generali che però non costituiscono l'essenza stessa del procedimento e quindi non rappresentano l'elemento

---

<sup>31</sup> N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A Febbrajo, Milano, 1995.

fondante la legittimazione; la funzione di queste norme è, piuttosto, quella regolatrice del procedimento, di definirne i temi, i limiti, renderne consapevoli gli interessati.

Necessariamente, infatti, i procedimenti presuppongono un ordinamento giuridico che costituisca una sorta di insieme strutturale all'interno del quale ogni procedimento rileva come una parte di un sistema più grande che li organizza e li regola. Inoltre, per quanto concerne più specificamente il processo decisionale, la sua caratteristica fondamentale consiste nel formare un potenziale di decisione dal quale sorge l'aspettativa legittima di decisioni.

Concludendo Luhmann affronta il nodo cruciale della sua teorizzazione rappresentato dal problema di come la variabilità e la moltiplicazione, condizioni indispensabili del diritto, possano trovare adeguato riscontro e sufficiente consenso tra i consociati. Per l'autore è impossibile sostenere che il diritto positivo sia garantito sempre e comunque da un consenso fattuale, inteso come l'atteggiamento per cui ogni consociato accetta in qualunque momento ogni disposizione di volta in volta vigente.

I limiti, quindi, del consenso fattuale possono essere dilatati tramite l'istituzionalizzazione e, più precisamente, attraverso quella che Luhmann definisce "presupposizione di consenso".

L'istituzionalizzazione, dunque, si fonda sulla presunzione di consenso, su determinate aspettative di comportamento che costituiscono il fondamento dell'azione del pubblico potere; ciò è possibile soltanto se il consenso è rilevante o almeno dissimulato attraverso la non espressione del dissenso.

Per stabilizzare, inoltre, tale presunzione di consenso è necessaria la compartecipazione al procedimento anche di coloro che sono esterni ad esso e che poi costituiscono i destinatari del risultato finale del procedimento stesso, ovvero il pubblico. Per Luhmann è, infatti, fondamentale che anche i non direttamente coinvolti partecipino al rito procedimentale, verificando che il procedimento avviene in modo palese, onesto e serio e che il suo scopo è di pervenire a decisioni che combinano insieme verità e diritto e che, anche loro, attraverso questa istituzione, possono avere giustizia. Per rendere possibile la partecipazione del pubblico non direttamente coinvolto al procedimento è necessario innanzitutto il carattere pubblico del procedimento e, in secondo luogo, la possibilità di accesso ad esso, e non tanto la presenza effettiva<sup>32</sup>.

Decisiva è, dunque, questa possibilità per rafforzare la fiducia nella pubblica autorità e

---

<sup>32</sup> Questa teoria richiama le più recenti concezioni sulla natura giuridica del "procedimento", non più inteso, secondo l'idea baconiana, come tecnica finalizzata alla scoperta della verità o alla definizione della giustizia, ma come una forma di "concorrenza" o "compartecipazione" diretta a stabilire, in forme legali prestabilite, diritti e doveri delle parti in causa. Infatti, le affermazioni di Luhmann si possono facilmente assimilare ai principi del giusto procedimento sanciti dall' art. 97 della nostra Costituzione, in particolare per quanto riguarda la garanzia del diritto di partecipazione al procedimento da parte degli interessati, i criteri di pubblicità e trasparenza che rientrano nel più generale diritto di accesso ai documenti, ma, soprattutto, per quanto concerne la concezione di procedimento che emerge dalla disciplina costituzionale e dalla L. n. 241/90 inteso non più come semplice insieme di atti, ma come sintesi di esso e momento di unificazione degli interessi coinvolti. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè editore, Milano, 2004.

limitare eventuali motivi di sfiducia nei confronti del procedimento decisionale.

La partecipazione ai procedimenti, elettorali, giudiziari e di ogni altro genere, rende, quindi, possibile la realizzazione di due requisiti importanti, la generalizzazione del consenso (contribuendo così a contenere il dissenso e la protesta), e l'autolegittimazione del sistema politico e del diritto da esso prodotto<sup>33</sup>. Di conseguenza, tanto più riscuote successo questa legittimazione per procedura, tanto più il sistema politico legittima se stesso e il diritto che produce, poiché, sostiene ancora l'autore, “solo mediante questo presupposto tutte le pretese giuridiche della società possono essere filtrate nei processi di decisione del sistema politico prima di acquistare forza vincolante”<sup>34</sup>.

La teoria della “legittimazione attraverso la procedura” è stata criticata, però, da più parti e considerata insufficiente nella misura in cui non offre una giustificazione globale del potere; si è sostenuto, infatti, che non è tanto la “procedura” a fondare la legittimazione delle funzioni pubbliche, quanto piuttosto è la credenza delle persone che partecipano alle decisioni a determinare l'accettazione dell'autorità e, quindi, della sua attività<sup>35</sup>. Inoltre, è stato contestato alla teoria della “legittimazione per procedura” di non aver tenuto presente la linea di demarcazione esistente tra le varie forme di legittimazione (o meglio tra le varie credenze che stanno alla base di ciascuna di esse) e le distinte modalità con cui ogni autorità che esercita pubbliche funzioni rinsalda e consolida quelle stesse credenze e, di conseguenza, la propria legittimazione<sup>36</sup>.

In realtà, al di là delle varie critiche mosse alla teoria della “legittimazione per procedura”, se si analizzano anche le altre posizioni dottrinali sulla legittimazione del potere suesposte, si avverte come ciascuna di esse, a proprio modo, sia lo specchio di una generale crisi delle tradizionali teorizzazioni sulla legittimazione che, secondo alcuni, dipende anche da una sorta di potenziale delegittimante dell'autorità pubblica insito nei caratteri essenziali dello Stato pluralistico.

---

<sup>33</sup> “Tali procedimenti hanno la mobilità di sistemi particolari organizzati caso per caso, forniti di premesse decisionali per loro rilevanti e di volta in volta diversi; essi impegnano chi vi partecipa attraverso le implicazioni del suo ruolo e della sua autorappresentazione: egli deve presentarsi come conciliante, ragionevole, ecc., deve precisare i punti controversi. In tal modo si muove in una situazione nella quale alla fine deve accettare la decisione o, in ogni caso, non può organizzare un ampio fronte sociale contro di essa. I procedimenti non servono solo alla produzione di decisioni, ma parallelamente anche all'assorbimento della protesta”. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990.

<sup>34</sup> Ciò contribuisce anche a spiegare la differenza e il rapporto tra la produzione del diritto e la sua applicazione: “in realtà, è necessaria una trasmissione di premesse decisionali mantenute identiche dal livello della produzione del diritto al livello della sua applicazione. La separazione di questi ruoli non avrebbe alcun senso senza una tale connessione. E tuttavia non vi può essere alcun dubbio che così non si possono comprendere il senso e la differenziazione dei ruoli e dei processi decisionali. Per fare questo bisogna comprendere la loro non – identità”. *Ivi*, pag. 125.

<sup>35</sup> A. BALDASSARRE, *Crisi della leadership e “deficit” strutturale di legittimazione: verso nuove forme di razionalità e di legittimazione?* in A. Baldassarre, A.A. Cervati, L. Elia, G. Ferrara, S. Finer, Ch. E. Lindblom, Cl. Offe, G. Pasquino, H. Ridder, M. Volpi, D.C.M. Yardley, *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre e A.A. Cervati, Libri del tempo Laterza, 1982, pag. 65.

<sup>36</sup> Tali tecniche sono state definite come forme di “reperimento della legittimazione”.

### ***3. La crisi delle tradizionali teorie sulla legittimazione del potere pubblico e il declino della “legalità” come principale fonte di legittimazione***

Alcune impostazioni più recenti, rispetto a quelle analizzate nel paragrafo precedente, sottolineano come lo Stato sociale ha compiuto un'opera di demolizione delle forme di legittimazione basate sul concetto di legalità; più precisamente, si afferma che “l'ampia e inusuale discrezionalità di cui abbisognano i poteri sub- legislativi per realizzare i compiti dello Stato sociale, i conseguenti spazi vuoti di legislazione (funzionali peraltro a non- decisioni o a spostamenti del potere risolutivo dei conflitti a livelli diversi da quelli parlamentari), la crescente diffusione di leggi particolari, eccezionali, recettive di accordi o di intese fra le parti sociali, oltretutto di leggi- provvedimento e di leggi- contratto, l'ormai generale politicizzazione dell'amministrazione pubblica e della giustizia derivanti dalla diffusione della risoluzione per via non politica dei conflitti sociali, l'uso politico della legge, delle procedure e persino delle azioni giudiziali, ebbene tutto ciò ha ridotto il principio di legalità a poco meno di un relitto storico ottocentesco”<sup>37</sup>.

In quest'ottica ben si comprende la necessità, da parte della dottrina, di ridefinire il principio di legalità e di ricondurlo a fondamento della legittimazione del potere pubblico; infatti, in uno

---

<sup>37</sup> A. BALDASSARRE, *Crisi della leadership e “deficit” strutturale di legittimazione: verso nuove forme di razionalità e di legittimazione?* in A. Baldassarre, A.A. Cervati, L. Elia, G. Ferrara, S. Finer, Ch. E. Lindblom, Cl. Offe, G. Pasquino, H. Ridder, M. Volpi, D.C.M. Yardley, *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre e A.A. Cervati, Libri del tempo Laterza, 1982, pag. 67.

Stato che, come si è detto, non può fondare la propria legittimità su nient'altro che la mera legalità, ma che, al tempo stesso, per sua natura, contiene in sé elementi di delegittimazione, si è riformulato il principio di legalità traducendolo in quello della “legalità costituzionale”.

Ciò vuol dire, sostanzialmente, fondare la legittimazione dell'autorità pubblica sulla base della corrispondenza delle decisioni fondamentali del potere pubblico alla Carta costituzionale.

Tuttavia, “anche così, arretrata al piano dell'accordo di base di ogni ordinamento politico”<sup>38</sup>, la legittimazione attraverso la legalità “costituzionale” non sembra aver avuto lunga vita; questo perché la Costituzione è stata fortemente utilizzata come strumento di scontro politico tanto da indurre le forze politiche alla previsione di un organo giurisdizionale *ad hoc* di garanzia della Carta fondamentale.

Proseguendo, poi, nella esposizione delle tradizionali teorie sulla legittimazione del potere pubblico e, più precisamente, nella descrizione della loro crisi, non sfugge come anche la forma di legittimazione fondata sulla legalità- razionalità ha avuto la stessa sorte delle altre teorie prima enunciate. Infatti, la dottrina della legittimazione del potere pubblico che si basa sulla legalità-razionalità ritiene che l'autorità pubblica, giustificata per l'appunto dal principio della legalità, sia in grado di realizzare le più soddisfacenti combinazioni di mezzi per il raggiungimento di fini di interesse generale (benessere sociale, giustizia ecc.).

Ma questa tipologia di legittimazione ha svolto un ruolo importante in un ambito molto circoscritto che coincide, cioè, con lo Stato liberale e lo Stato sociale dei primordi, in cui l'autorità pubblica era giustificata ed esercitata attraverso le maglie di una “razionalità soggettiva” (mezzi-fini), che corrispondeva, sostanzialmente, ad uno Stato titolare di un potere politico potenzialmente illimitato e incondizionato; un sistema, cioè, in cui si privilegiava il soggetto creatore e che, di conseguenza, riduceva gli elementi ambientali e di contesto a semplici condizioni per il raggiungimento degli scopi del soggetto stesso.

Oggi, quindi, tale situazione non risulta più attuale.



#### ***4. Le nuove logiche del processo decisionale nelle moderne democrazie. Le trasformazioni dello Stato e la ricerca di nuove fonti di legittimazione del potere pubblico***

Con la trasformazione dello Stato, in seguito alla collocazione dello stesso in rapporti con altri soggetti politici e con fenomeni del tutto nuovi, sia esterni (organizzazioni sovranazionali, fenomeno della globalizzazione, concorrenza sui mercati mondiali, sistemi monetari internazionali ecc.), che interni (politicizzazione dei gruppi sociali, pluralismo politico, decisione come “compromesso” ecc.) si è avuto un cambiamento complessivo riguardante la definizione della politica e del potere, ma soprattutto del rapporto tra processi decisionali e giustificazione del potere.

In tale contesto è evidente come l'impostazione teorica weberiana che identifica l'autorità statale nella volontà di un soggetto che liberamente stabilisce l' “ordine” presupposto alle sue decisioni (gerarchie di valori, norme, programmi, ecc.) e altrettanto liberamente decide sulla combinazione di mezzi migliori per raggiungere gli scopi predeterminati, non sia praticabile nello Stato moderno.

A tal proposito, si è parlato in dottrina di logica “incrementale” o “opportunistica” per definire come il processo decisionale, nelle moderne democrazie occidentali, si basa su un confronto empirico tra possibilità di miglioramento e possibilità di peggioramento di una determinata situazione assunta, poi, come dato di base, piuttosto che seguire una determinata e coerente gerarchia di valori o uno scopo precostituito. Sembra, dunque, secondo tale impostazione, che, nello Stato moderno, non esista, alla base delle decisioni fondamentali dell'autorità pubblica, un ordine precostituito di valori su cui fondare l'esercizio del pubblico potere, ma le decisioni sono

dettate solo da circostanze concrete, attuali, imminenti e dirette a finalità pratiche.

Questa riflessione teorica è stata, poi, ripresa da chi sostiene che oggi la ragione giustificatrice dell'azione dei governi consiste più nell'assicurare le “compatibilità sistemiche” (rispetto allo sviluppo del Prodotto Interno Lordo, “difesa dell'Occidente,”ecc.), che nell' operare innovazioni e trasformazioni profonde necessarie al benessere della società; in poche parole, si lamenta che oggi il luogo effettivo della decisione della pubblica autorità si è spostato dalla politica, sua sede naturale, all'economia, e, quest'ultima, di conseguenza, per decidere i suoi investimenti guarda alla tecnologia, per cui il risultato è che il luogo della decisione si è spostato dalla politica alla tecnologia.

In questo contesto si rileva una forte influenza sull'autorità statale da parte di elementi esterni ad essa, quali ad esempio il sistema monetario internazionale, la politica estera in generale, la politica economica interna ed estera, ecc.; ciò ha un impatto negativo sulla legittimazione del potere politico nazionale, in quanto denota una scarsa capacità dello Stato nell'influire sulle decisioni fondamentali della politica interna e, soprattutto, sposta una parte rilevante della propria legittimazione su soggetti politici diversi e a lui esterni, rendendo la propria legittimazione “derivata”.

Parte della dottrina afferma, a questo punto, che se si condividono queste ultime osservazioni, per cui la legittimazione del potere pubblico appare in crisi, il principio di legalità, inteso strettamente come correttezza procedurale delle decisioni, pare svuotato di ogni senso, e lo Stato ha in sé un potenziale di delegittimazione, allora si potrebbe anche pensare che lo Stato democratico non necessita di rinvenire in sé alcuna legittimazione<sup>39</sup>. Ma è molto difficile accettare che il potere pubblico in generale sia così “pieno di sé” da non aver bisogno di nessuna forma che lo legittimi e giustifichi la sua attività; piuttosto ciò che si evince, e di cui l'autorità pubblica stessa si sta accorgendo, è che ci sono diversi segnali che denotano un deficit strutturale di legittimazione e che, proprio per questo motivo, si reagisce “con un' iper- produzione di surrogati della legittimazione e di misure di induzione occulta al consenso di massa. L'abnorme ampliamento della sfera di azione della «giustizia politica» (sotto forma di sviluppo dell'attività paralegislativa della Corte costituzionale, nonché sotto quella di delega ai giudici delle questioni politiche), le ideologie tecnocratiche e il trasferimento di decisioni vitali per la politica nazionale a pubbliche

---

<sup>39</sup> “In effetti questa possibilità potrebbe darsi soltanto ove l'ordinamento democratico fosse concepito come un involucro neutrale rispetto ai valori e perciò valido per molteplici, se non tutti, fra i sistemi di potere possibili. Tuttavia, questa concezione appare oggi messa seriamente in dubbio da studi che hanno dimostrato l'univoca, se pure relativa, connessione fra i sistemi economici e sistemi politici e, con ciò stesso, l'inerenza ai regimi democratici soltanto fra alcuni dei sistemi di potere possibili e di alcune fra le combinazioni possibili dei rapporti fra le classi o i gruppi sociali possibili”. A. BALDASSARRE, *Crisi della leadership e “deficit” strutturale di legittimazione: verso nuove forme di razionalità e di legittimazione?* in A. Baldassarre, A.A. Cervati, L. Elia, G. Ferrara, S. Finer, Ch. E. Lindblom, Cl. Offe, G. Pasquino, H. Ridder, M. Volpi, D.C.M. Yardley, *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre e A.A. Cervati, Libri del tempo Laterza, 1982, pag. 72.

amministrazioni praticamente irresponsabili, la «pianificazione politica», i rituali connessi all'uso simbolico della politica, la «legittimazione attraverso l'alternarsi dei temi» (Grottian) proposti alla discussione politica, sono solo alcune delle manifestazioni del reperimento frenetico e spasmodico da parte dell'autorità statale di una legittimazione che l'esercizio diretto del potere politico «per eccellenza» (governo, parlamento, partiti) tende invece a destrutturare sistematicamente<sup>40</sup>. Inoltre, se tutto questo nell'immediatezza del momento può essere utile a tamponare il “traballante” consenso della società verso il potere pubblico, a lungo andare contribuisce soltanto alla tendenza delegittimante dell'autorità pubblica e “alla percezione, già notevolmente diffusa tra i cittadini, che il processo decisionale gira a folle”<sup>41</sup>.

Di fronte a questo quadro appena delineato, abbastanza negativo, non si deve, al contempo, pensare che la società sia inerte e impotente; anzi, in realtà, si stanno sviluppando fenomeni che modificano le basi tradizionali della legittimazione dello Stato moderno.

Infatti, c'è chi nota una sorta di “fedeltà di massa” fondata sulla fiducia nel rapporto “personale” (verso una persona, un'associazione, un gruppo ecc.) e che si basa sulla convinzione di una migliore capacità risolutiva dei problemi sociali e politici<sup>42</sup>.

Da parte di altra dottrina, invece, si sostiene la necessità di riaffermare una legittimazione “per valori” in base alla quale, cioè, l'autorità pubblica si giustifica attraverso la sua corrispondenza ai valori fondanti della Costituzione; tale forma di legittimazione viene considerata importante per far fronte al rischio di un incontrollato rafforzamento dell'apparato pubblico di tipo tecnico, che comporta, inevitabilmente, un superamento del “governo delle leggi” a favore di un “governo degli uomini” e al tramonto “del principio di autodeterminazione del corpo politico a favore di una paternalistica e criptoautoritaria tecnocrazia<sup>43</sup>”.

La stessa dottrina che promuove la legittimazione “per valori” rileva, però, come i valori fondamentali rappresentano, allo stesso tempo, un fattore sia di legittimazione e di conservazione della realtà giuridica e sociale, che di delegittimazione poiché operano come forti istanza di critica e contestazione. Concludendo, infine, tale impostazione prevede la possibilità di integrare la legittimazione con una sorta di “doppia legittimazione”(concetto, tra l'altro, non nuovo alla dottrina), interna, di modo che ogni soggetto è tenuto ad assumere una decisione conforme alla norma che ne disciplina l'azione (assicurando così validità all'atto e legittimità all'ordinamento) e esterna, in base alla quale occorre che la decisione dell'organo pubblico corrisponda ai concreti e molteplici interessi coinvolti (profilo oggettivo della legittimazione) suscitando così consenso o

---

<sup>40</sup> *Ibidem*

<sup>41</sup> *Ivi*, pag. 73.

<sup>42</sup> Tali forme di legittimazione “personale” non rientrano in quelle classiche fondate su credenze razionali, ma si sostituiscono ad esse stravolgendole. *Ivi*, pag. 74.

<sup>43</sup> L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e Legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè editore, 2005, pag. 340.

almeno accettazione nei consociati (profilo soggettivo).

Sulla stessa base di crisi sostanziale degli ordinamenti democratici odierni e della loro tradizionale legittimazione si pone anche il pensiero di chi, sostenendo una sorta di legittimità relativa nei sistemi politici secolarizzati come quelli contemporanei, afferma che oggi la legittimazione del potere si fonda su un consenso – supporto ai governanti, fortemente instabile<sup>44</sup>. L'Autore in questione, infatti, sottolinea la forte tensione a cui sono sottoposti gli ordinamenti democratici rappresentativi odierni sia sotto il profilo della legittimità, sia sotto quello della legittimazione; la causa di ciò si rinviene, chiaramente, nelle trasformazioni della società moderna e dello stesso conflitto politico attuale, che hanno dato vita, inoltre, ad una vera e propria crisi della comunità politica e dell'autorità di governo in generale.

*In primis*, tale impostazione pone a base della propria riflessione teorica due concetti fondamentali: si tratta del concetto di “legittimità”, con cui si intende, per il nostro autore, che «il potere di cui si discute è giusto e meritevole di accettazione», e del concetto di “legittimazione”, per cui il potere è legittimato in quanto suscita consenso. Da questa distinzione emergono due differenti livelli di legittimazione: da un lato, infatti, si ha una valutazione in termini di giustizia o interesse e, quindi, sostanzialmente un giudizio di valore, da un altro lato, invece, si rinviene una “descrizione del verificarsi o meno dell'accettazione o della giustificazione da parte dei soggetti coinvolti nel rapporto di potere”.

Il primo ambito è sicuramente di tipo soggettivo (ed è, infatti, proprio in esso che si inserisce la celebre distinzione weberiana dei tre tipi di legittimazione), mentre il secondo ambito viene commisurato sulla stregua di dati obiettivi fondati su specifici settori, o sulla scorta del complesso di partecipanti al rapporto di potere.

A seguito di queste importanti precisazioni, la dottrina in esame sostiene che nei complessi ordinamenti giuridici moderni, caratterizzati da interessi e bisogni vari ed eterogenei, all'interno dei quali “si esercita l'allocazione autoritativa dei valori”, si identificano vari livelli in cui risultano rilevanti le nozioni di legittimità e legittimazione, e, di conseguenza, vari soggetti o gruppi di individui che fanno parte della relazione di potere in cui la legittimità si trasforma o meno in legittimazione<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> F. LANCHESTER, *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il Politico*, 1998, p. 547.

<sup>45</sup> L'autore sottolinea la particolare rilevanza della distinzione operata da David Easton “tra sostegno diffuso e sostegno specifico e l'analisi dei processi di legittimazione differenziata in favore della comunità politica, del regime, del governo, introducendo una griglia interessante per l'analisi del tema della legittimità. Per quanto riguarda la comunità politica (o società politica) la credenza positiva dello stare insieme come comunità sulla base di elementi di sangue, di cultura e di interesse risulta normalmente diffusa ed inconsapevole (la comunità politica come comunità naturale) e la vulnerazione della stessa costituisce un momento di crisi estrema che mette in discussione la stessa esistenza dell'aggregato. All'interno della comunità politica il grado di omogeneità-eterogeneità della stessa condiziona il mantenimento dell'unità, il funzionamento del regime e la stessa ordinata successione delle autorità”. F. LANCHESTER, *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il Politico*, 1998, p. 554.

Inoltre, nell'ambito dell'analisi dell'attività del pubblico potere, tale impostazione preferisce utilizzare, ritenendolo più consono e più utile, il concetto di regime politico che viene, solitamente, definito con tre diverse accezioni: innanzitutto, con tono polemico, questo concetto viene usato per indicare un ordinamento di tipo autoritario; in secondo luogo, indica la forma di governo, ossia il modo di atteggiarsi dei rapporti tra organi costituzionali nell'esercizio della funzione di indirizzo politico; infine, ed è questa l'accezione di cui fa uso la dottrina in esame, la nozione di regime politico sta ad indicare i valori, le norme e le strutture di autorità in cui agiscono gli attori politicamente rilevanti<sup>46</sup>.

In tal senso, la tesi sottoposta alla nostra attenzione evidenzia come la nozione di regime politico così definita comprenda anche quella di Stato, inteso cioè non solo come struttura burocratica interna, ma soprattutto come un apparato fatto anche di frontiere e relazioni esterne, per cui, nel discorso riguardante la legittimazione del potere pubblico, non si può prescindere dalla legittimazione esterna. Infatti, negli ordinamenti moderni e contemporanei l'autorità statale, che intende far parte dei rapporti e delle interrelazioni che si instaurano all'interno degli organismi internazionali, viene sottoposta ad una valutazione da parte dei componenti del sistema internazionale che attesta la possibilità per lo Stato di essere partner di suddetto sistema in base ad una serie di parametri ed elementi di valutazione.

Come ha evidenziato la maggior parte degli autori che si sono occupati di recente della legittimazione dei pubblici poteri, anche questa dottrina non può non rimarcare come, nell'ambito del sistema europeo degli Stati dal XVI secolo, e poi a livello mondiale dalla fine del XIX secolo fino ad oggi, sia necessario tener conto dei rapporti di potenza e dei conseguenti risvolti in tema di legittimità e legittimazione che le relazioni internazionali comportano<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Lanchester ritiene, a tal punto, utile soffermarsi su una particolare utilizzazione del concetto di regime politico che egli considera fondamentale nella sua ricerca, cioè l'uso che del termine fa Costantino Mortati; quest'ultimo, infatti, considera il termine di regime politico come "l'interfaccia della nozione di forma di Stato e di Costituzione materiale. Con la prima egli intende i rapporti che intercorrono tra individuo ed autorità (ed aggiunge anche il profilo dei rapporti tra Stato comunità e Stato apparato senza distinguere però la prospettiva individualista e quella corporata), con la seconda la forza o il gruppo di forze che sostiene la Costituzione formale e le dà vita, mentre con «regime» evidenzia l'ideologia che conforma l'ordinamento". Lanchester sottolinea, inoltre, come Mortati "non faccia riferimento al concetto di legittimità in senso generale, ma prenda piuttosto in considerazione quello di sovranità senza perdere capacità di incisione. Mortati, come Schmitt, ragiona all'interno della categoria storicamente situata dello Stato moderno e contemporaneo, per cui le concezioni della legittimità finiscono per identificarsi con quelle della sovranità ed assumono rilevanza in relazione alla forza o alle forze politiche attive che le sostengono in una determinata situazione. I soggetti politicamente rilevanti all'interno del regime sono strettamente collegati con la natura dello stesso. Negli ordinamenti contemporanei di massa gli attori politicamente rilevanti non sono più una ristretta e sostanzialmente omogenea classe politica che fa soprattutto riferimento ad un bacino elettorale selezionato attraverso il diritto di voto su basi censitarie e/o capacitarie, ma soggetti che fanno riferimento ed agiscono principalmente all'interno di formazioni partitiche strutturate in maniera differenziata". *Ivi*, p. 554-555.

<sup>47</sup> A conforto di questo assunto, su cui sostanzialmente non si discute, c'è chi ha sostenuto la presenza, nell'Europa della restaurazione post-napoleonica, di una teoria internazionale della legittimazione del potere. G. FERRERO, *Potere*, Milano, Comunità, 1959. "È questa una prospettiva interessante non soltanto sotto il profilo dei rapporti interstatuali all'interno dello *jud publicum europaeum*, ma anche perchè prefigura in ambito strettamente interno la nozione di partito antisistema, che ha caratterizzato la stessa riflessione costituzionalistica italiana dagli anni Sessanta in poi". F. LANCHESTER, *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il Politico*,

La tesi che stiamo esaminando chiarisce, ancora, che, anche se il sostegno della società all'autorità pubblica è l'elemento fondante la legittimazione delle decisioni emanate dai pubblici poteri, negli ordinamenti rappresentativi contemporanei la contestazione dell'autorità di governo non implica necessariamente un momento di rottura con la comunità sociale, piuttosto si inserisce “nell'ambito delle regole del gioco che permettono sulla base della competizione tra gruppi la sostituzione delle stesse”<sup>48</sup>; inoltre, l'autore prosegue affermando che “da un punto di vista realistico le concezioni della legittimità hanno per oggetto il regime da parte dei consociati, ma vengono elaborate e sostenute in particolare dalla classe politica e dalla classe dirigente, mentre la legittimazione rileva come segnale del supporto da parte della società”<sup>49</sup>.

In base a tali osservazioni si sostiene ancora che le concezioni di legittimità e legittimazione sostanzialmente coincidono, essendo, nell'ambito di una simile prospettiva, la legittimità intesa come giustificazione della titolarità e dell'esercizio del potere politico, mentre le concezioni della sovranità sono incentrate sull'ambito storicamente situato del fenomeno statale<sup>50</sup>.

La nozione, quindi, di legittimità esprime, secondo tale impostazione, una scelta di valori che orienta poi l'azione del potere politico e, in tal senso, la giustificano. Nei nostri sistemi politici contemporanei la rispondenza di questa nozione con l'ambiente storico – sociale si realizza sulla base del supporto che viene espresso dalla società in relazione alle risposte che fornisce l'ordinamento.

In tale contesto, come univocamente sembra sostenersi dalla dottrina italiana contemporanea, i processi di internazionalizzazione dell'economia e quelli di integrazione

---

1998, p.556.

<sup>48</sup> *Ivi*, p.556.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> “Per quanto riguarda la sostanza delle concezioni della legittimità, esse possono essere differenziate in *generali e derivate*. Quelle generali abbracciano la complessità dell'obbligo politico, quelle derivate singoli aspetti o atti dello stesso. Le concezioni generali possono essere di tipo numerico o laico. Quelle numeriche si basano sulla trascendenza: in particolare sull'identificazione di chi esercita il potere con la stessa divinità, o sulla designazione da parte della stessa o sull'ispirazione. Quelle laiche si fondano generalmente sul consenso o il contratto da parte dei componenti la comunità politica (c'è da osservare che l'inclusione dei componenti nella stessa non è automatica, ma può essere soggetta a condizioni che restringono o allargano il *demos*). Le concezioni storiche della legittimità, che si collegano alla vicenda dello Stato moderno e contemporaneo, individuano da un lato il principio monarchico, dall'altro quello rappresentativo ed infine quello popolare. Com'è noto, si tratta di concezioni pure che possono mescolarsi nella pratica. Esempio risulta, ad es. la concezione della sovranità per grazia di Dio e per volontà della nazione, così come le democrazie contemporanee sono caratterizzate da un complesso *mix* di concezione rappresentativa e di democrazia diretta. Le concezioni suddette costituiscono ideologie o formule politiche che possono assumere valore normativo se adottate in maniera specifica da un ordinamento. Dal punto di vista delle fonti gli ordinamenti tradizionali lo hanno fatto per mezzo della consuetudine, quelli contemporanei utilizzano atti normativi di vario rango (costituzionale o legislativo in genere). Dal punto di vista storico durante l'800 si produsse formalmente la contrapposizione tra principio monarchico e principio rappresentativo (nelle sue varie versioni) e popolare. Dico formalmente, poiché anche la cosiddetta monarchia legittima della restaurazione ha utilizzato il principio rappresentativo, così come gli ordinamenti oligarchici mantenevano la presenza del principio monarchico con tutte le contraddizioni sottolineate in maniera polemica da Carl Schmitt. L'ambiguità compromissoria delle soluzioni pratiche incide sulla coerenza delle concezioni della legittimità sostenute, ma coopera alla legittimazione degli ordinamenti coinvolti attraverso supporti differenziati. Nel secolo XX l'estensione del suffragio ha comportato il rafforzamento delle teorie «popolari» e la formazione della legittimità partitica come strumento di canalizzazione delle masse che si scontra con la legittimità rappresentativa”. *Ivi*, p. 558.

sovranazionale comportano il rischio di delegittimare il potere pubblico statale “sulla base di spinte localistiche e sovranazionali e non provvedono a sostituzioni reali o simboliche”.

Inoltre, la legittimazione, sottolinea ancora l'orientamento in esame, non solo si fonda sul consenso della comunità sociale che sceglie i propri governanti, ma anche sulla base delle contrattazioni con i gruppi di interesse. “L'azione delle Autorità, teoricamente collegata ad un rapporto di responsabilità politica, viene inoltre condizionata dal controllo diuturno dei sondaggi di opinione e dall'interpretazione giudiziale delle Corti”<sup>51</sup>.

Tutto ciò pone in evidenza un dato fondamentale e cioè che la stabilità sistemica di un ordinamento giuridico è fortemente influenzata dal grado di omogeneità della comunità politica, degli attori politicamente rilevanti e della classe dirigente, poiché da questa omogeneità dipende, sostanzialmente, il grado di accettazione (o di conflitto) da parte della società<sup>52</sup>.

Il consenso all'autorità politica, dunque, secondo l'autore, è anche condizionato dai mezzi di comunicazione di massa il cui utilizzo, insieme ai sondaggi, rientra in una diffusa tendenza alla personalizzazione del potere, che, però, svuota ancora di più gli organi classici della rappresentanza politica e la tradizionale concezione della stessa.

Le assemblee parlamentari che tradizionalmente dovrebbero essere la sede naturale delle decisioni fondamentali dell'ordinamento, sembrano essere state scavalcate, innanzitutto, dai partiti come essenziali strumenti di espressione della volontà popolare, poi, in un secondo momento, anche dal rapporto diretto dell'Esecutivo con il corpo elettorale e gli interessi organizzati<sup>53</sup>.

La democrazia “del sondaggio” viene così contrapposta, pericolosamente ad avviso della dottrina in esame, a quella della rappresentanza, mettendo in continua tensione gli organi costituzionali con il rischio di delegittimare la loro azione senza che sia possibile perseguire la stessa in modo coerente. Questo assunto è tanto più vero se si pensa al modo di fare politica dei nostri tempi, in cui assumono sempre più un ruolo condizionante i mezzi di comunicazione di massa, sulla base delle risorse differenziate a disposizione dei concorrenti.

---

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 560.

<sup>52</sup> “In proposito è anche opportuno osservare che le democrazie contemporanee evidenziano una discrasia nella scelta delle soluzioni istituzionali relative all'organizzazione delle strutture di autorità. Alle radici delle stesse si pongono tre rivoluzioni (inglese, americana e francese) che nei filoni principali tendevano ad istituire un assetto istituzionale in cui la rappresentanza depurasse ed allargasse «l' *esprit public*» facendolo passare attraverso chi più sapeva, poteva e aveva interesse. La teoria della distinzione, che si pone alla base degli ordinamenti rappresentativi oligarchici, aborre la democrazia diretta come partecipazione del complesso dei componenti del *demos* non soltanto per motivazioni di tipo quantitativo (comuni anche a Rousseau), ma soprattutto per ragioni di tipo qualitativo. La *glorious revolution* inglese, la concezione whig sostenuta da Madison e l'impostazione di Sieyès risultano insomma convergenti nel porre alla base di quegli ordinamenti una concezione della rappresentanza (e quindi una concezione della legittimità) come responsabilità contrapposta a quella radicale, *country* e giacobina. Le democrazie contemporanee sono in sostanza frutto di un mix complesso di regole tra loro divergenti sia dal punto di vista teorico che concreto”. *Ivi*, p. 560.

<sup>53</sup> “Sotto il profilo delle cosiddette fonti del diritto negli ultimi decenni si è -inoltre- sviluppata la tendenza, già sottolineata da Schmitt negli anni Trenta, all'indebolimento degli atti normativi di origine parlamentare ed al rafforzamento a dismisura di quelli di origine governativa”. *Ivi*, p. 561.

Per questi motivi, evidenzia ancora l'autore, la legittimazione dei poteri pubblici rischia di essere conquistata senza confronti e discussioni, bensì con la manipolazione, mentre il fondamento della legittimità dovrebbe essere garantito anche sulla base del controllo del rispetto del principio base della contesa politica, cioè quello dell'uguaglianza tendenziale delle *chances* tra i concorrenti.

Riepilogando, quindi, “risulta indispensabile che le decisioni politiche siano legittimate dal consenso popolare. Escluse le concezioni numeniche<sup>54</sup> e accettate quelle consensuali, risulta evidente come l'esercizio del potere politico per essere considerato giusto (e quindi legittimo) non debba essere *truccato*. Al di là dei valori indefettibili e delle scelte discrezionali che, invece, possono essere operate all'interno del quadro delle democrazie pluraliste, queste fondano la loro legittimità sul consenso e su regole di espressione della volontà dei consociati caratterizzate dall'eguaglianza delle opportunità tra i concorrenti. La violazione di queste regole è una delle cause di slegittimazione dell'obbligo politico”<sup>55</sup>.

Altri autori, invece, di recente, si sono occupati della legittimazione del potere pubblico a proposito di un altro grande e attuale tema, quello cioè del modo col quale i soggetti privati, a volte, penetrano, se non, è il caso di dire, irrompono nella sfera di produzione delle norme giuridiche<sup>56</sup>.

Tale contesto impone, infatti, un ripensamento non solo riguardante la legittimazione delle decisioni dell'autorità statale, ma anche rispetto al tipo di legittimazione di cui godono i privati che “partecipano” al processo di formazione delle leggi. In particolare, il problema che si pongono tali autori riguarda non tanto e, non solo, la partecipazione del privato alle procedure di formazione delle norme giuridiche, quanto piuttosto il significato tecnico e ideologico che tale rapporto assume con riferimento, soprattutto, alla legittimità e, di conseguenza alla legittimazione del “comando” che le norme giuridiche esprimono<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Tali concezioni ritenevano che chi esercitava il potere non fosse un semplice rappresentante ma una *mimesis* del Regno di Dio. F. LANCHESTER, *Il concetto di rappresentanza in campo politico e i problemi dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in Il Filangieri, quaderno 2008, Jovene editore.

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 564.

<sup>56</sup> M. RAVERAIRA (a cura di), *Buone regole e democrazia*, Rubettino, 2007.

<sup>57</sup> “Ma si è poi sempre trattato di comandi? Secondo le ideologie dello Stato uscito dalla rivoluzione francese la legge poteva esprimersi come comando in quanto non si poteva parlare di norme giuridiche senza che esse non avessero in sé il presidio della coazione: lo Stato era visto infatti come quello che già si era formato in Europa dopo le Guerre di Religione, quale unico titolare dell'uso legittimo della forza. Tuttavia, l'uso di quest'ultima non doveva considerarsi un *autentico* comando, poiché sul piano genetico, la sua legittimazione si fondava, a ben vedere, sul consenso «passivo» alla forza stessa. L'unico organo, infatti, competente a deliberare la legge era il Parlamento votato dal popolo: e ciò perchè era *rappresentante* unico (e si trattava di rappresentanza totale) del popolo stesso. In altre parole, il Parlamento era il filtro della volontà individuale che si trasformava in volontà generale, l'obbedienza diventava osservanza, osservanza diventava adesione, adesione diventava identificazione. E si trattava di vera identificazione perchè sovranità del popolo e sovranità dello Stato coincidevano, eliminando il dualismo tra sovrano e sudditi che la pretesa identificazione ideale tra popolo e sovrano non era nell'antico regime mai riuscita a superare. Ciò presupponeva la concezione atomistica del popolo, vale a dire l'insieme dei cittadini come monadi isolate e quindi la necessità di considerarli in modo individualistico senza residui: qualunque organizzazione intermedita, quindi, non poteva avere né una giustificazione, né tantomeno un *locus standi*. Ben diverso, invece, sia il modello di antico regime, sia quello del diritto pubblico ispirato all'esperienza britannica. Si potrebbe dire che l'ideologia dalla quale deriva la nozione di legge come espressione della volontà generale, alla quale si è fatto cenno prima, è stata determinata dalla estensione del modello britannico (di ordinamento basato sul Parlamento che legifera) ad un ambiente ideologico che era largamente



Punto di partenza di queste recenti riflessioni è, inevitabilmente, un attento sguardo d'insieme alla situazione attuale della nostra società e, quindi, delle conseguenti trasformazioni del *modus operandi* dell'autorità statale per adattarsi all'evoluzione della realtà e alle sue problematiche; questo adeguamento, infatti, impone ai pubblici poteri l'utilizzo di strumenti decisori differenti rispetto a quelli tradizionali e questo comporta, inevitabilmente, una riflessione sulla legittimazione di cui gode l'autorità statale.

Si pone in evidenza, innanzitutto, come lo sviluppo tecnologico consenta oggi la trasmissione delle informazioni in tempo praticamente reale, per cui eventi, sociali ed economici, che sono lontani dalla nostra immediata percezione, quali globalizzazione e mondializzazione, influenzano direttamente le nostre vite; ancora, si evidenzia il fenomeno, in decisa crescita, del moltiplicarsi dei soggetti produttori del diritto, sia a livello nazionale, che a livello internazionale, con la conseguenza che proliferano nuovi interessi pubblici e privati, articolandosi diversamente quelli già esistenti; tutto ciò è accompagnato da una crescente e complessa conflittualità sociale e da una riduzione sensibile delle risorse<sup>58</sup>. Il quadro, decisamente critico, non è però completo.

---

caratterizzato dal modello autoritario dello stato assoluto, da ciò derivando la prevalenza del diritto amministrativo su quello costituzionale nei Paesi dell'Europa continentale ispirati ampiamente al modello francese e, al tempo stesso, la presunzione assoluta della legittimità delle leggi. E invece nel mondo britannico non era così. Al di là della Manica non aveva corso la concezione atomistica del popolo: tuttavia i corpi intermedi e le strutture di quella che poi nel resto di Europa si chiamerà la *società civile* non avevano mai cessato di essere articolate, pur senza cadere in una sorta di organicismo pluralistico *ante litteram*. Ma, anche, nell'antico regime vi erano forme attraverso le quali lo stesso sovrano, che pure si proclamava assoluto, giungeva a sentire gli umori del popolo. Ciò tanto è vero che la presenza di affermazioni di principio nei provvedimenti normativi dello stesso sovrano, che spesso facevano riferimento a scopi che i provvedimenti tendevano a conseguire, avevano il significato in qualche misura analogo a forme ottative, sfiorando quasi una non dovuta motivazione, per coonestare il favore popolare o almeno il consenso. Appare quindi chiaro come soltanto nell'idea di legge, di comando e di legalità dello stato liberale ottocentesco, si incontri quella sorta di presunzione assoluta che fa della legge l'espressione della giustizia e il criterio di commisurazione dei valori. La legge era giusta in quanto era al tempo stesso legittima perchè espressione della volontà generale manifestata dal Parlamento e non era quindi ipotizzabile un contrasto tra un'idea di giustizia diversa da quella che veniva in questo modo ad esistere; non era quindi ipotizzabile che vi fossero settori della vita pubblica e privata che non arrivassero, attraverso la rappresentanza politica, a raggiungere la loro espressione compiuta tramite le leggi. La situazione cambia quando il modello della capacità del Parlamento a rappresentare tutto il rappresentabile comincia a entrare in ombra con il manifestarsi del venir meno del principio della razionalità sulla quale si basava «l'utopia dei codici» G. LOMBARDIDI, *Buone regole e democrazia nella ricerca della legittimazione del potere, recensione ad un libro*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.12/1007.

<sup>58</sup> “Per comprendere questo problema, è necessario far riferimento alla distinzione (...) tra dimensione orientata all'input e dimensione orientata all'output dell'autogoverno democratico. Infatti, nella teoria democratica, la legittimità dell'esercizio dell'autorità di governo dipende dal fatto che essa sia percepita come una manifestazione dell'autodeterminazione della collettività. Ma come quello di democrazia, il concetto di autogoverno è valutativamente connotato, controverso e complesso. Nonostante questo, guardando all'evoluzione della teoria democratica normativa, è possibile distinguere due prospettive diverse ma complementari; una che pone l'accento sulla prima parola del termine composto, l'altra sulla seconda. Ho identificato queste due componenti rispettivamente come credenze nella legittimità «orientate all'input» e «orientate all'output». Il pensiero democratico «orientato all'output» sottolinea il governo *da parte del popolo*. Le scelte politiche sono legittime se e nella misura in cui rispecchiano la volontà del popolo, cioè se possono essere derivate dalle autentiche preferenze dei membri di una comunità. Al contrario, la prospettiva «orientata all'output» pone l'accento sul governo *per il popolo*. Le scelte politiche sono legittime se e nella misura in cui promuovono il bene comune della collettività in questione. Dovrebbe essere ormai chiaro che in entrambe le dimensioni la legittimità non può essere vista come una questione di tutto o niente. L'autenticità sul versante dell'input non può essere confusa con l'approvazione spontanea e unanime, né l'efficacia sul versante dell'output può essere scambiata per onnipotenza. Nonostante questo, le scelte imposte da attori che non sono responsabili di fronte a un elettorato che conferisce loro un mandato a governare sarebbero prive di legittimità orientata all'input, quali che possano essere i loro

Infatti, la sempre più incisiva azione di organismi ultrastatali in diversi settori, prima di unico appannaggio dello Stato, ha portato all'emersione di quella che viene solitamente definita come *global governance*, termine con cui si intende “un regime internazionale caratterizzato da fenomeni di aggregazione autoregolativa, pur in assenza di un'autorità centrale dotata di supremazia, nel superamento, dunque, del tradizionale paradigma gerarchico di contrapposizione tra autorità/libertà, pubblico/privato”<sup>59</sup>. Tuttavia, in siffatta situazione, sembra essere profondamente in crisi il modello legale – razionale dei poteri pubblici, sopraffatto da una rete di *soft law*, cioè di regole e decisioni negoziate e flessibili, in cui il l' agire pubblico è assimilato ai modelli propri del mercato.

La legittimazione, di diritto e di fatto, di tali organismi e funzioni di *global governance*, si rinviene, senza alcun dubbio, nella volontà politica dello Stato di autolimitarsi, pur restando pienamente titolare della sovranità stessa. Nonostante quest'ultimo assunto, la dottrina in esame pone in rilievo come sia, comunque, necessario che lo Stato permanga, anche nell'autolimitazione di se stesso, come il centro di indirizzo politico e decisionale, cercando di adattarsi alla produzione normativa esterna e di trovare con essa un nuovo equilibrio.

---

meriti dal punto di vista della legittimità orientata all'output. In modo analogo, quando i vincoli esterni sono così stretti da non lasciare spazio a scelte politiche significative, la ratificazione formale da parte di rappresentanti democraticamente eletti non aggiunge legittimità orientata all'output a scelte dettate dalla necessità. Ne deriva che la legittimità democratica si espande se le decisioni che erano dettate dalla necessità esterna o prese da autorità non responsabili di fronte all'elettorato diventano invece oggetto di autentica ed effettiva scelta collettiva. Per converso, la legittimità si riduce se le decisioni politiche che in precedenza erano oggetto di scelta collettiva autentica ed effettiva all'interno di comunità politiche democratiche sono impedito da nuove necessità o prese da autorità sottratte al controllo dell'elettorato. A mio parere, sta accadendo proprio questo dovunque per quanto riguarda le relazioni tra democrazia politica ed economia capitalista, e sta accadendo con particolare forza negli stati democratici dell'Europa occidentale. Può essere un'esagerazione concludere che questo implica la fine della democrazia, ma la perdita di autogoverno autentico ed effettivo sembra abbastanza evidente ovunque per spiegare l'attuale senso di malessere nelle nazioni democratiche. I cittadini stanno assistendo allo smantellamento delle istituzioni di protezione sociale e di cittadinanza nella società industriale, liberamente scelte solo pochi decenni fa, sotto le pressioni di un'economia che non sembra più, come appariva una volta, sotto il controllo effettivo di governi democraticamente eletti e responsabili di fronte all'elettorato. Nello stesso tempo, viene detto loro che le decisioni importanti che di solito erano prese, e talora rovesciate, da maggioranze parlamentari democraticamente elette, ora vengono prese a Bruxelles, da autorità che non possono essere mandate a casa nelle prossime elezioni. Peggio ancora: tutto questo non sta accadendo sotto la pressione obiettiva di una forza esterna ma con la complicità di governi che partecipano alla formazione delle politiche europee e sono quindi chiamati ad assumersi la responsabilità della loro implementazione. In altre parole, i meccanismi di autogoverno democratico non solo perdono peso e vedono ridotta la loro sfera di applicazione, ma sono corrotti e delegittimati da influenze esogene. O almeno così sembra” F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimazione democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 33

“Più specificamente si può dire che tutto ciò sta accadendo a causa della fondamentale asimmetria che oggi caratterizza le relazioni tra lo stato democratico e l'economia capitalista: mentre le interazioni economiche orientate al profitto, per la loro stessa logica, tendono a scavalcare le frontiere nazionali evolvendo verso l'integrazione globale, al contrario l'intervento politico è vincolato dai confini territoriali dello stato. La conseguenza è che lo stato-nazione perde la capacità di controllo dei processi economici all'interno dei confini nazionali. Di fatto, nel momento in cui per effetto della globalizzazione del mercato dei capitali e della internazionalizzazione dei mercati di beni e di servizi viene meno il controllo da parte dello stato dei suoi confini territoriali, si riduce in modo significativo anche la sua capacità di mantenere quelle garanzie di uguaglianza e di protezione sociale dei cittadini che sono parte integrante del contratto sociale che è alla base della sua legittimità, e la cui realizzabilità dipende in grado decisivo proprio dalle prestazioni delle economie nazionali”. L. PRIMICERIO, *Forma di governo parlamentare e modelli di democrazia rappresentativa*, G. Giappichelli editore, Torino, 2002, p.7

<sup>59</sup> M. RAVERAIRA (a cura di), *Buone regole e democrazia*, Rubettino, 2007, p. 26.

E' con riferimento a questo contesto che la dottrina italiana si è, di recente, soffermata sulla figura di un nuovo tipo di Stato, lo Stato regolatore, un modello di organizzazione statale che, sulla scorta di quello di derivazione anglosassone e nord-americano, tenta di rispondere, con strumenti di regolazione del tutto innovativi, ai fallimenti del mercato; uno Stato questo che predilige, per i settori di attività svolte da privati ritenute particolarmente sensibili (riguardanti, cioè, servizi di pubblica utilità oppure rilevanti, in generale, per la collettività), un intervento di tipo regolativo piuttosto che di gestione diretta. Tale funzione si risolve, perciò, in un continuo meccanismo di osservazione dell'attività da regolare e di conseguente valutazione degli interessi coinvolti.

La necessità di conferire questa funzione ad organismi *ad hoc* che, in forza della legge che li istituisce, siano competenti per materie specifiche, siano di alta specializzazione e siano indipendenti dalla politica dei partiti, viene avvertita, dalla dottrina posta alla nostra attenzione, come impellente; inoltre, per quanto concerne la loro legittimazione, non c'è dubbio che, essendo tali organismi collocati al di fuori del circuito politico – rappresentativo tradizionale, è fondata “sulla *expertise* di modo che le loro scelte regolative – normative non sarebbero inficiate da quella che viene definita la sindrome del «breve terminismo», propria delle *élite* rappresentative, nel senso che queste sarebbero orientate prevalentemente verso politiche caratterizzate da obiettivi che colpiscano piuttosto l'opinione pubblica nella ricerca del consenso a fini elettorali, che non verso politiche progettate in una prospettiva innovativa anche di più lungo periodo”<sup>60</sup>.

Inoltre, è evidente che le trasformazioni dell'autorità statale si riscontrano anche in una tendenza, generale in tutti i Paesi europei a struttura accentrata o a regionalismo debole, alla predisposizione di livelli di governo e di amministrazioni più vicini agli interessi della comunità, affinché questi ultimi trovino un' adeguata rappresentanza.

In questo senso la tesi qui prospettata afferma come “non è che non si veda come il policentrismo decisionale, sia esso fondato sul *know-how* per la regolazione di specifici interessi economici e sociali ovvero motivato dalla contiguità con interessi, sia la conseguenza indotta da un diverso modo di intendere le decisioni autoritative di varia tipologia del potere pubblico, le quali non si legittimano più solo in ragione della supremazia del soggetto da cui promanano, bensì anche e piuttosto in ragione della loro credibilità; di una credibilità che si gioca, in processi trasparenti, per obiettivi condivisi tra rappresentanza e rappresentazione degli interessi, pubblici, collettivi e privati, e risultati attesi rispetto ai medesimi obiettivi.

Ciò al punto che la credibilità condivisa, tendendo a mettere in moto un più perspicuo circuito, ai fini della decisione, tra cittadini, pubblica amministrazione e sistema politico, darebbe luogo a una ulteriore caratterizzazione o tipo di democrazia, qualificandola, cioè, come democrazia

---

<sup>60</sup> M. RAVERAIRA (a cura di), *Buone regole e democrazia*, Rubettino, 2007, p. 30.

di risultati<sup>61</sup>”.

La dottrina in esame sostiene, inoltre, la decisiva influenza che questo quadro così delineato ha sulla produzione stessa del diritto, nel senso che la funzione legislativa, tradizionalmente intesa, appare lasciare ampio spazio alla produzione di regole che non sono espressione diretta dell'imposizione autoritativa e rappresentativa (dotata di legittimazione democratica), ma che sono di tipo concordato e negoziale<sup>62</sup>.

In ogni caso, è necessario affermare che, al di là di queste ultime osservazioni, permane comunque la posizione di supremazia della legge come prodotto delle assemblee rappresentative, una posizione questa che si fonda sul peculiare rapporto che essa ha con la Costituzione, della quale la legge costituisce un momento di mantenimento e sviluppo<sup>63</sup>, in quanto è la legge stessa che ha il compito peculiare di svolgere i valori e i principi insiti nelle norme della Carta fondamentale. Pur non potendo in alcun modo negare tale ultima asserzione, la dottrina che stiamo analizzando sottolinea la necessità di un ripensamento generale della funzione legislativa, la quale deve riaffermare il proprio ruolo, superando, innanzitutto “il convincimento di un sé ipertrofico”, che sfocia poi nella superproduzione; la funzione legislativa dovrebbe cioè, secondo tali autori, fondarsi su un principio di partecipazione trasparente, compiendo scelte normative e regolative volte a razionalizzare l'attività dei pubblici poteri in vista del raggiungimento di obiettivi condivisi che contemperino, cioè, il soddisfacimento dei diversi interessi pubblici e privati<sup>64</sup>. In tal modo, le scelte di politica legislativa acquisterebbero maggiore credibilità e condivisione, elementi questi che fondano la legittimazione dei poteri pubblici, producendo, inoltre, leggi effettive, attraverso canali di rappresentanza e di rappresentazione degli interessi e di consenso più ampi ed eterogenei<sup>65</sup>.

La dottrina presa in esame pone in rilievo, inoltre, l'importanza, nella procedura di formazione delle decisioni normative fondamentali, della valutazione preventiva e della verifica

---

<sup>61</sup> *Ivi*, p. 32.

<sup>62</sup> “Si assisterebbe, cioè, almeno nei Paesi a c.d. Civil law, all'affievolimento del tradizionale criterio gerarchico come superiore criterio ordinatore a favore di una sorta di libera concorrenzialità dei livelli normativi, causa ed effetto, ove più ove meno, di una diffusa e generale crisi della legge come atto, il quale, in ragione della forma, coniuga, dandole corpo e sostanza, la primazia, in termini di assorbente capacità dispositiva, della discrezionalità del potere politico rappresentativo”. M. RAVERAIRA (a cura di), *Buone regole e democrazia*, Rubettino, 2007, p. 32.

<sup>63</sup> F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Laterza, Roma, 2002.

<sup>64</sup> M. RAVERAIRA (a cura di), *Buone regole e democrazia*, Rubettino, 2007.

<sup>65</sup> “Comunque sia, alla luce di quanto sin qui notato, rimane il fatto che l'intero sistema autoritativo della produzione del diritto, dalla funzione legislativa e normativa ai diversi livelli a quella più specificamente regolativa degli organismi indipendenti, proprio per allinearsi a quella democrazia dei risultati, che tanto si richiama come risposta alle problematiche socio-economiche attuali, deve gioco forza riconcettualizzarsi, onde evitare, ovvero superare, laddove si siano prodotti, quei bei noti fenomeni distorsivi, che, per dirla in sintesi, determinano l'incertezza del diritto e una diffusa percezione verso la illegalità e, conseguentemente, danno luogo all'avvitamento patologico dell'intero sistema socio-economico-politico e alla sua generale disfunzione. Deve, cioè, non più regolare alla cieca, secondo la risaputa, risalente, ma ancora attuale espressione di Sabino Cassese; deve, invece, fondarsi sulla conoscenza e rappresentazione adeguate degli interessi in causa, nonché dei convincimenti valoriali, variamente pubblici e variamente privati; su informazioni corrette, utili e fruibili; sulla trasparenza, partecipazione, comunicazione e su quant'altro si voglia richiamare nel più ampio coinvolgimento delle componenti sociali ed economiche, al fine di pervenire a scelte per obiettivi chiari, sui quali aggregare la maggiore condivisione possibile”. M. RAVERAIRA (a cura di), *Buone regole e democrazia*, Rubettino, 2007, p. 36.

successiva di tutti gli elementi attinenti alla procedura stessa, soprattutto con riguardo alle “consultazioni” che costituiscono la principale via di accesso dei privati nei procedimenti di produzione delle scelte normative.

Queste ultime, infatti, evidenzia ancora tale impostazione, vengono intese in senso ampio, volte, cioè, non solo a produrre le leggi migliori, ma anche a identificarle come elemento di accettazione del potere pubblico da parte della società e come condizione di legittimazione dei processi decisionali pubblici e della rappresentanza politica in generale.

Detto ciò, “può apparire un paradosso che il valore della democrazia venga cercato al di fuori della pura espressione di volontà parlamentare o della volontà di chi è chiamato a dettare le norme: ma la realtà è nel senso che la democrazia si è spezzata forse in tanti cerchi minori esemplati su specifici scopi e fabbisogni che rispondono quindi all'esigenza di adeguamento del mezzo (la normativa e la regolazione in senso stretto) al fine, al risultato, cioè, che ne dovrebbe derivare”<sup>66</sup>.

E ancora, i livelli organizzativi, che sottendono alla procedura di formazione della disciplina normativa<sup>67</sup>, hanno un elemento comune unificatore che consiste nella partecipazione di quei soggetti che sono, al tempo stesso, destinatari e creatori, attraverso la consultazione, della regola giuridica; questa situazione realizza, sostanzialmente, l'accettazione della norma che nasce in questo modo e, quindi, la legittimazione “che si esaurisce, fondamentale, in una espressione di democrazia”<sup>68</sup>.

Consequenziale e, forse, ad una prima occhiata anche banale, è, a questo punto, l'assunto che “buone” regole, in luogo di quelle “cattive”, non solo sono funzionali all'economia e al mercato, ma, ovviamente, concretizzano le esigenze della democrazia, un valore questo delle leggi che oggi sembra essersi perduto; le “buone” scelte normative sono, quindi, essenziali per lo sviluppo economico ma anche e soprattutto per quello sociale, nel senso di soddisfare garanzie e diritti dei cittadini, essendo, inoltre, la “bontà” delle regole causa ed effetto di un recupero di quella legittimazione necessaria per l'autorità pubblica che oggi sembra essere abbastanza in calo di

---

<sup>66</sup> G. LOMBARDI, *Buone regole e democrazia nella ricerca della legittimazione del potere, recensione ad un libro*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.12/1007.

<sup>67</sup> “E' noto come le grandi trasformazioni del diritto nascano prima a livello di un mutamento delle situazioni soggettive e del loro modo di rapportarsi al potere; in secondo luogo, attraverso una diversa organizzazione del potere stesso e, infine, in una forma degli atti che i detentori del potere sono tenuti ad emanare”. G. LOMBARDI, *Buone regole e democrazia nella ricerca della legittimazione del potere, recensione ad un libro*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.12/1007.

<sup>68</sup> “L'affermazione, ampiamente sostenuta, per la quale la partecipazione, determinando una legittimazione sociale dal basso, collocherebbe le Autorità indipendenti (una delle maggiori espressioni di ingresso dei privati nella sfera di produzione delle norme giuridiche) in un canale alternativo a quello della rappresentanza politica e del circuito democratico, sembra più assunta che non dimostrata o dimostrabile. Pur a non voler considerare le osservazioni sin qui riportate, ai fini della legittimazione bisognerebbe comunque che non solo in diritto, ma anche in fatto, tutti gli interessi partecipassero e partecipassero su posizioni di parità, mentre è notoriamente nella natura delle cose che gli interessi forti e meglio organizzati siano maggiormente partecipi rispetto a quelli deboli, finendo per essere circoscritta a essi quella società o quella collettività che si vuole acquisire come legittimante”. M. RAVERAIRA, *Buone regole e democrazia*, Rubettino, 2007, p. 76.

consenso.

Il senso delle “buone” regole, secondo questa dottrina si rinviene non nella “bontà” insita per natura nelle leggi stesse, quanto piuttosto nella partecipazione e condivisione del processo decisionale<sup>69</sup>.

## CAPITOLO II

### **La problematica della legittimazione democratica del controllo di costituzionalità delle leggi: un dibattito ancora aperto**

#### **– Premessa**

“L'intreccio fra la Costituzione come norma giuridica e la Costituzione come realtà costituzionale materiale plurale determina le condizioni di possibilità di una funzione di garanzia assegnata a un organo *super partes*”<sup>70</sup>.

La garanzia giudiziaria del diritto si afferma, infatti, storicamente soltanto quando si

---

<sup>69</sup> “Come ha detto di recente Francesco Crespi, le tendenze «panprivatistiche», in atto a seguito delle trasformazioni sociali ed economiche, determinano oggi, ma anche nella prospettiva del domani, la necessità impellente di rifondare la legittimazione del potere su basi di responsabilità e di rappresentatività di interessi condivisi al fine di un recupero di senso dell'agire pubblico, della decisione, del diritto, dello stesso sentirsi parte di una collettività, più o meno ampia che sia”. *Ivi*, p. 22.

<sup>70</sup> “La giustizia costituzionale è un'acquisizione recente del diritto costituzionale. Eppure l'esigenza e i tentativi di difesa della Costituzione sono antichi come la riflessione sui problemi dell'umana convivenza politica. Possiamo assumere come archetipo le considerazioni di Platone sui custodi delle leggi fondamentali, i *nomoi* della città, che egli considerava come scienza e filosofia applicate alla società ben ordinata. La legge, inoltre, non può mai, abbracciando ciò che è ottimo e giustissimo, prescrivere nello stesso tempo con precisione ciò che è il meglio per tutti. Giacché le disuguaglianze degli uomini e delle azioni e il non rimanere giammai, per così dire, in quiete nessuna delle cose umane, non permettono che alcun'arte possa per alcuna cosa indicar nulla di semplice che serva a tutti i casi e in tutti i tempi. Da qui, dall'imperfezione dei governanti, deriva la necessità delle leggi e, per conseguenza, la necessità che le leggi siano rispettate: le forme di governo – monarchia, aristocrazia e democrazia – saranno tanto migliori quanto più sarà garantito questo rispetto. Inoltre, le garanzie della Costituzione che nel corso dei secoli sono state immaginate esprimono in tutti i contesti la radicata aspirazione a stabilizzare le regole fondamentali della convivenza politica e a difenderle dalla minaccia che viene dalla decisione abnorme imprevista. Queste proposizioni indicano la vocazione della giustizia costituzionale: la conservazione dell'essenziale. Conservazione del *nomos*, infatti, significa dal punto di vista costituzionale, la difesa di quella continuità che è un aspetto della Costituzione stessa, in quanto norma di durata, e che consente di guardare a ogni desiderata condizione futura, che la legge volesse perseguire, con la garanzia e la tranquillità che è essenziale sarà mantenuto e su questo non si apriranno controversie distruttive. ”. G.ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008, p.360.

realizzano due elementi necessari, ma non autonomamente sufficienti: si tratta da un lato della Costituzione intesa, in senso formale, come norma giuridica, e, dall' altro lato, di una condizione di natura politico – sociale e, più precisamente, “la connotazione pluralistica della società che la Costituzione organizza e la sua disponibilità ad assoggettarsi a decisioni giudiziarie in materia costituzionale”<sup>71</sup>.

Inoltre, la necessità di un organo di giurisdizione costituzionale nelle nostre moderne democrazie è un assunto su cui oggi, sicuramente, c'è uniformità di vedute, ma non è sempre stato così, anzi.

Ai fini della ricostruzione del dibattito sulla legittimazione degli organi di giustizia costituzionale, è importante ricordare, anche se in termini molto brevi e succinti, lo svolgimento dell'intreccio di cui sopra per comprendere come si è giunti, nel nostro Paese e non solo, alla predisposizione di un controllo di costituzionalità delle leggi.

All'origine della diffusione, in Europa, della giustizia costituzionale si colloca la storica e celebre controversia tra Kelsen e Schmitt sul custode della costituzione; più nel dettaglio, il dibattito si incentrò sulla questione fondamentale “se sia possibile una giustizia in materia costituzionale, se essa non costituisca un assurdo e velleitario tentativo di giuridicizzare la politica che si tradurrebbe, inevitabilmente, nella politicizzazione della giustizia”<sup>72</sup>

Nella dottrina tedesca successiva alla prima guerra mondiale si affermò la tesi della superiorità e della rigidità della Costituzione, nell'ambito del nuovo assetto delineato dalla Costituzione di Weimar (1919); fu proprio da quest' ultima che prese le mosse una nuova visione del testo fondamentale, non più inteso soltanto come statale o parlamentare, ma che si permea di un contenuto politico ben preciso dato dalla presenza di un potere costituente riconosciuto al popolo sovrano e che, quindi, connota la nuova forma costituzionale come democratica e come nucleo fondamentale di grandi norme di principio, soprattutto in materia di diritti fondamentali e di uguaglianza.

Da qui poi si sviluppò un serrato dibattito sulla ricerca degli strumenti istituzionali necessari per la tutela e per la realizzazione di quei principi fondamentali, dibattito a cui, in questa sede, faremo solo un sintetico riferimento.

Da un lato, Carl Schmitt, partendo da una concezione della costituzione democratica in quanto espressiva, sul piano istituzionale, del volere del potere costituente che le ha dato vita, cioè il popolo sovrano, riteneva che il Presidente del Reich, eletto direttamente dal popolo, fosse l'unico in grado di mantenere e rappresentare l'unità e il volere dello stesso, e, di conseguenza, l'unico

---

<sup>71</sup> *Ivi*, p. 322.

<sup>72</sup> *Ivi*, p. 322.

organo di garanzia della costituzione<sup>73</sup>.

Da un altro lato, invece, si pose Hans Kelsen, il quale riteneva che la costituzione non è democratica in quanto espressione della volontà del popolo sovrano, ma piuttosto in quanto consiste in un “processo” di composizione, mediazione e rappresentazione della pluralità di interessi e forze esistenti nella società<sup>74</sup>.

Kelsen sosteneva, inoltre, che la funzione principale della costituzione fosse quella di porre limiti giuridici all’esercizio del potere, proponendo, quindi, nel contempo, che il compito di annullare gli atti incostituzionali del Parlamento e quello di garanzia del contenuto sostanziale della costituzione fosse affidato ad un organo diverso, indipendente da qualunque autorità statale, cioè ad un tribunale costituzionale<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> “La dottrina costituzionale schmittiana è impostata su una netta distinzione fra costituzione in senso proprio e leggi costituzionali, il cui compito è di tutelare una serie di determinati interessi cari alle parti sociali. La costituzione in senso proprio (assoluto e positivo) trascende gli interessi particolari ed è immodificabile. Essa conferisce autonomia e fisionomia ad un popolo che è già consapevole della sua unità politica. Un mutamento della costituzione in senso proprio (abbia questa o non abbia forma scritta) non significa altro che una rivoluzione e la creazione di un nuovo assetto costituzionale privo di continuità con il precedente. Le leggi costituzionali sono invece innumerevoli e modificabili, sia pure con procedura speciale. Per Schmitt tutto il settore della giurisdizione è disciplinato da leggi costituzionali e questo spiega perché un custode della costituzione, quando questo si renda necessario, non possa essere ricercato in un supremo organo giurisdizionale. Ciò significherebbe conferire un potere sovrano ad un soggetto a cui non compete per diritto originario. Considerando la natura monocratica del decisionismo, si può comprendere come Schmitt debba identificare il custode della vera costituzione, della costituzione in senso proprio che il popolo tedesco di è data, in un organo monocratico, nel Presidente del Reich, atto a prendere decisioni estreme nelle situazioni eccezionali, anziché in organi collegiali giurisdizionali, espressione del contingente quotidiano e di un frazionamento pluralistico dove una molteplicità di poteri costituzionali tendono a contrapporsi l'un l'altro in modo paritario e perennemente conflittuale”. C.SCHMITT, *Il custode della costituzione*, a cura di A.Caracciolo, Giuffrè editore, Milano, 1981, p. 14.

<sup>74</sup> “La polemica fra Schmitt e Kelsen è tipica di due modi antitetici di considerare i problemi del diritto e dello Stato. L’antitesi, e diremmo meglio l’incomunicabilità, fra i due pensatori è già nel modo di intendere la costituzione. Dice Kelsen: «la funzione politica della Costituzione è quella di porre limiti giuridici all’esercizio del potere e garanzia della costituzione significa certezza che questi limiti non saranno oltrepassati». Kelsen è qui chiaramente ancorato ad un dualismo ottocentesco che vede Stato e società contrapposte l’una all’altro. Contro questo dualismo Schmitt non si stanca mai di volgere i suoi strali polemici ed oppone una costituzione che è intesa sostanzialmente come un atto di identificazione posto da un soggetto, a cui forse potranno essere attribuiti caratteri mitici, ma che poi risulta essere concretamente capace di determinazioni originarie. La divergenza è totale e procede su linee parallele. Kelsen rigetta l’essenziale distinzione schmittiana fra *auctoritas* e *potestas* necessaria per risolvere schmittianamente il problema del custode della costituzione, definendola una funzione di notevole audacia, sulla quale soltanto può reggersi la tesi che spetti solo al monarca (o al Presidente del Reich) la funzione di garante della costituzione. Questa funzione ha per Kelsen carattere ideologico e teologico, non scientifico, ed è in quanto tale inconfutabile, risultando una mossa efficace contro la richiesta di un tribunale costituzionale”. *Ivi*, p. 18.

<sup>75</sup> “Fedele alle premesse del relativismo critico, Kelsen considera i valori privi di oggettività, e pone le forme come il solo fattore di unificazione del sistema giuridico. L’intrinseca limitatezza del compromesso parlamentare lo induce a mantenere aperto su più lati il processo di formazione dell’ordinamento, a negare qualsiasi autonomia concettuale al momento dell’applicazione del diritto, e a risolvere nel concetto di normazione le diverse funzioni dello Stato. Vincendo le fragili illusioni del positivismo estremo, Kelsen giunge ad affermare che la *iurisdictio* non è un’attività puramente ricognitiva, ma implica sempre il compimento di scelte, che possono a loro volta sottintendere la formulazione di giudizi di valore. Il risultato primo di tutto ciò sembrerebbe abbastanza chiaro: snaturamento dell’istanza di legalità, la quale si è sempre nutrita all’idea di un’applicazione della legge oggettiva, misurabile, raffrontabile per ogni suo aspetto ad un parametro completo, e alla quale fosse estraneo il momento della posizione di valori. Scoprire che dal concetto di legge non deriva più nessuno di questi corollari, e dimostrare l’esistenza di una discontinuità nel rapporto giudice-legge, non significa rinvigorire l’etica della legalità, ma svelarne il decadimento. E’ esattamente da questo punto dell’itinerario teorico kelseniano che procede l’idea di un giudice che sia il depositario di quanto ancora è rimasto dell’antica purezza dell’etica della legalità, sappia mantenersi estraneo agli antagonismi, instauri nel proprio ambito una metodologia basata sull’oggettività del diritto, si astenga dalla formazione di giudizi di valore”. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia veneziana, Roma, 1984, p40.



Certo conosciamo bene le ragioni storico- politiche che hanno influenzato le posizioni di questi grandi maestri e sappiamo pure che sono due visioni molto diverse tra loro e che ormai appartengono ad un passato lontano da noi, ma sappiamo anche che su quelle basi e per quelle esigenze si è radicata in gran parte dell'Europa continentale l'idea di affidare il sindacato di costituzionalità ad un apposito Tribunale, al fine di offrire una garanzia obiettiva della Costituzione, esterna all'influenza dell'indirizzo politico di governo, imparziale ed indipendente.

Tutto ciò induce ad evidenziare come l'affermarsi della giustizia costituzionale in Europa si collochi nel quadro dello sviluppo storico che ha condotto alla costruzione delle moderne democrazie, di cui la giustizia costituzionale rappresenta un elemento costitutivo essenziale, anzi forse quello più innovativo: Quest'ultima affermazione, infatti, trova riscontro non solo nella precipua funzione della giustizia costituzionale di sindacato sugli atti del legislativo, ma anche nel fatto che il "giudice delle leggi" cumula in sé funzioni diverse tra loro, in cui al rigore formale, imposto dalla tecnica di giudizio, si affianca un lavoro di interpretazione ermeneutica dei principi e dei valori che sono alla base del giudizio stesso. Si parla, a tal proposito, di "funzione intermedia" della giustizia costituzionale, che è, al tempo stesso, politica e tecnica- paralegislativa e paragiurisdizionale- e che, da un lato è volta a "giurisdizionalizzare" la politica, attraverso il sindacato sugli atti del legislativo e, da un altro lato, propende verso una "politicizzazione" della giurisdizione, mediante gli effetti politici delle sue pronunce<sup>76</sup>.

E' proprio da questo ultimo assunto, cioè dai caratteri distintivi di un giudizio così tecnico e delicato quale quello del giudice costituzionale, che si è ripresentata la *vexata quaestio* per cui "nessuno controlla (o è in grado di controllare) i controllori"<sup>77</sup>; è la prassi del c.d. "giudice legislatore" che solleva nuovamente il dubbio di una scarsa legittimazione democratica dello stesso.

A tal riguardo si rileva come non sempre si rinvenga la volontà del giudice costituzionale di non frustrare il positivo sviluppo della collaborazione tra lo stesso e il legislativo; e soprattutto come l'affermazione del diritto giurisprudenziale e la giustizia costituzionale, che sempre più interviene a interpretare "creativamente" le leggi, contribuiscano ad un progressivo trasferimento del potere dei parlamenti ai giudici.

Si afferma, inoltre, che in molti casi gli organi di giustizia costituzionale "forzano la mano" al legislativo, superando i limiti connessi al proprio ruolo, tendendo a trasformare il controllo di costituzionalità in una sorta di superlegislazione, e pregiudicando, di conseguenza, il divieto di sindacato sul merito della legge<sup>78</sup>. Ma, soprattutto in assenza di precisi standard di giudizio, si rileva

---

<sup>76</sup> E. CHELI, *Il Giudice delle leggi, la Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1999 p. 15.

<sup>77</sup> A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, ult. ed., G. Giappichelli editore, Torino, 2004, p. 14.

<sup>78</sup> A. PIZZORUSSO, G. VOLPE, F. SORRENTINO, R. MORETTI, *Garanzie costituzionali*, in "Commento alla Costituzione" a cura di G. Branca, artt. 134-139, Zanichelli editore, Bologna, 1981

come l'esigenza di non sostituirsi alla discrezionalità legislativa resta affidata al senso di responsabilità dei giudici costituzionali, troppo spesso, però, esposti al duplice rischio di non approfondire abbastanza il loro sindacato e di cadere in valutazioni prettamente politiche<sup>79</sup>.

Si evidenzia, dunque, che il velo allora che separa il sindacato di legittimità da quello di merito sembra assottigliarsi sempre di più e che la giustizia costituzionale rischia di inciampare nel pericolo di controllare se le leggi sono "giuste"<sup>80</sup>, con ripercussioni che cadono, quindi, sulla legittimazione della stessa.

Dworkin diceva che "le corti sono le capitali dell'impero del diritto e i giudici sono i suoi principi"<sup>81</sup> e, infatti, non si dubita sul fatto che che gli enunciati giuridici resterebbero lettera morta se non venissero vivificati dall'azione interpretativa degli operatori del diritto divenendo così norme. Attraverso l'attività esegetica, il testo della legge prende vita, basandosi sulle "background norms", ovvero la storia legislativa, la cultura giuridica, i principi fondamentali accolti dalla società e l'intento del legislatore che fanno luce sul significato delle parole. *Nulla quaestio*, dunque, sull'attività interpretativa *tout court*, poiché ciò che ha riaperto il dibattito sulla legittimazione democratica della giustizia costituzionale è il modo di interpretare creativo e manipolativo, svincolato dal testo costituzionale e debordante nel potere normativo; si sostiene, infatti, che il giudice costituzionale, intervenendo con l'ultima parola rispetto al legislatore, può modificare la legislazione vigente, creare diritto senza quella legittimazione democratica data dal voto elettorale che costituisce l'essenza delle nostre democrazie.

Ripensando agli studi classici sullo Stato di diritto, si è evidenziato come essi hanno insegnato a noi cittadini di non temere l'attività del Parlamento, e questo non perché i nostri rappresentanti sono stati plasmati con l'oro, secondo l'allegoria che Platone usava per giustificare la loro attitudine al governo, ma perché possono sempre essere sanzionati con una mancata riconferma elettorale, essendo il voto il nostro strumento di esercizio della sovranità.

Lo stesso discorso non viene, invece, sostenuto nel caso della giustizia costituzionale: quindi, in mancanza di tale elemento, si sostiene che la trasformazione del diritto da fonte legislativa a fonte giudiziaria suggerisce che nulla, se non la moderazione dei giudici stessi, garantisce il loro riguardo verso le istituzioni e lo Stato di diritto. Si asserisce, infatti, che i giudici devono essere attivi nell'applicare la legge e passivi nel crearla, ma se si invertono i termini ciò che si avverte come rischioso non è tanto il merito delle sentenze manipolative, ma il fatto in sé di costituire un'appropriazione indebita ed incontrollata di un potere che non compete loro; si tratta, in fondo, di uno stravolgimento della teoria dei pesi e dei contrappesi che è all'origine stessa della

---

<sup>79</sup> L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1995.

<sup>80</sup> Come afferma in una celebre frase Carlo Esposito "istituendo un presunto regno o una presunta repubblica della giustizia in terra".

<sup>81</sup> R. DWORKIN, *Law's empire*, Belknap press of Harvard University, Cambridge, Mass., 1986, trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, *L'impero del diritto*, Mondadori, 1989, p. 378.

giustizia costituzionale. I giudici costituzionali – si afferma inoltre - tendono ad esprimere convinzioni, esperienze, ma, diversamente dal legislatore, sfuggono ad ogni controllo e sono politicamente irresponsabili.

Insomma ciò che emerge dalle discussioni in tema di legittimazione della giustizia costituzionale è che sembra si possa perdere e la centralità della rappresentanza politica quale sede privilegiata di ricomposizione delle numerose istanze provenienti dalla pluralità sociale, sottolineando come altrettanto significativo il rischio che i giudici costituzionali diventino gli amministratori di una complessa realtà sociale, “distribuendo premi e punizioni, confermando l’ordine esistente o creandone uno nuovo”<sup>82</sup>.

Questi, in sintesi, i termini di un dibattito che, fino a pochi anni fa, ha animato la dottrina italiana e che sembra, oggi, connotarsi di elementi aggiuntivi dati dalla contingente situazione politico- istituzionale attuale, che suscita una serie di discussioni e polemiche in particolare sull'assetto dei poteri dello Stato. Infatti, parte della dottrina osserva come, negli ultimi anni, la nostra Costituzione ha subito una serie di attacchi frontali da parte delle forze politiche, sottolineando anche una sorta di uso “maggioritario” della Costituzione nelle più recenti proposte di revisione della stessa.

E' evidente come tutto ciò possa influire anche sul ruolo dell'organo che istituzionalmente è chiamato a tutelare la Costituzione in funzione antimaggioritaria e più precisamente a garantire la conformità delle leggi approvate dalla maggioranza del momento alla Carta fondamentale.

E' anche vero, però, che oggi le sempre più numerose e diversificate richieste della società dei bisogni avanzano in modo dirompente, facendo sì che i poteri debbano necessariamente espandersi o comprimersi, a seconda dei casi, in molte direzioni, orizzontale, verticale, interstatale, sopranazionale, per poter sopperire alle esigenze della società e per potersi adeguare, senza farsi travolgere, al vorticoso incedere dei mutamenti sociali. Viene spontaneo, quindi, segnalare come di fronte a queste inevitabili trasformazioni i Parlamenti difficilmente possano ancora ricoprire il ruolo che avevano nello Stato di diritto, né il principio democratico può dirsi attuato con il solo diritto di

---

<sup>82</sup> G. Pecorella, *La difesa negata*, in E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Gasanti (a cura di), *Il governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano, 1986, p. 139. L'espressione “governo dei giudici” è stata coniata da Lambert all’inizio degli anni '20 del Novecento e riflette lo sconcerto del giurista europeo continentale di fronte alla possibile ribellione dei giudici alla legge, introdotta negli Stati Uniti d’America con il controllo di costituzionalità delle leggi. Egli vede questa ribellione come segno del naturale conservatorismo di un ceto sociale molto vicino all’oligarchia economica contraria alle riforme sociali. A ben guardare però si può notare che la crociata “sociale” contro la casta dei giudici ostile alle “innovazioni” non è altro che la rivendicazione del primato del legislativo – e quindi del politico – sulla costituzione intesa come *higher law*. Non si spiega altrimenti la contraddizione logica tra l'accusa di voler impedire l'evoluzione dell'ordinamento verso mete di maggiore giustizia e sicurezza sociale e il contemporaneo rilievo che il controllo di costituzionalità sostituirebbe alle costituzioni rigide, elaborate dalle convenzioni o dalle assemblee costituenti, “costituzioni fatte dai giudici, di un'estrema flessibilità, che il contenzioso costituzionale arricchisce costantemente di nuovi elementi; o, per meglio dire, innesta sulla vecchia costituzione popolare una costituzione giudiziaria, più nuova e più viva, che poco a poco ricopre e soffoca con la sua rigogliosa vegetazione l'opera originaria dei costituenti.

voto<sup>83</sup>.

D'altro canto, poi, è oggettivamente impossibile negare i benefici della giustizia costituzionale come contrappeso alla volontà della maggioranza, ed è altrettanto impossibile pretendere la sedimentazione di un'interpretazione uniforme al diritto nelle poliedriche e mutevoli società contemporanee. Inoltre, ciò che risalta è che il primato della giurisprudenza costituzionale non si evince soltanto nello sconfinamento delle proprie competenze in un campo, quello della produzione normativa, che non gli compete, ma si avverte, in modo non meno lampante, nella deresponsabilizzazione degli altri poteri, in particolar modo di quello legislativo, il quale<sup>84</sup> è ancora l'unico in democrazia a consentire il dialogo, la rappresentanza e la mediazione dei molteplici interessi della società.

Questo assunto investe, più in generale, il problema dei rapporti tra i poteri dello Stato, spesso incrinati ed esacerbati dalle tentazioni di travalicare i limiti e gli ambiti fissati dalla Costituzione. Le istituzioni, infatti, non sono sempre attente ai mutamenti delle società e spesso sono in ritardo; ciò contribuisce al crescere dell'esigenza, sempre più forte, degli operatori del diritto ad una costante attenzione alle mutevoli vicende del contesto sociale, che li porta, quindi, a surrogarsi al legislativo, per colmare il profondo solco che si apre tra diritto e società.

In passato definita addirittura come “anomalia democratica” o come “aristocrazia sia pure in vesti moderne”, la giustizia costituzionale ha portato alla ribalta il dubbio se la “mirabile costruzione di Montesquieu” circa la tripartizione dei poteri possa ancora dirsi realizzata *in toto* in uno scenario costituzionale come quello attuale in cui i protagonisti non sono più solamente i tradizionali poteri legislativo, esecutivo e giudiziario e lo sconfinamento della giurisprudenza costituzionale sembra aver dato vita ad una sorta di potere aristocratico al fianco di quello democratico rappresentato dagli organi elettivi, che, però, a differenza di questi ultimi non esercita il proprio ruolo attraverso un collegamento diretto con il corpo elettorale<sup>85</sup>.

La giurisprudenza costituzionale sembra, infatti aver elaborato un volto nuovo del rapporto tra governanti e governati ed è proprio questo l'humus che ravviva il terreno del dibattito sulla mancanza di legittimazione democratica della giustizia costituzionale, in seno al quale, da una parte si ravvisano aspetti di problematicità e timore per l'attività della giurisprudenza costituzionale che lambisce *political questions* di unica spettanza del legislatore, ma, da un altro verso si evince anche un atteggiamento rassicurante e anzi quasi imperturbabile di fronte allo scenario sopra esposto.

---

<sup>83</sup> Ma, d'altronde, è anche vero che sono proprio i Parlamenti a dover preservare il loro ruolo essenziale alla democrazia.

<sup>84</sup> “Seppur in modo confuso e democratico”, R. H. BORK, *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*, Random House of Canada, 2002, trad. it. di S. Fabi e S. Sileoni, *Il giudice sovrano*, Liberilibri, Macerata, 2004, p. 10.

<sup>85</sup> L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, G.Giappichelli editore, Torino, 2007, p. 208

## 2. *Un quadro d'insieme*

L'elaborazione teorica, finalizzata alla ricerca di elementi legittimanti la giustizia costituzionale secondo i canoni della democrazia rappresentativa, ha come obiettivo principale quello di impedire che la giustizia costituzionale, nata a salvaguardia della Costituzione, diventi uno strapotere incontrollato rispetto agli altri e quindi possa minacciare la struttura democratica, invece di tutelarla<sup>86</sup>.

Per molti, infatti, non è in dubbio la necessità del giudice delle leggi, ma lo è la sua legittimazione democratica. Si ritiene che tale istituzione risponda addirittura ad una esigenza dei giuristi, o peggio ancora, ad un' esigenza antidemocratica, non realizzandosi in essa ciò di cui il popolo non può fare a meno e cioè l'affermazione piena della sua sovranità attraverso il voto.

In questo quadro emergono, inoltre, posizioni forse un po' troppo estremiste con riferimento al problema in questione. Si parla di una c.d. "malattia americana"<sup>87</sup>, estesa poi a tutta l'Europa occidentale, che consiste nell'appropriazione da parte dei giudici costituzionali dell'autorità

---

<sup>86</sup> E. W. BOCKENFORDE, *Stato, costituzione e democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006

<sup>87</sup> "Le nazioni occidentali hanno temuto a lungo di venire contagiate dalla «malattia americana», ovvero dal fenomeno dell'appropriazione, da parte dei giudici, dell'autorità appartenente al popolo e ai suoi rappresentanti eletti. Oggi tali nazioni stanno imparando, forse troppo tardi, che questa forma di imperialismo non è tanto una malattia americana, quanto una malattia giudiziaria che non conosce confini. Una simile patologia si manifesta non appena i giudici si trovano in condizioni tali da ricevere o da attribuirsi il potere di calpestare le decisioni prese da altri organi dello Stato: il potere di controllo giurisdizionale di costituzionalità. Per tale motivo, praticamente in tutti i Paesi occidentalizzati, si sta assistendo a considerevoli e imprevisi mutamenti che investono sia gli Stati, sia le singole culture". R. H. BORK, *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*, Random House of Canada, 2002, trad. it. di S. Fabi e S. Sileoni, *Il giudice sovrano*, Liberilibri, Macerata, 2004, p.9

appartenente al popolo e ai suoi rappresentanti, per cui il potere del popolo di governare se stesso viene sempre più diluito “e la possibilità a esso offerta di scegliere il contesto etico nel quale vivere è costantemente ridotta”; “è ormai evidente, anche a un non addetto ai lavori, che, ovunque, democrazia e tradizioni etiche locali sono in pericolo”<sup>88</sup>.

Inoltre, non sfugge nemmeno a queste posizioni di estrema preoccupazione per il ruolo odierno della giustizia costituzionale come “sarebbe un errore attribuire l'origine di questi mutamenti esclusivamente ai giudici.

Si sottolinea, infatti, che esistono infatti molti fattori alla base di questo percorso: l'ascesa di burocrazie potenti e relativamente irresponsabili, il peso dei *mass media*<sup>89</sup>, la globalizzazione intesa come fenomeno economico e, soprattutto culturale.

Si rileva, inoltre, che la giurisprudenza dei giudici attivisti, sprovvista dei caratteri della democraticità, è caratterizzata da un'interpretazione manipolativa, grazie anche alla genericità del linguaggio costituzionale, che resta immune da ogni tipo di controllo; tale atteggiamento viene visto come assolutamente incompatibile con qualsiasi versione conosciuta dello Stato di diritto e non è altro che “politica camuffata da diritto”<sup>90</sup>.

Ma non è tutto. Si sostiene, ancora, che, a causa della creazione di Corti sopranazionali e dei sempre più intensi rapporti tra le corti nazionali e quelle straniere, esista una certa uniformità e omogeneità di opinioni espresse nelle sentenze<sup>91</sup>.

In effetti, la dottrina timorosa rispetto al problema in questione, al di là delle posizioni estremiste, non sembra però auspicare un ritorno, indesiderabile oltre che impossibile, ad un modello di Stato minimo dove è superfluo, data l'indifferenza delle istituzioni per i bisogni della società, l'intervento di un arbitro giudice della conformità costituzionale delle leggi e, quindi, di un custode dei diritti esterno e imparziale. Né si considera possibile una riduzione dei giudici a *bouches de lois*; ma ciò a cui si protende, invece, è da un lato un'esortazione a liberarsi, attraverso lo studio della storia e della prassi del *judicial review*, da una visione “mistica” del giudice delle leggi, e da un altro lato ciò a cui si aspira è la ricerca di elementi che possano “inserire” anche tale organo nel circuito democratico-rappresentativo classicamente inteso.

---

<sup>88</sup> *Ivi*, p.8.

<sup>89</sup> *Ibidem*

<sup>90</sup> “Ad ogni modo la giurisprudenza dei giudici attivisti è caratterizzata da un'esagerata preoccupazione per i sentimenti della popolazione. Una preoccupazione però che non è assolutamente imparziale, ma che al contrario contiene una forte componente ideologica, in quanto il benessere di alcuni comporta spesso il malessere di altri”. “L'attivismo giudiziario, per le sue caratteristiche e per l'esempio che fornisce, incrina le fondamenta su cui sono basate le democrazie occidentali. Il concetto di *rule of law*, nato in Europa, essenziale negli ordinamenti statunitense e canadese e imprescindibile per tutte le civiltà occidentali, è ormai ridotto a un rispetto di facciata, a una formula sterile da utilizzarsi in qualche scambio di accuse tra magistrati”. *Ivi*, p.11

<sup>91</sup> “Un indizio significativo dell'attivismo dei giudici e delle uniformità delle loro opinioni è dato dal fatto che l'interpretazione giuridica di Costituzioni che fanno riferimento a testi e contesti storici molto diversi si sta arretrando a una omogeneità di opinioni espresse nelle sentenze”. *Ivi*, p.21

Per quanto riguarda più specificamente il nostro Paese, gli autori che si sono posti il problema di fornire una giustificazione alla mancanza di legittimazione democratica della giustizia costituzionale si muovono su due linee di pensiero differenti: uno rivolto principalmente alla ricerca di elementi legittimanti la Corte Costituzionale che possono dirsi, in un certo senso, “esterni” alla stessa (quali ad esempio il consenso sociale, o i valori superiori che il giudice costituzionale persegue); l'altro che, invece, ponendosi in chiave funzionale e strutturale, così come solleva il problema della mancanza di legittimazione democratica della giustizia costituzionale, allo stesso modo sembra quasi annullarlo, rifiutarlo addirittura, trovando nella stessa essenza di giudice costituzionale la ragion d'essere di organo non democraticamente eletto.

### ***3. La ricerca di elementi legittimanti la Corte costituzionale “esterni” alla stessa: il consenso sociale***

Non pochi esponenti della dottrina italiana identificano, attraverso percorsi argomentativi differenti, la fonte della legittimazione democratica della Corte Costituzionale nel consenso sociale che sostiene il suo operato.

Per giungere a questa conclusione, alcuni ragionano partendo, innanzitutto, dal riconoscimento dell'originaria e primaria funzione della Corte di protezione e difesa, non solo della rigidità della Costituzione, ma anche della intangibilità del c.d. “nucleo duro”<sup>92</sup> della stessa, che coincide con il limite sostanziale esplicito posto alla revisione costituzionale dall'art. 139 della nostra Costituzione (la “forma repubblicana dello Stato”) e con i c.d. “principi supremi” intangibili contenuti in quest'ultima<sup>93</sup>.

La dottrina in esame sottolinea come la giustizia costituzionale nel nostro Paese e non solo si sia sostanzialmente traformata e che il suo ruolo sia, di conseguenza, cresciuto. “E, poiché la Corte è – come suol dirsi – la vestale della Costituzione, è piena la conclusione secondo cui è di pari peso cresciuta la «forza» della Costituzione stessa, la sua capacità di invernamento e radicamento profondo nel tessuto della società e dell'ordinamento (specie nei suoi valori e principi fondamentali ma, in genere, nelle sue norme), appunto per il tramite dell'opera infaticabile quotidianamente svolta dal giudice delle leggi. *Carta e Corte*, in questa diffusa ed accreditata rappresentazione, finiscono per essere, a conti fatti, una sola cosa, accomunate da uno stesso, inseparabile destino: nella seconda specchiandosi la prima, nelle sue concrete fattezze, nei suoi modi di essere e di divenire”<sup>94</sup>.

Non si può nemmeno trascurare che la Costituzione vivente non si concretizza solo attraverso l'opera della Corte costituzionale, ma risulta dal combinato di una serie di azioni e reazioni di diversa natura e intensità a cui partecipano, in modi e con responsabilità diverse, tutti gli

---

<sup>92</sup> “Il concetto di «nucleo duro» della Costituzione – che può essere particolare (del singolo ordinamento) o universale (comune a tutti gli ordinamenti liberal-democratici e personalisti)- tende a coincidere con il limite sostanziale esplicito posto alla revisione costituzionale dall'art. 139 Cost. e con i c.d. principi supremi intangibili, e dunque irrevisionabili, anche relativi alle previsioni costituzionali sullo Stato sociale. Nel senso dell'impossibilità di ritorni al passato c'è chi sostiene (G. Silvestri) la liceità della revisione-programma, per l'assenza di limiti giuridici alla progettualità costituzionale. Tuttavia, sembra di poter dire, a proposito, che-in astratto- anche revisioni-programma, che pure non mirano a restaurare sistemi di valori pre-costituzionali illegittimi, possono talvolta presentare vizi di costituzionalità. La Costituzione, infatti, pur essendo passibile (e meritevole) di aggiornamenti, non è aperta ad ogni sviluppo futuro. In questo senso, i concetti di intangibilità e di revisione devono essere definiti secondo un uso accorto del criterio di ragionevolezza”. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, G. Giappichelli editore, Torino, 2004, p.7

<sup>93</sup> “Del resto, evidenti ragioni logico-giuridiche rendono oltremodo difficile (se non impossibile) immaginare una Carta rigida che non abbia anche, al suo interno e quale sua essenza, un contenuto di particolare valore, che caratterizza la forma di Stato prescelta nel singolo ordinamento, e- come tale- non semplicemente «rigido», ma addirittura «intoccabile», pena il venir meno dell'ordinamento stesso”. *Ibidem*

<sup>94</sup> A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XII, G. Giappichelli editore, 2008, p. 274.



attori dei pubblici poteri e la cultura giuridica in generale; nonostante ciò, non si può, allo stesso tempo, negare che il ruolo principale è esercitato dalla Corte “nella sua incessante rigenerazione semantica degli enunciati della Carta costituzionale”<sup>95</sup>.

Di conseguenza, quindi, questa delicata funzione assegnata alla Corte Costituzionale mette ancora più in evidenza come la stessa non si limiti ad accertare la mera regolarità della procedura seguita nella elaborazione di un testo di legge, dovendo, invece, spesso sanzionare l'illegittimità sostanziale *tout court* della legge stessa.

Si ritiene, quindi, che ciò comporti una sorta di sfida al carattere democratico dell'ordinamento giuridico e che, quindi, per tale ragione, sorga il problema della ricerca dell'elemento che legittimi la Corte dal punto di vista democratico- rappresentativo. Al contempo non si nega, però, la natura apparentemente non democratica, “anzi di fisiologico contr'altare della democrazia” della Corte che costituisce “un necessario limite costituzionale nei confronti della democrazia maggioritaria pura”<sup>96</sup>.

Il discorso in esame, però, non può ridursi alla semplice e insufficiente constatazione che la giustizia costituzionale è sorta e si è poi consolidata nel tempo all'interno di quella che è la forma più evoluta di Stato legale di diritto, cioè lo Stato costituzionale e personalista, il quale si caratterizza per la predisposizione di strumenti di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo anche contro l'azione del legislatore democraticamente eletto. “Questo, della giustizia costituzionale, costituisce, accanto ai diritti fondamentali, alla separazione dei poteri, alla sovranità popolare e al decentramento istituzionale, uno dei cinque pilastri giuridici che perseguono l'obiettivo meta – giuridico di realizzare il comune principio di dignità della persona umana, fonte ispiratrice primigenia del modello di Stato costituzionale”<sup>97</sup>.

La giustizia costituzionale, alla luce di ciò, è diventato un elemento essenziale del costituzionalismo moderno e, come tale, deve essere necessariamente slegata da ogni legittimazione democratica. Tuttavia detto questo non sembra essere del tutto risolto il problema della

---

<sup>95</sup> “E', tuttavia, da chiedersi quale Costituzione venga a farsi valere per il tramite della giustizia costituzionale o-il che è praticamente lo stesso- quale teoria della Costituzione finisca con l'affermarsi, per il solo fatto che la Carta vada- come dire?- a rimorchio della Corte. *In nuce* la domanda investe appunto la Costituzione in una sua proprietà essenziale, trattandosi di stabilire se la sua *vis* normativa risulti rafforzata o, all'opposto, si trovi costretta, almeno con riguardo ad alcune esperienze, a scemare, persino alle volte a sostanzialmente disperdersi, le regole della Costituzione essendo obbligate a cedere il campo a regolarità della politica imperiosamente portate ad affermarsi, anche col generoso avallo del giudice costituzionale, ovvero a talune regolarità di una «politica costituzionale» di cui il giudice stesso si faccia originale e vigoroso interprete”. *Ivi*

<sup>96</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.

<sup>97</sup> “Tutto ciò emerge chiaramente anche dalla Dichiarazione Internazionale sulla giustizia costituzionale (Antigua 1992) che, fra l'altro, recita: «1. La garanzia e la protezione effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione si presentano come un elemento indispensabile per l'affermazione di un ordine democratico e stabile. 3. L'esistenza di una giustizia costituzionale è divenuta un elemento essenziale della garanzia della libertà e degli altri diritti fondamentali. Essa postula in primo luogo l'esistenza di procedure specifiche ed efficaci tali da assicurare la protezione immediata di tali diritti nei confronti delle norme legislative, sia nei confronti degli atti incostituzionali dei soggetti privati». A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, ult. ed., G. Giappichelli editore, Torino, 2004, p. 8

legittimazione della Corte, poichè il percorso di analisi della legittimazione, di cui stiamo trattando, non può prescindere da altre significative osservazioni.

Se il cittadino, infatti, può oggi beneficiare del venir meno della supremazia della legge, nel senso che quest'ultima è subordinata alla Costituzione, resta allora da chiedersi cos'è effettivamente la Costituzione, o meglio cosa “contiene”, dilemma questo antico e fondamentale allo stesso tempo. In effetti, soltanto colui che ha il potere di interpretazione (*auctoritas*) può dare concretezza agli enunciati costituzionali e sappiamo che oggi questa peculiare funzione è affidata proprio alle Corti, anche se non in modo esclusivo e univoco; spetta infatti ad esse, in fin dei conti, “la individuazione del contenuto presente nei contenitori costituzionali”<sup>98</sup>.

Tale funzione della Corte di interpretazione dei significati normativi delle leggi e degli atti aventi forza di legge si attua attraverso il ricorso all' ampliamento degli strumenti decisori a disposizione: in tal modo la Corte “crea” anche norme e, dunque, diritto costituzionale, colmando mancanze e vuoti legislativi (c.d. *interpretazione evolutiva*).

In particolare, si afferma che “un tempo (ma talvolta ancora oggi) le sentenze manipolative o «normative», che dir si voglia, della Corte costituzionale erano (e sono) viste come invasive della sfera suddetta, malgrado la giustificazione al riguardo data dalla stessa Corte e gli sforzi da questa prodotti per delimitare l'area dei propri interventi, parando così la critica di menomare la c.d. (non meglio precisata) discrezionalità del legislatore”<sup>99</sup>. Nonostante ciò, la dottrina in esame evidenzia la necessità di tali pronunzie al punto da considerare inutile la loro “astratta” contestazione, per cui il motivo della loro adozione si rinviene non tanto in ragioni di opportunità sul piano della politica – istituzionale, quanto piuttosto, dal punto di vista assiologico – sostanziale, “avuto riguardo al gioco dei valori costituzionali e al bisogno, perciò, di conseguire sintesi assiologiche complessivamente appaganti, le più adeguate ai casi”<sup>100</sup>.

Prospettando, infatti, lo scenario che si verrebbe a creare se alla Corte fosse inibito di riscrivere i testi di legge, si nota come i conseguenti inconvenienti riguarderebbero non solo la normativa *sub iudice*, ma anche e soprattutto la Costituzione stessa che si troverebbe così impoverita di strumenti necessari alla sua tutela.

Il ruolo della Corte costituzionale, infatti, è anche quello di mediare tra le diverse istanze della politica da un lato e del diritto costituzionale dall'altro, tenendosi sempre, per quanto possibile, distante dal predisporre in modo netto verso l'uno o verso l'altro; il compito certamente non è facile,

---

<sup>98</sup> *Ibidem*

<sup>99</sup> *Ivi*, p. 277

<sup>100</sup> “E' chiaro che una cosa è predicare in astratto siffatta opzione di metodo ed un'altra cosa poi il suo riscontro in concreto, non poche volte avendo per vero la Corte fatto luogo a sintesi per l'uno o per l'altro verso discutibili o, diciamo pure, squilibrate; e, tuttavia, proprio quello dei valori sembra essere il terreno più fertile, sul quale sperimentare la più confacente messa a punto delle tecniche in parola, in ragione delle esigenze dei casi, da un lato, e delle pretese dei valori, dall'altro”. *Ivi*, p. 278

ma mantenere il testo di legge qual'è appagherebbe la politica, non soddisfacendo (del tutto o in parte) la rigidità della Costituzione, mentre l'abbattimento del testo stesso “non preserverebbe il bisogno naturale della politica di spiegarsi negli ambiti suoi propri con pienezza di effetti e, talora, non gioverebbe appieno neppure alla Costituzione, in una certa misura servita all'atto impugnato”<sup>101</sup>.

Per ciò detto, la manipolazione operata dalla Corte si esprime in maniera duplice, nel senso di innovazione e di conservazione, secondo forme plurime che si riferiscono all'uno o all'altro elemento a seconda dei casi. I tribunali costituzionali hanno acquisito così un potere enorme che, comprensibilmente, suscita una certa apprensione ma, da un altro lato, consente di capire meglio che è proprio il giudice delle leggi l' “organo di chiusura” dei moderni ordinamenti liberal – democratici<sup>102</sup>.

Divenendo così “*longa manus*” nel tempo del potere costituente, la Corte Costituzionale suscita il pericolo di operare al di là delle sue competenze, invadendo il campo del legislativo; “non si può dunque negare l'esistenza del pericolo di arbitrii semplicemente in virtù del semplice presupposto che le Corti stesse sono soggette a Costituzione. A ben vedere, la questione resta, generando un noto e paradossale circolo vizioso: gli organi che sono dichiaratamente soggetti alle regole sono anche gli unici interpreti (in senso prevalente e vincolante) delle regole stesse, sicchè, per ciò solo non paiono effettivamente soggetti ad esse. Tuttavia è ancora possibile sminuire il rischio di un potere arbitrario” propendendo verso un rovesciamento dell'impostazione tradizionale del problema per cui, se è giusto da un lato interrogarsi sulla mancanza di legittimazione democratica della Corte Costituzionale, da un altro lato non è meno idoneo domandarsi quale sia, o debba essere, la legittimazione democratica in sé.

A questo punto, si prosegue nel ragionamento introducendo il principio della c.d. “doppia legittimazione”, quella costituzionale e quella popolare del potere politico che, come si è visto nel capitolo precedente, si caratterizza per essere di tipo interna, di modo che ogni soggetto è tenuto ad assumere una decisione conforme alla norma che ne disciplina l'azione (assicurando così validità all'atto e legittimità all'ordinamento) ed esterna, in base alla quale occorre che la decisione

---

<sup>101</sup> “Ancora più scivoloso è, poi, l'accertamento dell'argomento relativo all'equilibrio tra Costituzione e politica, ove si assuma in partenza che il fondamento delle decisioni in parola sta, come si diceva, in linea di principio, nella stessa Costituzione, nell'attitudine cioè dei suoi valori fondamentali di combinarsi a vicenda in forme continuamente cangianti, sollecitando l'adozione di soluzioni comunque adeguate a darne la sintesi più efficace ed espressiva. La caducazione secca di un testo di legge ovvero di una sua parte ora più ora meno consistente e significativa non comporta infatti un pregiudizio solo per la legge stessa ma, per il tramite di questa, anche per la Costituzione: vuoi per la ragione di ordine generale, sopra indicata, che la promozione dell'autodeterminazione della politica è, in sé e per sé, un valore e vuoi per la ragione specifica che il pur parziale mantenimento (con aggiustamenti) della legge stessa può giovare all'implementazione di questo o quel valore occasionalmente da essa servito ed ancora meglio appagato, unitamente se del caso ad altri valori, grazie all'intervento sonante del giudice costituzionale”. *Ibidem*

<sup>102</sup> “Oggi proprio le Corti, cumulando nello stesso tempo *auctoritas* e *potestas*, sembrano sovrane. Ma l'esperienza storica conferma, piuttosto, il carattere limitato della *potestas* dei tribunali costituzionali, proprio quando essa più servirebbe (situazioni di profondo mutamento politico, di crisi o, schmittianamente, «d'eccezione»)”. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, G. Giappichelli editore, Torino, 2004, p. 10.

dell'organo pubblico corrisponda ai concreti e molteplici interessi coinvolti (profilo oggettivo della legittimazione) suscitando così consenso o almeno accettazione nei consociati (profilo soggettivo).

Da qui trae origine, quindi, l'ordinamento democratico stesso, per cui una vera democrazia non trova solo in se stessa la fonte di legittimazione, ma necessita di un sistema di valori “metademocratici” di riferimento a cui soggiacere, e che sono contenuti proprio nella Costituzione. Si comprende, quindi, che se lo stesso regime democratico ha bisogno di una cornice metademocratica di valori che ne limitino la forza, a maggior ragione la Corte Costituzionale, che di tale cornice è la custode, non potrà che essere sprovvista di legittimazione democratica<sup>103</sup>.

La Corte, cioè, è indispensabile al regime democratico proprio perché carente di legittimazione democratica diretta, garantendo, quindi, un equilibrio tra due poli, quello della sovranità popolare per un verso e quello del sistema dei valori costituzionali per un altro.

Certamente, secondo tale dottrina, la Corte, pur non esercitando attività di indirizzo politico in senso stretto, è un organo giurisdizionale comunque dotato di una forza politica con funzioni giuridico- arbitrali rispetto agli stessi atti in cui si esprime la sovranità popolare; e, quindi, nonostante la Corte non sia un organo elettivo in senso democratico- rappresentativo, opera, in ogni caso, in nome e nell'interesse del popolo stesso. Si sottolinea, infatti, come nell'attuale Stato costituzionale, contro le leggi la società può tutelarsi sostanzialmente in due modi: dal basso, attraverso strumenti di democrazia diretta (referendum) e dall'alto, (a parte il potere di scioglimento – sanzione del Parlamento operato dal Presidente della Repubblica) attraverso la funzione di garanzia e custodia della Costituzione operata dalla Corte.

Inoltre, si prosegue sostenendo che ci sono altre ragioni che giustificano il carattere non democratico della giustizia costituzionale e che ne limitano quindi il rischio di eventuali abusi di potere della stessa tra cui il fatto che la Corte costituzionale nel nostro ordinamento non è l'unico organo (benché costituisca quello di “chiusura”) a cui sono affidate funzioni di garanzia (basti pensare al ruolo del Presidente della Repubblica, alle Autorità amministrative indipendenti, ecc.); in particolare non si deve dimenticare che nello Stato costituzionale esiste, accanto all'interpretazione ufficiale/giurisprudenziale della Corte costituzionale, quella dei giuristi, oltre che quella c.d. “diffusa” dei “profani”.

Si argomenta, poi, che se si dovesse verificare l'ipotesi per cui la Corte, “in preda a un delirio di onnipotenza”, abusi dei propri poteri, non essendoci strumenti idonei a porre nel nulla le decisioni della Corte, il rimedio sarebbe solo di tipo politico – istituzionale, concretandosi in una sorta di critica o disapplicazione delle pronunce ritenute prevaricanti il potere del legislatore; si tratta, come ben può vedersi, di ipotesi davvero limite e improbabili.

---

<sup>103</sup> “Nè va dimenticato che uno dei valori che le Corti custodiscono è quello stesso, irrinunciabile, della procedura democratica nelle volizioni politiche produttive di fonti giuridiche”. *Ibidem*

Si sostiene ancora che ricordare il potere del legislatore costituzionale di poter sempre “ripristinare”, fatto salvo il limite di revisione, qualunque normativa dichiarata illegittima dalla Corte; certo sarebbe opportuno che questa possibilità non si verificasse a ridosso di una sentenza della Corte costituzionale, ma quello che si vuole sottolineare è, sostanzialmente, che nessuna decisione dei tribunali costituzionali può resistere in assoluto ai Parlamenti in veste di legislatori costituzionali. “Naturalmente, finché funziona la Corte costituzionale, esiste ed è garantito l'ordine costituzionale vigente; quando invece ad essa non è consentito di funzionare, al posto del vecchio si pone ed afferma un ordine costituzionale nuovo, la cui complessiva caratterizzazione può essere, appunto, fortemente segnata proprio dalla mancanza di un giudice garante della legalità costituzionale: Corti costituzionali e Costituzioni, dunque, *simul stabunt vel simul cadent*”<sup>104</sup>.

Talché, secondo questa dottrina è utile, a questo punto, ridimensionare il problema della mancanza di un controllo sull'operato della Corte, nella misura in cui non si ritiene necessario, né tantomeno immaginabile, l'esistenza di un qualsivoglia organo deputato al controllo dell'agire della Corte stessa; come si può infatti pensare, praticamente, ad un organo deputato all'accertamento della correttezza dell'interpretazione fornita dalla Corte e che, magari, sia anch'esso sottoposto a controllo. Si scivolerebbe, così, in un vortice che rimette costantemente in discussione la competenza sulla competenza, per cui “bisogna riconoscere inevitabilmente, per convenzione, un solo sistema di controlli costituzionali. Pare ragionevole, dunque, accettare gli inevitabili rischi connessi al giudizio di ragionevolezza della Corte costituzionale, certo senza cedimenti (e, dunque, con accurata vigilanza) ma pure senza inutili pregiudizi: il fatto che nessuno controlli il controllore significa, *deve* significare, che, a ben vedere, tutti lo controllano”<sup>105</sup>

Inoltre,- si argomenta - se non si deve “sottovalutare” è bene anche non “sopravvalutare” i poteri dei tribunali costituzionali, infatti, rispetto all'attività legislativa del Parlamento, la discrezionalità interpretativa della Corte è una competenza di sicuro rilievo ma ben “più graduale e modesta”. Secondo l'impostazione che stiamo analizzando, la Corte è in grado di svolgere in modo incisivo solo il suo compito precipuo, ovvero sanzionare le violazioni della Costituzione che “in tal modo non appaiono semplicemente altisonanti pezzi di carta, ma codici giuridici concretamente vincolanti”.

Ogni ulteriore e diverso potere esercitato dai giudici costituzionali sarebbe inesorabilmente soggetto a contestazioni ma, “per quanti espedienti tecnici e raffinati strumenti operativi utilizzino e pur considerando kelsenianamente i tribunali costituzionali quali *legislatori negativi*, bisogna riconoscere che essi non sono strutturalmente idonei a sostituirsi al legislatore, alla pubblica amministrazione e ai giudici comuni”.

---

<sup>104</sup> *Ivi*, p. 14.

<sup>105</sup> *Ibidem*

In conclusione del pensiero esaminato, dunque, emerge che la problematica della mancanza di legittimazione democratica della nostra Corte costituzionale, si risolve nel consenso sociale al suo operato che le viene attribuito dalla società stessa; infatti, rispetto all'attività della giustizia costituzionale, anche qualora quest'ultima godesse dell'immediata esecuzione/attuazione delle proprie decisioni da parte degli organi competenti, esiste un limite insuperabile, che consiste nella effettiva obbedienza dei consociati all'interpretazione fornita in sede giurisprudenziale, anche quando questa sembra prevaricare i limiti funzionali che le sono imposti dalla Costituzione.

La “verità ultima” è, quindi, che la Corte costituzionale può svolgere le sue funzioni solo a condizione che esista un diffuso consenso sociale sulla sua attività, che si sostanzia, fondamentalmente, nel c.d. “*idem sentire de re publica*”; inoltre, essendo ogni Costituzione, allo stesso tempo, un atto ed un processo, l'unico modo attraverso il quale la Corte costituzionale può superare l'*handicap* della mancanza di legittimazione democratica, come sopra esposto, è quello di svolgere una funzione che non sia meramente di cristallizzazione dei principi sanciti nella Carta fondamentale e nemmeno di adeguamento ad ogni cambiamento o pulsione sociale e politica, ma, bensì, una funzione stabilizzatrice, moderatrice e equilibratrice, esercitata attraverso un ragionevole adeguamento ai mutamenti e ai bisogni sociali che restano, in ogni caso, protetti nel nucleo duro intangibile della Costituzione.

E' questa, quindi, la chiave di lettura prospettata dalla dottrina appena esposta per comprendere che, in realtà, la Corte costituzionale, pur nascendo priva della legittimazione democratica per via elettiva, la acquisisce, poi, durante il corso del suo operato attraverso il popolo stesso e il suo consenso.

Infine, tale dottrina punta l'attenzione su un dato innegabile, quello cioè per cui la Corte costituzionale concorre in modo influente alla formazione dell'opinione pubblica democratica (c.d. volto mediatico della sovranità popolare) che, a sua volta, tende ad influenzare l'operato della Corte stessa<sup>106</sup>.

Per questo motivo si sottolinea come sia importante che la Corte costituzionale non si lasci influenzare eccessivamente da tale pubblica opinione e dalle sue mutevoli espressioni, dovendo essere, invece, solo il parametro costituzionale l'unico strumento di cui può disporre la Corte nella elaborazione delle sue decisioni, sia pure in costante rapporto con la realtà storico- fattuale.

---

<sup>106</sup> “ L'influsso dell'opinione pubblica sul comportamento dei giudici può essere positivo ed anzi auspicabile, se inteso come stimolo perché gli stessi non indulgano ad iniziative apertamente faziose o stravaganti. Il timore di perdere la propria legittimazione può essere un argine a scorrettezze politicamente orientate, sia nel senso dell'azione che in quello dell'omissione. La ricerca del consenso non può e non deve tuttavia porre remore eccessive alla coraggiosa elaborazione di principi non immediatamente percepiti dalla maggioranza dei cittadini. Un grande giurista liberale inglese ha detto circa un secolo addietro: “È del tutto possibile che le idee dei giudici sull'utilità e sull'interesse pubblico possano talvolta elevarsi al di sopra di quelle prevalenti in una determinata epoca”. G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in Esposito, Crisafulli, Paladin: tre costituzionalisti a confronto, Atti del Convegno, Padova 19-20-21 giugno 2003.

Non si esita a sostenere, infine, che la ragione più importante della previsione della giustizia costituzionale, nel nostro come negli altri Paesi liberal- democratici, è quella di freno alle continue pressioni dell'opinione pubblica che sono sempre più capaci di condizionare l'operato del legislatore<sup>107</sup>. Ribadisce ancora tale dottrina che la valenza del diritto, e più specificamente del diritto costituzionale, è non solo descrittiva ma anche e soprattutto prescrittiva, nel senso di poter guidare la società attraverso lo schema dei valori e dei principi della Costituzione; e, quindi, la giustizia costituzionale trova una sua ragion d'essere effettiva e non astratta solo in un sistema di tal genere.

Nello stesso senso della dottrina appena esposta si pone anche chi, in una prospettiva diversa, fonda la legittimazione della Corte costituzionale sull'adesione dell'opinione pubblica che, accettando la norma costituzionale come norma fondamentale del proprio agire all'interno della comunità sociale, non può non accettare anche l'azione dell'organo deputato a tutelare e difendere quella stessa norma.

Tuttavia, la posizione che ora prendiamo in considerazione affronta il discorso sulla legittimazione della Corte solo sullo sfondo di altre e diverse considerazioni che riguardano, cioè, il rapporto tra la giustizia costituzionale e gli altri poteri dello Stato, e, più precisamente, tra tribunale costituzionale e potere legislativo. In quest'ottica, dunque, la legittimazione del giudice delle leggi ricorre quale strumento di giustificazione di un meccanismo di rapporti tra poteri dello Stato che, nell'analisi del nostro autore, sembra essere in crisi per diversi ed eterogenei fattori.

Le opere della dottrina in questione da ritenersi significative per il discorso che qui interessa sono state scritte una decina di anni addietro, ma, d'altro canto, pur riferendosi ad esperienze istituzionali del nostro Paese risalenti, risultano, ad un più attento esame, estremamente attuali.

Nel delineare i rapporti tra la Corte e le altre istituzioni dello Stato, tale dottrina analizza *in primis* un elemento imprescindibile, ovvero la funzione della giustizia costituzionale nel nostro Paese, dalla sua origine fino a quella che è diventata oggi.

La risposta che normalmente si fornisce alla domanda “chi è il giudice delle leggi”? è che tale giudice “serve a togliere efficacia agli atti del potere legislativo che si pongono in contrasto con

---

<sup>107</sup> “L'opinione pubblica rischia di divenire il nuovo sovrano ed è necessario che le Corti resistano alle pressioni di qualunque soggetto, fosse anche una diffusa coscienza sociale o un'agguerrita opinione pubblica. Una chiara critica all'ossessivo richiamo alla coscienza sociale o al bisogno di consensi politici, parlamentari o massmediali viene ora da diversi Presidenti della Corte costituzionale italiana. Si tratta di tesi diversa da quella oggi propugnata negli U.S.A. da B. Akerman, per il quale è possibile un mutamento dei valori fondamentali della società fermo restando lo stesso testo costituzionale, sicchè a suo dire, gli Stati Uniti avrebbero sperimentato ad oggi ben tre diversi regimi costituzionali, suffragati dalle diverse interpretazioni della Supreme Court in funzione di legittimazione. Non possiamo che dissentire da questo orientamento, perchè legato ad un' immagine della Corte non equilibrata ma buona per ogni stagione costituzionale. Del resto esso ha trovato, come era prevedibile, forti oppositori oltre Atlantico soprattutto fra i fautori della classica funzione antimaggioritaria delle Corti costituzionali”. *Ivi*, p. 16

la Costituzione, cioè a rendere compiutamente obbligatoria ed operante la stessa Costituzione”<sup>108</sup>. Ma questa è la funzione che si percepisce immediatamente, essendo altra, invece, l'esigenza profonda della sua ragion d'essere.

Riprendendo la nota definizione kelseniana<sup>109</sup> di giustizia costituzionale come strumento di realizzazione della pace sociale, l'autore afferma che l'attuazione di questo fine richiede, dunque, la presenza del giudice delle leggi per controllare la funzione legislativa propria del Parlamento attraverso il parametro costituzionale e di imporre anche a tutti gli altri poteri pubblici il rispetto dei valori e dei principi contenuti nella Carta fondamentale che sono alla base della convivenza sociale.

La soddisfazione di questa primaria esigenza ha fatto emergere nel corso degli anni, nei diversi Paesi del mondo, modelli applicativi di giustizia costituzionale assai differenti<sup>110</sup>; ciò trova una spiegazione nella circostanza che, di fatto, nella scelta a favore di uno tipo specifico di giustizia costituzionale, possono sommarsi finalità diverse poiché il modello costruito per una precisa esigenza può evolversi e svilupparsi a seguito e in conseguenza dello sviluppo e della crescita dell'ordinamento in cui è stato previsto, dovendo perciò assumere obiettivi diversi<sup>111</sup>. “Non esistono, dunque, buone possibilità di descrivere un sistema di giustizia costituzionale secondo categorie astratte, dal momento che ogni sistema tende a configurarsi come una realtà unica, in relazione alla specialità del suo rapporto con la struttura costituzionale nel cui ambito è chiamato ad operare”<sup>112</sup>.

Per quanto concerne più specificamente le scelte operate in ambito europeo, di sicuro influenza notevole e decisiva hanno esercitato le esperienze storiche che il nostro continente aveva da poco subito; il peso di tali eventi fu molto forte e, in particolare, la tradizionale concezione della supremazia parlamentare che portava a diffidare della possibilità di demandare ad un giudice non eletto il controllo della costituzionalità dell'agire parlamentare. In realtà alla base dell'espansione

---

<sup>108</sup> E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1999, p.9

<sup>109</sup> “Se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza, ma nel continuo compromesso tra le parti che la maggioranza e la minoranza rappresentano nel Parlamento, e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare lo strumento idoneo a realizzare questa idea”. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981.

<sup>110</sup> “Così a seconda dei casi e dell'effettivo sviluppo dei diversi modelli, un sistema di giustizia costituzionale potrà risultare in prevalenza orientato ora verso la difesa delle libertà fondamentali dei cittadini, ora verso l'equilibrato sviluppo nei rapporti tra i poteri e tra le articolazioni territoriali dello Stato. Di conseguenza, tenderà a variare anche il comportamento concreto (la prassi) degli organi di giustizia costituzionale che, in taluni casi, risulteranno più attestati nella difesa e nella conservazione dei valori fondamentali connessi all'impianto storico dei vari ordinamenti; in altri, più orientati a svolgere un'attività di mediazione e di moderazione dei conflitti prodotti dalle contingenze della vita politica e sociale”. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1999, p.10.

<sup>111</sup> “Pure nel settore della giustizia costituzionale – com'è accaduto nella sfera delle forme di governo per la classe dei semipresidenzialismi – l'adattamento ad un modello storico (quello più prestigioso e pertanto assunto a paradigma) alle esigenze di ciascun ordinamento comporta infatti la progressiva divaricazione dall'archetipo del modello euristico, che va forgiato tenendo conto non solo della matrice, ma anche delle figlie. Il nucleo duro di un modello, infatti, si riscontra – in ciascuna fase storicamente determinata – non già nelle caratteristiche del solo ordinamento che l'ha adottato per primo, bensì nei tratti comuni a esso e a tutti gli altri che l'hanno in seguito introdotto, tuttavia apportandovi modificazioni”. L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli editore Torino, 2007, p. 10.

<sup>112</sup> E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1999, p.10



della giustizia costituzionale, in Europa come nel resto del mondo, si pone l'esigenza fondamentale di garanzia fortemente legata a quella di razionalizzazione della sfera politica; ciò ha portato a misurare, a differenza del passato, la politica sul metro del diritto e non viceversa.

L'elemento fondamentale che sta alla base della esistenza dei tribunali costituzionali è l'ovvia considerazione che è inutile fissare i principi fondamentali dell'esistenza civile in una Costituzione se poi non è previsto un sistema che tuteli il rispetto di quei principi e che garantisca la preminenza della Costituzione stessa sulle espressioni della volontà politica e, quindi, della legge. “Ove questa preminenza non fosse affermata e resa effettivamente operante attraverso il controllo di costituzionalità, ogni legge, espressione di una volontà maggioritaria, sarebbe in grado di derogare alla disciplina posta in un testo costituzionale, annullando le garanzie che gli individui e le forze sociali (e in particolare le forze di minoranza) vengono a trarre dalla presenza di tale testo”<sup>113</sup>.

Prosegue ancora la dottrina in esame sottolineando le condizioni indispensabili per l'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale, ovvero la presenza di una Costituzione scritta e rigida, dotata cioè di una forza superiore alla legge e di un regime giuridico differenziato rispetto alla legge<sup>114</sup>; condizioni queste realizzabili solo all'interno di una forma di Stato costituzionale. Quest'ultima viene comunemente definita come quella forma di Stato fondata sulla tutela dei diritti fondamentali e in cui la politica è sottoposta al diritto e al sindacato di un organo di giustizia costituzionale; “il livello di garanzia si sposta, quindi, dalla legge alla costituzione”, mentre le scelte politiche perdono la caratteristica e tradizionale insindacabilità per essere, invece, vagliate su parametri costituzionali che esprimono i valori su cui si basa l'ordinamento<sup>115</sup>.

E' chiaro quindi che la giustizia costituzionale rappresenta non solo un elemento costitutivo della democrazia, ma anche quello più innovativo tra le altre componenti che si sono affermate a seguito del secondo conflitto mondiale.

A questo punto la posizione dottrinale di cui stiamo trattando, evidenzia l'assoluta atipicità della giustizia costituzionale, poiché essa non esprime un aspetto della funzione giurisdizionale,

---

<sup>113</sup> *Ivi*, p. 13

<sup>114</sup> “Da qui la tendenza che emerge nell'ambito delle democrazie contemporanee, dove, al fine di rafforzare le garanzie per i diritti dei cittadini, si afferma una preferenza per le costituzioni rigide sorrette dalla rete protettiva di un sistema di giustizia costituzionale. La scienza giuridica ha rilevato come questa tendenza si sia sviluppata quale evoluzione storica dello Stato di diritto e completamento dello Stato sociale. Rispetto allo Stato di diritto di impianto ottocentesco e di matrice liberale l'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale ha significato per i cittadini un ampliamento della garanzia, inizialmente concessa solo nei confronti della amministrazione, anche nei confronti della legge. Il cittadino, nella sua dimensione, dello Stato contemporaneo, consegue, infatti, la possibilità di vedersi garantito tanto contro l'azione del potere amministrativo, attraverso il sistema della giustizia amministrativa, quanto contro l'azione del potere legislativo, attraverso il sistema della giustizia costituzionale. Se rispetto allo Stato di diritto il quadro delle garanzie si è, dunque, completato e saldato con riferimento al livello più alto del potere politico, rispetto allo Stato sociale l'introduzione di un sistema di giustizia costituzionale ha potuto operare come fattore di accelerazione nello sviluppo dei principi costituzionali posti a fondamento di tale forma di Stato, e, in particolare, dei principi della solidarietà e della tutela delle posizioni meno privilegiate”. *Ivi*, p. 14

<sup>115</sup> “Tutto questo induce a sottolineare come l'affermazione della giustizia costituzionale in Europa e nel mondo si collochi nel quadro di uno sviluppo storico che prende le mosse dalle grandi rivoluzioni dell'età liberale e che conduce alla costruzione delle democrazie contemporanee secondo il modello occidentale”. *Ivi*, p. 14

avendo questo controllo della giurisdizione “la forma, ma non la sostanza”. Con quest'ultima espressione si vuole intendere che sul piano strettamente sostanziale il controllo di costituzionalità delle leggi, con riguardo in particolare ai suoi effetti, si avvicina molto alla legislazione, pur non avendo, la sentenza del giudice costituzionale, le caratteristiche proprie della legge, ovvero mancando il potere d'iniziativa dell'organo giudicante e (almeno in apparenza) carattere vincolante.

“Il controllo di costituzionalità esula, dunque, dal quadro delle funzioni tradizionali dello Stato, perchè cumula in sé elementi diversi, riferibili a funzioni diverse, dove il rigore formale richiesto dalla tecnica di giudizio si salda con la libertà di scelta che viene a caratterizzare l'individuazione di quei principi e di quei valori che, attraverso il giudizio, è dato affermare”<sup>116</sup>.

Sotto questo profilo il nostro autore definisce la funzione della giustizia costituzionale come “intermedia”, che connotandosi per il suo carattere insieme politico e tecnico – para-legislativo e para-giurisdizionale – esplicando, cioè, un ruolo che tende a “giurisdizionalizzare” la politica nelle maglie del processo e, da un altro lato, mira a “politicizzare” la giurisdizione attraverso la natura politica degli oggetti sottoposti al suo giudizio e gli effetti delle sue pronunce.

Ancora. All'atipicità della funzione corrisponde anche un' atipicità dell'organo stesso nella sua composizione, non essendo, infatti, la Corte costituzionale un organo dotato di investitura diretta come quello legislativo, essa per struttura, durata e funzioni, tende a cumulare in sé un' ampia concentrazione di potere. La dottrina in esame fa discendere, da tali considerazioni, il problema della mancanza di legittimazione democratica della nostra Corte costituzionale, poiché, pur essendo espressione del sistema politico, deve restare necessariamente indipendente da quest'ultimo, per poter esercitare nel modo migliore le proprie funzioni. “Dove va, dunque, ricercato il fondamento di una legittimazione che consente di affidare, fuori dagli schemi della rappresentanza politica, un potere il cui esercizio è in grado di bloccare l'azione degli organi attraverso cui si esprime la volontà della maggioranza?”<sup>117</sup>.

Tale fondamento,- secondo l'autore in questione- dal punto di vista formale, deve ravvisarsi nella supremazia della costituzione espressione del potere costituente e regola fondamentale della vita sociale, sottratta alla disponibilità delle singole parti politiche. Da un punto di vista, invece, più strettamente sostanziale, il giudice delle leggi trova la sua giustificazione nella storia e nella cultura giuridica di un determinato Paese, nella giurisprudenza, nell'autorevolezza dei precedenti, nella trasparenza delle motivazioni delle sue decisioni, che devono poter trovare una rispondenza nella collettività destinataria del suo operato.

In sostanza, quindi, per tale autore, un' opinione pubblica che accetta una norma costituzionale come regola fondamentale del proprio agire all'interno di una comunità sociale, non

---

<sup>116</sup> *Ivi*, p. 15

<sup>117</sup> *Ivi*, p. 16

può, di conseguenza, non accettare anche l'azione dell'organo deputato a tutelare e rendere effettiva quella stessa norma, poiché è il popolo sovrano stesso che, con la sua adesione, rende la Corte un organo democraticamente legittimato, “almeno fino a quando tale azione si presenti in sintonia con l'idea di costituzione che la collettività avverte come necessaria ai fini della stabilità istituzionale e della convivenza pacifica”.

Altra dottrina, invece, pur rinvenendo la base della legittimazione della giustizia costituzionale nel consenso e nella fiducia che essa riscuote nei cittadini, affronta l'argomento su una base teorica differente dalle posizioni che abbiamo descritto fin d'ora, poiché definisce *in primis* lo stretto legame che intercorre tra il carattere rigido della costituzione, il consenso sociale come supporto e accettazione di tutte le istituzioni dell'ordinamento giuridico e la legittimazione dei tribunali costituzionali<sup>118</sup>. E' l'effettivo dispiegarsi della correlazione di questi elementi che fornisce la chiave di comprensione della affermazione per cui è, sostanzialmente, l'opinione pubblica e la sua adesione che giustificano un giudice costituzionale privo della legittimità democratica intesa in senso tradizionale.

Per quanto riguarda, innanzitutto, il primo degli elementi appena menzionati, la rigidità costituzionale, essa viene considerata come condizione necessaria ma non sufficiente di per sé della giustizia costituzionale. Pur non volendosi, in questa sede, affrontare il discorso relativo alla rigidità costituzionale argomentato dalla dottrina in esame, è necessario operare qualche breve precisazione per comprendere al meglio il pensiero dell'autore in esame<sup>119</sup>.

Quest'ultimo, infatti, pone l'accento sulla contrapposizione tra costituzioni flessibili e rigide, sostenendo che tale consueta distinzione, ad un esame più attento, non risulta pienamente “appagante”; per la precisione, si afferma che, sostanzialmente, anche le costituzioni flessibili ammettono un principio, quello cioè della modificabilità illimitata di una legge ad opera di legge successiva, che non è modificabile, per cui, in questo senso, è rigido<sup>120</sup>. Ciò che si vuole mettere in evidenza è, quindi, che l'identità stessa di un ordinamento presuppone un qualcosa che non muta, o meglio che persiste, pur nella mutazione, “che neppure potrebbe essere percepita come tale se non

---

<sup>118</sup> A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 2009

<sup>119</sup> “L'idea di una rigidità costituzionale acquisi, peraltro, consensi anche per effetto della sconvolgente facilità con la quale nel periodo fra le due guerre, alcuni regimi liberali o democratici furono abbattuti senza, talvolta, violare neppure le essenziali regole del sistema politico, anche se sempre attraverso la violazione di altre regole che di quelle relative al rapporto fra gli organi costituzionali integravano un presupposto. Non si tratta, dunque, di negare l'avvento di certi regimi; ma di osservare come questa illegittimità finì con l'essere coperta dal rispetto formale di alcune norme costituzionali ultime. Affiorò, allora, anche in paesi come l'Inghilterra, l'idea di un opportuno rafforzamento delle garanzie collettive attraverso costituzioni rigide, vincolanti anche nei contenuti di guisa che l'eversione di un regime libero mai più potesse avvenire senza che fosse impossibile constatarne e contestarne l'illegalità”. *Ibidem*

<sup>120</sup> “Sotto il profilo teorico difficilmente si può negare che l'idea stesso di diritto implica un limite, anche solo procedurale o che una costituzione pur flessibile deve essere rigida almeno nel principio fondamentale di flessibilità, ossia di illimitata abrogabilità della legge attraverso legge successiva, nelle procedure previste, appunto, dalla normativa precedente; perché se anche questo principio di flessibilità fosse negato, allora dovrebbe ammettersi una legge che stabilisse la propria inabrogabilità, così irrigidendo il sistema per sempre”. *Ivi*, p. 19

riferendo, all'entità che muta, un fattore di immutabilità e, dunque, di rigidità”<sup>121</sup>.

Proseguendo, poi, in questo ragionamento, si sostiene come questo fattore di immutabilità si configuri nei sistemi democratici come uno di quei limiti essenziali al potere che sono insiti nella specifica natura di questi tipi ordinamenti (si fa riferimento ad esempio alla libertà di parola, di opposizione, all'eguaglianza del voto ecc.). “Ciò vale inoltre per l'eguaglianza in generale, non essendo concepibile ed accettabile un potere della maggioranza che non vincoli anche chi di questa maggioranza fa parte; la qual cosa risulta, del resto, inverata nelle effettive dinamiche delle democrazie moderne, nelle quali l'influenza dei gruppi di interesse e di pressione talvolta può schiacciare gruppi minoritari, di guisa che i giudici, non solo peraltro nel loro sindacato di costituzionalità ma, prima ancora, nella loro capacità di imporre il rispetto di regole eguali a tutti, vengono ad essere i naturali interlocutori dei gruppi emarginati”<sup>122</sup>.

Ogni ordinamento, quindi, si fonda su limiti al suo operare che contribuiscono a creare l'equilibrio fondamentale tra le forze sociali per una serena convivenza civile; l'affermazione di un potere illimitato è infatti insostenibile.

Queste considerazioni, per l'autore, dimostrano come la rigidità costituzionale sia un elemento imprescindibile in ogni sistema giuridico, per motivi di ordine logico, storico e sociale, anche a prescindere dal modo in cui sono state intese le costituzioni effettive; ciò varrebbe anche a spiegare come si sia affermato il sindacato di costituzionalità quale strumento di tutela della rigidità costituzionale. Tuttavia, ciò detto, non vengono fornite specifiche argomentazioni circa il problema della effettiva capacità e legittimazione di un organo di tipo giurisdizionale ad assolvere un compito di tale importanza<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> “In punto di fatto, del resto, difficilmente si può negare che le c.d. costituzioni flessibili erano per lo più nate come rigide e che solo un insieme di fattori (talvolta compresa la carenza di una procedura speciale per la revisione costituzionale) ha condotto a dimenticare questa origine”. *Ibidem*

<sup>122</sup> *Ibidem*

<sup>123</sup> L'autore prospetta, inoltre, anche un altro profilo, quello, cioè, delle attuali costituzioni “lunghe”, essendo, quest'ultima caratteristica, insieme alla rigidità, un ulteriore elemento di giustificazione dell'agire della Corte. “L'idea di una costituzione rigida lunga si può ricollegare anche al contrattualismo. Gli schemi contrattualistici ipotizzano un meccanismo cooperativo tale da comportare vantaggio per tutti e per ciascuno rispetto alla «competizione selvaggia», formalizzabile addirittura in termini di teoria dei giuochi. Nelle teorizzazioni di Hobbes, Locke, Rousseau il contratto sociale è volto essenzialmente alla salvaguardia di regole minime di convivenza: ma già in questo limitato ambito contiene, *in nuce*, non pochi vincoli per il legislatore futuro. A prescindere dal pensiero di Locke, nel quale il *pactum subiectionis* nasce già limitato ed a garanzia di un preesistente *pactum unionis*, sorprendentemente, anche nel pensiero di Hobbes esso pone limiti al potere e così anche nel pensiero di Rousseau (il principio di eguaglianza, ad es., che è coesistente al legittimo imperio delle leggi). Questa idea, peraltro, di un patto ragionevole, vantaggioso per tutti e per ciascuno, può essere (ed è stata) estesa oltre la pura garanzia dell'incolumità e della libertà individuale. Certo quella contrattualistica non è l'unica via di giustificazione della rigidità costituzionale, potendo trovare questa fondamento anche in un'ottica giusnaturalistica, o in un'ottica che valorizzi un consenso sociale originario oppure effettivo, in divenire, oppure ancora che valorizzi in contenuto pedagogico, orientativo del testo costituzionale, la saggezza in esso riposta, destinata a propagarsi nella società, oppure la sua radice nella sovranità del popolo, nei momenti cruciali prevalente sul potere dell'apparato di governo, ecc. Tutte queste vie sono state sostenute. L'ottica giusnaturalistica risulta, in qualche modo, inverata nell'esperienza tedesca della costituzione come tavola di valori; ma questa ipotesi ricostruttiva presenta il rischio non solo di un'eccessiva discrezionalità giudiziaria ma ancora di una sorta di fondamentalismo costituzionale che conduce alla svalutazione della medesima costituzione scritta, a sua volta sovrastata da principi più profondi e radicali, in un'ottica nella quale acquista consistenza il rischio di una «tirannia di

Ed è proprio a questo punto che si inserisce in tale discorso l'altro elemento della relazione che dianzi si è indicato, cioè quello del consenso sociale che legittima l'ordinamento giuridico generale.

Secondo la dottrina in parola, le varie teorizzazioni sul consenso generale come fonte di un ordinamento giuridico e della sua legittimazione (a partire dal contrattualismo, al giusnaturalismo e così via)<sup>124</sup> hanno avuto, pur partendo da prospettive diverse, una destinazione comune, cioè riconducono tutte all'idea di fondo per cui il consenso “è da presupporre o da implementare con l'*auctoritas* di una corte, consenso, tuttavia, che deve a sua volta essere giustificato. Questo consenso – si aggiunge - ha rilievo sul terreno della dinamica sociale ma anche da un punto di vista dei principi, e, cioè, etico. Ove difetti, le istituzioni (e la convivenza quindi) diverranno instabili, risultamento precario di un equilibrio di forze in conflitto irriducibile”. In sostanza, l'autore parla di un consenso da intendersi frutto di un accordo sociale alla stregua cioè del contrattualismo, a cui, però, si aggiunge anche il profilo giusnaturalistico della ragionevolezza.

In altri termini, tale consenso che legittima le istituzioni pubbliche è “storicamente fondato sopravvive alle contingenze originarie nella misura in cui è razionale/ragionevole, esprime le precondizioni di un regime democratico oppure corrisponde ad un qualcosa su cui tutti consentirebbero, ove potessero prescindere dagli interessi contingenti di cui sono portatori. Vero è che il rilievo di un consenso razionale/ragionevole non esclude la necessità ed opportunità di decisioni continue, di programmi, di rimediazioni ed approfondimenti sulle ragioni medesime della convivenza. La costituzione rigida coesiste con un principio di decisione ed, in definitiva, con il principio di maggioranza, che è quello in sé più giustificato in un'ottica egualitaria, che è più neutrale rispetto agli interessi consolidati, allo *status quo*, che è il più dinamico, compatibilmente con una non strutturale incoerenza delle decisioni da prendere”<sup>125</sup>.

Queste le premesse del discorso che porta ad affrontare più nel dettaglio il problema della legittimazione della giustizia costituzionale. Come si è visto, quindi, la rigidità della costituzione è una condizione necessaria ma non sufficiente del sindacato giurisdizionale delle leggi, essendo piuttosto volta a preservare le condizioni procedurali e sociali dell'esercizio legittimo del potere di

---

valori» (Schmitt). L'idea di un consenso originario, tradizionale oppure in fieri conduce o ad una ipervalutazione del dato testuale a scapito delle effettive dinamiche sociali e dei diritti, della sovranità medesima delle generazioni future oppure, quando non si limiti a preservare conquiste ormai irrinunciabili, facendo salvi sviluppi ulteriori ed autonomi della società, conduce ad ipotizzare un ruolo demiurgico delle corti, quasi anticipatorio e direttivo. Quest'ultima linea ricostruttiva vede nella rigidità costituzionale uno strumento per favorire il consenso sociale, per integrare una società pericolosamente divisa, anche attraverso la cultura di cui essa costituzione risulta portatrice e che viene implementata dalla società aperta dei suoi interpreti. Tutto ciò sembra vicino anche all'idea di un ruolo consultivo delle corti o di mediazione sociale. L'idea poi di una contrapposizione fra sovranità diretta del popolo espressa nelle costituzioni e nei momenti costituenti e prassi quotidiana della democrazia come controllo sui governanti sembra trascurare i momenti di democrazia diretta innegabilmente presenti anche nella vita civile quotidiana e, al tempo stesso, i fattori di strutturazione inseparabili dai medesimi momenti rivoluzionari”. *Ivi*, p. 23

<sup>124</sup> Cfr. nota precedente

<sup>125</sup> *Ivi*, p. 28

maggioranza.

A tal punto sorge spontanea la domanda: “ma la difesa di queste condizioni deve essere affidata alla dialettica parlamentare, alla vigilanza delle opposizioni, oppure ai giudici e, segnatamente, ad una Corte costituzionale?”<sup>126</sup>.

La risposta a questa domanda si rinviene analizzando tutte le opzioni possibili. La dottrina in esame, infatti, riprendendo le premesse sopra esposte afferma che, innanzitutto, prima e fondamentale garanzia di un sistema democratico è il processo politico, inteso come strumento di tutela della libertà, e il rispetto del principio di legalità. Ma questo non sembra essere una condizione sufficiente, anche se necessaria, per la garanzia dei diritti; l'autore, infatti, sottolinea le aporie del sistema democratico che hanno portato, non poche volte ad una lesione dei valori/principi generalmente accettati<sup>127</sup>.

Le lesioni ai principi fondanti la società da parte del processo politico possono derivare: “come risultato non voluto dalle incoerenze del complesso sistema, che si rivelano solo in un approccio casistico di tipo giudiziario, mentre sfuggono ad una valutazione astratta, qual'è quella parlamentare, oppure da mutamenti del quadro legale o economico-sociale che rende irragionevoli decisioni che tali non erano, nel contesto originario (c.d. anacronismo legislativo); può derivare (ed è questo il caso paradigmatico) da discriminazioni volute in danno delle minoranze; può derivare anche solo dalla scarsa attenzione verso gli interessi di minoranze emarginate, scarsamente influenti in sede elettorale; può conseguire alla più effettiva influenza delle minoranze intense, rispetto alle medesime maggioranze, quando siano amorfe; od anche alla scarsa attenzione verso i risultati di lungo periodo, in un contesto nel quale l'immediata rielezione costituisce l'urgenza più avvertita, ecc.”<sup>128</sup>.

A questo punto, può essere supporto utile e, in alcuni casi, necessario, un sindacato di costituzionalità delle leggi per ovviare agli inconvenienti di cui abbiamo testé parlato. Tuttavia, l'autore pone in risalto come anche un sindacato di costituzionalità possa presentare inconvenienti, “specie perchè consente scelte (inevitabili) ad una corte senza copertura di adeguata responsabilità”. Gli “inconvenienti” ai quali l'autore si riferisce sono, essenzialmente, le eventuali prevaricazioni di competenza della Corte costituzionale nei confronti del legislativo; distorsioni queste che, secondo l'impostazione in esame, la stessa corte prova ad ovviare “privilegiando l'interpretazione del testo

---

<sup>126</sup>

*Ibidem*

<sup>127</sup>

“Un ben noto indirizzo di pensiero economico e politico, muovendo dal c.d. paradosso delle maggioranze cicliche (individuato, per la prima volta, dal Condorcet e poi riscoperto e rivisitato) tenderebbe a dimostrare la assoluta inaffidabilità delle decisioni prese a maggioranza, auspicando un generale controllo rigoroso di costituzionalità. Si tratta di esagerazioni che sottovalutano gli effetti razionalizzatori delle procedure effettive di votazione e del principio di maggioranza semplice, che conducono a risolvere il detto paradosso in un privilegio (in sé non giustificato ma tollerabile e non tale da destabilizzare globalmente la razionalità delle decisioni) in favore dello status quo. Le reali aporie del puro procedimento democratico risiedono altrove”. *Ivi*, p.31

<sup>128</sup>

*Ivi*, p.31

costituzionale seguita dal parlamento”.

In tal modo, la posizione del processo politico e della giustizia costituzionale non risultano sovrapposte ma, piuttosto, divergenti e, quindi, il loro rapporto si sviluppa in senso circolare, ovvero secondo il riparto di competenze, e non verticale, ossia gerarchicamente.

Il sistema politico viene, così, definito come simile “ad una successione di esperimenti attraverso cui il consenso lentamente diviene più ampio di quello che era prima che l'esperimento venisse effettuato. Il principio di maggioranza integra le condizioni di una legittimazione a sperimentare”<sup>129</sup>.

Il sistema giudiziario, dal canto suo, si definisce come espressione di un processo che è al tempo stesso politico e sociale e viene, metaforicamente, paragonato “agli attriti nella fisica”; infatti, il sistema giudiziario è un elemento dell'ordinamento democratico la cui forza è, in ogni caso, limitata, ma che comunque non può non esistere perché, altrimenti, “il medesimo movimento umano diverrebbe caotico”.

Concludendo, quindi, si ritiene che il problema della mancanza di legittimazione democratica della giustizia costituzionale vada prospettato in un' ottica relativa e non assoluta<sup>130</sup>, nel senso che essa si avvale di un' autorità e, quindi, di una legittimazione che si conquista giorno per giorno, attraverso appunto il consenso affidatole dalla società; tale approvazione le consente di perseguire la sua funzione essenzialmente garantista e di ovviare, quindi, quotidianamente ad eventuali prevaricazioni delle sue competenze.

---

<sup>129</sup> *Ivi*, p.32

<sup>130</sup> “Una corte proprio perché disarmata difficilmente può contrapporsi in un lungo periodo ad una maggioranza compatta, o «novella Farinata», sostenere su di sé sola il peso delle istituzioni”. *Ivi*, p. 33

#### ***4. La Corte costituzionale tra legittimazione per valori e autolegittimazione per risultati***

Nell'ambito della dottrina che stiamo esaminando non sono poche le voci che identificano la legittimazione della Corte in più di un elemento, solitamente uno “esterno” alla stessa e uno, viceversa, “interno” alla sua funzione, facendo riferimento allo scopo che la Corte è chiamata, per sua origine, ad esercitare.

Per tale motivo, viene dedicato a queste posizioni uno spazio distinto e intermedio tra chi, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, sostiene che la legittimazione della giustizia costituzionale debba rinvenirsi nel consenso sociale al suo operato (e, quindi, in un elemento “esterno” alla stessa) e chi, come si osserverà nel paragrafo successivo, in sostanza, elude il discorso in questione, ritenendo che la legittimazione della Corte sia insita nella sua delicata e specifica funzione e/o struttura.

Esemplare in tal senso è la posizione di chi sostiene la contemporanea presenza di due tipi di legittimazione dell'ordinamento e, quindi, di conseguenza del nostro tribunale costituzionale<sup>131</sup>. Tale conclusione viene assunta a seguito di un complesso ragionamento teorico che parte, se così si può dire, da molto lontano, ovvero dall'analisi dei maestri Kelsen e Schmitt e dalla loro influenza nella elaborazione dell'idea di una giustizia costituzionale nel nostro Paese.

Tralasciando questo aspetto, ciò che preme evidenziare di questa dottrina presa in esame è

---

<sup>131</sup> C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, tipografia veneziana, Roma, 1984



che l'autore vuole dimostrare che la legittimazione del potere pubblico non si fonda soltanto sulla Carta fondamentale e, quindi, anche la giustificazione dell'agire della Corte costituzionale non può essere rinvenuta solo nei valori espressi dalla Costituzione e che si ergono a principi guida dell'agire sociale nel nostro ordinamento.

Ma andiamo per gradi. Vediamo, innanzitutto, qual'è questo ulteriore elemento di legittimazione dell'ordinamento giuridico.

La Costituzione, quindi, in un sistema pluralistico, non può risolversi in un insieme di principi determinati senza lasciare alcuno spazio di indeterminazione<sup>132</sup>.

“Essa, infatti, può mantenersi efficiente, come istanza legittimante, solo a condizione di eludere richieste di definizione *a priori*”; non è possibile, cioè, che la Costituzione, frutto del compromesso tra istanze diverse e che racchiude in sé i principi e i valori fondamentali, intangibili e condivisi di una comunità che ad essa si ispira per costruire solide basi di convivenza civile, contenga in sé risposte esaustive e complete rispetto alla globalità delle mutevoli esigenze a cui la società va incontro.

“Una qualsiasi rappresentazione compiuta di sé, che non lasciasse alcun ambito di indeterminazione, e che pretendesse quindi di dare una risposta globale ed esauriente alle divergenti richieste di definizione, comporterebbe la riduzione della absolutezza del valore a mera relatività”<sup>133</sup>.

Inoltre, alla Costituzione è affidato l'arduo compito di favorire l'unificazione ideologica della comunità sociale che non potrebbe realizzarsi pienamente se la Carta fondamentale non si rappresentasse come un *quid* esterno rispetto alle ideologie, i programmi e le aspirazioni di una determinata maggioranza. Questo comporta, sul piano delle fonti dell'ordinamento, uno “iato strutturale” tra la legge e la Costituzione, nella misura in cui la seconda è norma di compromesso tra le forze che essa stessa include, mentre la prima realizza una scelta tra le possibilità che il compromesso ammette; la Costituzione, poi, esprime l'autonomia delle diverse componenti di cui è formata la società, mentre la legge rappresenta la prevalenza di una di tali componenti rispetto alle altre<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> “In un sistema pluralistico la credenza di unità in base a valore non solo non esaurisce ogni istanza di legittimità, ma per consolidarsi come fattore suppletivo di razionalità è costretta a contendere terreno a credenze opposte, che guardano alla costituzione come insieme di fini alternativi mai interamente componibili”. *Ivi*, p. 118

<sup>133</sup> *Ibidem*

<sup>134</sup> “La Costituzione è forma della convivenza, la legge è forma della forza; la Costituzione segna i confini dell'inclusione e dell'esclusione alla vita costituzionale, la legge è l'espressione di questa vita; la Costituzione è norma di compromesso mediano tra le forze che la Costituzione include, la legge è la decisione che sceglie tra le possibilità che il compromesso ammette; la Costituzione è norma che aspira a durare, a legge norma fuggevole che dipende dalle circostanze; la Costituzione è norma nella quale si esprime l'autonomia delle componenti sociali, la legge è norma che esprime la prevalenza di una parte delle componenti sociali sulle altre. Dovrebbe essere chiaro, a questo punto, che trattare la Costituzione come una legge, per quanto le si riconosca una sua particolarità di natura formale, significa trascurarne o travisarne i caratteri più profondi”. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 157

Questo iato comporta due conseguenze importanti sul piano delle fonti dell'ordinamento e, quindi, sulla costruzione della legittimazione stessa: la negazione della struttura monistico-gradualistica dell'ordinamento e, di conseguenza, la negazione del sistema diffuso di controllo costituzionale delle leggi come espressione e garanzia della supremazia della Costituzione.

Per quanto concerne la prima di queste conseguenze, lo “iato strutturale” tra legge e Costituzione comporta uno sdoppiamento dei significati della legalità, ordinaria e costituzionale, per cui la forza obbligante del diritto diventa attributo “di due idee potenzialmente configgenti, in quanto dotate di due distinti ed autonomi fondamenti giustificativi”: la forza obbligante della Costituzione e quella, distinta, della legge. La forza della legge, però, intesa sia in senso di *vis* costringitiva e sia in senso di efficacia giuridica, non è mediata da alcun onere di corrispondenza sostanziale alla Costituzione e, quindi, ciò dimostra che ci sono due diverse basi di legittimazione, tra loro in rapporto di reciproca autonomia.

“La categoria dell'obbligatorietà non è più sussumibile sotto una matrice unitaria, ma è strutturata su postulati disarmonici che riflettono una situazione di equilibrio tra due diversi tipi di razionalità e di giustificazione del potere”<sup>135</sup>.

Con questo assunto non si vuole, però, negare la validità della prospettiva di analisi di quanti considerano la rigidità costituzionale come un'istanza di giustificazione del potere legale; quest'ultima affermazione, infatti, è un'acquisizione teorica indubbia, poiché la Costituzione lunga e rigida è, sicuramente, una valida risposta delle società pluraliste ai processi di delegittimazione della politica e ha una funzione di rilegittimazione dell'intero sistema giuridico.

Ma ciò che si vuole sostenere è che una visione gradualistica del sistema delle fonti dell'ordinamento che considerasse la Costituzione come “il dominatore solitario”, ovvero come l'unico ed esaustivo fondamento di legittimazione del sistema giuridico, non potrebbe cogliere e realizzare appieno il ruolo stesso e il valore della Costituzione come fattore di legittimazione. In poche parole, la dottrina in esame sottolinea come la Costituzione non può essere considerata l'unico fattore legittimante l'ordinamento, pena uno svilimento del suo ruolo.

Ci si chiede, dunque, come possa la Costituzione sola surrogarsi pienamente “alle ormai inesistenti basi del potere”, ovvero come possa la Costituzione reintegrare il potere pubblico in quella posizione di “fondatezza *a priori*” che aveva in passato. Finché, infatti, il sistema delle fonti si reggeva su equilibri pre-istituzionali consolidati, la questione della legittimazione del potere pubblico era pressoché assorbita nella legalità; ma, nella situazione attuale, emerge l'esigenza di trovare altre forme di legittimazione e l'aver posto una fonte superiore alla legge, quale la Costituzione, non vuol dire che il sistema legale abbia di nuovo ritrovato, grazie ad un appoggio esterno, la sua originaria pienezza di senso.

---

<sup>135</sup> C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, tipografia veneziana, Roma, 1984

La Costituzione, cioè, non ha restaurato il primario ruolo della legge, bensì l'ha sottratta al dominio del valore; “il che equivale ad affermare che la legge, se per un verso è sgravata da quell'onere di fondatezza *a priori* che essa non è più in grado di sopportare, si trova per altro verso reintegrata in una posizione di relativa autonomia (ossia l'indipendenza dal valore). Se a questo punto si dice che la costituzione risponde alla istanza di legittimità agendo innanzitutto in senso apparentemente contrario alla richiesta, e cioè come momento di delegittimazione di una legge, che essa presuppone autonoma dal valore, non si fanno affermazioni paradossali, ma ci si limita a sottolineare la tortuosità dei sentieri della stabilità in una società che ha perso il dono dell'obbedienza spontanea”<sup>136</sup>.

Concludendo, quindi, il rapporto tra Costituzione e legge non è mai solo di derivazione e non si può sostenere che la prima sia penetrata compiutamente nell'ordinamento legale. Quest'ultima ipotesi, quella cioè del compimento o della saturazione del testo fondamentale nel sistema giuridico, infatti, coinciderebbe, se si verificasse, con la fine della Costituzione stessa; in tal caso, secondo l'autore si prospetterebbe una società “immaginary” nella quale non esisterebbe contrapposizione di valori e interessi, ma un unico interesse e, quindi, un'unica legittimazione<sup>137</sup>.

La simultanea presenza nel nostro ordinamento, invece, di due tipi di legittimazione comporta, inoltre, l'improponibilità del modello diffuso di sindacato delle leggi. Quest'ultimo, infatti, prevede una perfetta compenetrazione tra Costituzione e ordinamento legale, garantita dalla nullità degli atti legislativi in contrasto con il testo fondamentale, di leggi, cioè, prive del titolo per entrare nell'ordinamento legale. Inoltre, il sindacato diffuso nell'ambito di una Costituzione lunga ha come presupposto teorico l'identificazione della Carta fondamentale con un determinato assetto normativo che non configura un'attuazione diretta della stessa, quanto una riduzione della complessità costituzionale; di conseguenza, con un tipo di sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi le possibilità di una Costituzione lunga di adempiere alla sua funzione legittimante risultano vane, anzi, “legittimando un determinato assetto normativo, il giudice delle leggi finirebbe col delegittimare se stesso”.

In altri termini, il sindacato diffuso viene considerato inidoneo dal nostro autore poiché con esso mancherebbe un equilibrio tra il postulato dell'eguale prescrittività di tutte le norme costituzionali (senza la quale non può esservi alcuna giustificazione del potere attribuito al giudice delle leggi), e la necessità che la Costituzione abbia carattere trascendente (data l'impossibilità di soddisfare simultaneamente aspettative costituzionali vigenti)<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> *Ivi*, p. 124

<sup>137</sup> “Fino a che questo improbabile mondo del consenso spontaneo non sarà realizzato, e finché la costituzione, con la propria completa vittoria, non avrà decretato la propria fine di costituzione separata, il rapporto tra i due livelli di produzione giuridica continuerà ad essere di parziale, relativo trascendimento”. *Ivi*, p. 126

<sup>138</sup> “Il trascendimento, in regime di sindacato diffuso, potrebbe essere assicurato solo a costo di una vera e propria rottura formale della Costituzione, qual'è quella che conseguirebbe alla diversificazione quanto ad efficacia delle

Per comprendere meglio questa ultima asserzione la dottrina in esame analizza brevemente il settennio di sindacato diffuso della nostra Corte costituzionale (1948-56) ponendo in risalto che “la lacerazione del tessuto costituzionale” che si ebbe in quel periodo fu determinata da una serie di elementi di natura prevalentemente extraistituzionali, ma fu causata, soprattutto, dalle istituzioni stesse per la mancata previsione di meccanismi di legittimazione adeguati alla complessità del sistema di valori della Costituzione.

Infatti, la differenza tra norme precettive e norme programmatiche rappresentava un passaggio teorico obbligato in un sistema che, affermando la piena assimilabilità del testo costituzionale alla legge (essendo questo, appunto, il tratto caratteristico del sindacato diffuso), non aveva previsto nessun rimedio che non fosse la distinzione tra le varie norme costituzionali quanto ad efficacia e, quindi, “la brutale rottura dell'unità formale della Costituzione”<sup>139</sup>.

L'autore, per corroborare questi concetti riporta le parole della nota sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1956 la quale afferma precisamente che la distinzione tra norme programmatiche e precettive non è rilevante ai fini dell'illegittimità costituzionale, potendo quest'ultima anche derivare da leggi che non coincidono con le norme programmatiche; tutto ciò confermava l'esigenza, sentita dalla stessa Corte, di forme più sofisticate di legittimazione.

La Costituzione, infatti, con l'entrata in vigore del sindacato accentrato non era più direttamente applicabile e il processo di concretizzazione dei valori non era più lineare, essendo posto “il diaframma della forza di legge tra principi costituzionali e ordinamento legale, che serviva appunto a formalizzare il rapporto di separatezza e di relativa autonomia tra le due fonti giuridiche”<sup>140</sup>. In tal modo, finalmente, venne formalizzata nel nostro ordinamento l'eguale precettività di tutte le norme costituzionali, senza che i differenti valori e i vari conflitti di aspettative non direttamente componibili si riversassero tutti insieme nell'ordinamento legale<sup>141</sup>.

L'importanza storica senza precedenti della sentenza n. 1 della Corte è lampante; con essa il giudice delle leggi, consapevole della sua legittimazione, ha rafforzato il ruolo della Costituzione di

---

diverse norme e principi che essa contiene: da un lato, le norme immediatamente precettive, dall'altro quelle meramente programmatiche, che sono per definizione non vincolanti e insuscettibili di essere applicate in una sede giurisdizionale. Il che significa, per l'appunto, negare *a priori* qualsiasi istanza d'unificazione ideologica sul terreno costituzionale”. *Ivi*, p. 128

<sup>139</sup> “Scriveva Crisafulli alla vigilia del «disgelo» che la vera peculiarità della nostra Costituzione e del regime che essa presupponeva e intendeva instaurare, erano proprio le norme programmatiche, per cui scartarle dall'ambito della giuridicità normativa significava «mutilare arbitrariamente la Costituzione di una sua parte essenziale, riducendola allo schema tipico (per essa inadeguato) delle vecchie costituzioni ottocentesche». La critica dell'opera della magistratura era senza mezzi termini: essa aveva «mutilato» il patto costituzionale”. *Ibidem*

<sup>140</sup> *Ivi*, p. 129

<sup>141</sup> “Forza di legge vuol dire, infatti, sotto il profilo qui considerato, che nessun giudice, nessuna pubblica amministrazione, nessun organo investito di pubbliche funzioni, al limite nessun privato, salvo i margini ristretti entro i quali può operare l'interpretazione adeguatrice, può superare lo estremo orizzonte dell'ordinamento legale, e considerare la Costituzione normativamente già presente, e il sistema giuridico traboccante dei valori che da quella discendono. Vuol dire, in sostanza, che l'eguale precettività delle norme costituzionali non è ancora normatività on senso stretto, ma è precettività da trascendimento”. *Ivi*, p. 131

punto di riferimento di aspettative diverse e, quindi, di polo di aggregazione del pluralismo sociale che, in tal senso, funge da elemento legittimante l'intero sistema istituzionale, compreso il Parlamento.

“Il regime di Costituzione, e quindi l'assetto del sistema delle fonti, viene a determinarsi in base a un duplice processo di oggettivizzazione e di astrattizzazione che investe le norme costituzionali. Oggettivizzazione, in quanto, caduta la tesi della non vincolatività, tali norme sono tutte giuridicamente efficaci, e pronte a fungere da parametro del giudizio; astrattizzazione, poiché il diaframma della forza di legge impedisce loro di calarsi spontaneamente e di formare il basamento giuridico dello ordinamento legale. L'unità della Costituzione, in tal modo, non è l'unità analitica, che procede da una preventiva verifica delle concrete e reali attitudini del modello, ma è l'unità sintetica della rappresentazione astratta, che agisce in funzione complessivamente legittimante attraverso figurazioni di tipo anche simbolico”<sup>142</sup>.

Ciò che si presuppone come unito ha, in realtà, una sua relativa determinatezza, rappresentata dal complesso dei valori espressi dalla Costituzione. Questa unità di valori espressa dalla Costituzione non vuole, però, significare la negazione istituzionalizzata del pluralismo, ma si riconduce all'esigenza di predisporre un contesto costituzionale comprensivo e unificante allo stesso tempo. L'autore, inoltre, sottolinea questo elemento utilizzando una comparazione con il custode schmittiano; quest'ultimo, infatti, a differenza della Corte costituzionale, non ha bisogno di dimostrare il suo fondamento, essendo questo totalmente presupposto, e dovendo quindi limitarsi solo a preservare l'unità dell'ordinamento statale. La Corte, viceversa, “non può mai del tutto sottrarsi all'onere della prova”; l'unità in base ai valori non può esistere solo sul piano della mera trascendenza, né può limitarsi ad un semplice richiamo verbale, ma necessita di “orientarsi verso la realtà”, ovvero di concretizzarsi nella realtà, dimostrare una propria attitudine alla concretezza, senza di che le aspettative e le esigenze espresse nei valori costituzionali non troverebbero attuazione.

E' questa, in sostanza, la legittimazione della Corte fondata sulla credenza di razionalità rispetto al valore; una legittimazione, cioè, che impone al giudice costituzionale di confrontarsi sempre con la realtà concreta e pluralista, dominata dalla differenziazione delle aspettative e delle esigenze, facendo sì che il principio di non contraddizione o di coerenza formale sul quale poggia il postulato dell'unità della Costituzione non venga compromesso. E' questa, ancora, l'ambiguità della funzione della Corte, quella cioè di dimostrare che la Costituzione pur non essendo “attuata”, nel senso di non potersi mai esaurire, è strutturalmente predisposta all'attuazione.

L'adempimento di un simile ruolo, però, non può essere oggetto di automatismo, piuttosto si configura come un compito politico “e il cieco rigore della dogmatica servirebbe a ben poco in

---

<sup>142</sup> *Ivi*, p. 131

questo caso”. Una politica questa della Corte costituzionale che risponde a logiche squisitamente specifiche e peculiari, che differiscono totalmente, sia nella metodologia che negli obiettivi, da quelle del Parlamento.

Praticamente, cioè, la Corte ha il dovere “di cercare sempre la via dell'unificazione di un sistema delle fonti segnato da un'ineliminabile scissura: l'obiettivo dell'agire è quello di raggiungere il massimo dell'equilibrio di volta in volta consentito tra l'insuperabile separatezza del disegno, dovuta alla reale alternatività dei fini, e il suo orientamento, tuttavia necessario, alla realizzazione; una continua mediazione tra l'intrinseco carattere di trascendenza della Costituzione e il suo dover essere immanente”<sup>143</sup>. Questo equilibrio, come ci dimostra la realtà, può essere, però, facilmente falsato e, per evitare questo rischio, non esistono regole precise e definitive e gli stessi schematismi del tipo “attivismo giudiziale” o *self restraint* non servono a molto. Il primo, infatti, secondo tale impostazione, fondandosi sull'idea di una forza *a priori* del valore e su una cieca fiducia nella capacità delle ideologie di plasmare il mondo, finisce per slittare rovinosamente verso un eccesso di immanenza, giungendo alla “rimozione teorica della reale pluralità delle concezioni del mondo”; il secondo (*self restraint*), poi, basandosi sull'idea del “silenzio costituzionale” o “dell'appagamento legislativo” e di un certo distacco nei confronti del valore, è orientato, altrettanto pericolosamente, verso un eccesso di trascendenza, giungendo alla negazione dell'istanza di unificazione ideologica.

L'autore non manca di precisare come a seconda dei tempi la Corte si orienti verso un attivismo delle sentenze – leggi<sup>144</sup> oppure verso un certo disimpegno rispetto a determinate questioni; si riafferma, inoltre, come il mondo della giustizia costituzionale è, per questo, *totus politicus*. Il ruolo della Corte, così come definito sopra, è definito in modo esaustivo nel perseguire quell'equilibrio; compito, questo, così specifico e preminente che non può, per sua natura, essere contenuto entro uno schema rigidamente predeterminato.

A tal proposito, infatti, la dottrina in esame afferma come più che l'elaborazione di schemi generali di comportamento, sarebbe utile, per un “buon andamento” della giustizia costituzionale, l'approfondimento dei requisiti personali dei giudici facenti parte della Corte.

Una volta, però, valutato tali requisiti, l'elemento “fortuna”, precisa l'autore, è sicuramente indispensabile, e fortuna, in questo caso, vuol dire “il rinvenimento di un accettabile punto di equilibrio tra immanenza e trascendenza della Costituzione, dal quale dipende il consolidarsi della legittimazione del giudice delle leggi, e che è legato all'esistenza di processi storici sui quali la Costituzione stessa possa in qualche modo sintonizzarsi”<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> *Ivi*, p. 134

<sup>144</sup> G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, e S. Grassi, Società editrice il Mulino, Bologna, 1982

<sup>145</sup> Zagrebelsky riporta un passo significativo in tal senso di E.Cheli, il quale scrive che «se la Corte costituzionale si fosse trovata nella condizione storica di operare all'interno di un sistema politico omogeneo, e a fianco di apparati istituzionali funzionanti, il suo ruolo, rispetto agli sviluppi della forma di governo sarebbe risultato senz'altro

E' importante a tal punto precisare che, anche se gli scritti del Mezzanotte presi in esame in questa sede risalgono addirittura a circa trenta anni fa, molte delle sue considerazioni meritano attenta riflessione perchè possono riferirsi molto bene anche ai nostri tempi. Infatti, la breve ricostruzione del pensiero dell'autore fin qui svolta porta ad alcune significative conclusioni che, *mutatis mutandis* (ma non molto!), si rapportano facilmente alla problematica attuale dell'assetto dei rapporti della Corte costituzionale con le altre istituzioni dello Stato (in particolare Parlamento e Governo), e, quindi, di riflesso al discorso sulla sua legittimazione.

A dimostrazione di ciò il nostro autore afferma, infatti, che la giustizia costituzionale attraversa un periodo di crisi di trasformazione che si esprime innanzitutto con riguardo ai meccanismi di legittimazione. Non si può negare, dunque, che anche oggi la nostra Corte stia vivendo un periodo difficile dovuto agli attacchi che riceve da più parti e che fanno leva, in special modo, sulla sua presunta mancanza di legittimazione.

---

minore e forse marginale». La conferma, ovviamente, non può esserci, ma la sostanza del concetto va condivisa. La Fortuna, oltre all'intelligenza dei giudici, giocò, nella fase di avvio, una parte decisiva. La Corte ha saputo sfruttare con prontezza un fenomeno, nel suo genere, unico e difficilmente ripetibile, in quelle stesse proporzioni, nella storia degli avvicendamenti dei regimi politici: il perpetuarsi delle vecchie leggi sotto il vigore della costituzione nuova. Generalmente la prospettiva storica, allontanando glie venti, restituisce loro le giuste proporzioni: ma in questo caso sembra che il tempo abbia in parte offuscato il ricordo. Quando si parla oggi di quella prima fase della giurisprudenza costituzionale, si usano spesso espressioni come «svecchiamento dei codici», «potatura dei rami secchi», ecc., quasi a voler dire che, misurata rispetto al potenziale costituzionale, si trattò di un'opera subalterna: una normale attività di *routine*. Si è trattato, invece, di un fatto non solo importante in sé, ma addirittura decisivo per gli assetti istituzionali di lungo periodo. La Corte, superando le tenaci resistenze di quanti auspicavano che il sindacato sulle leggi anteriori restasse affidato ai giudici comuni, affinché continuassero ad applicare, nel caso di antinomie, il principio della *lex posterior*, ha subito intuito che quella era una miniera d'ora; guadagnarsene l'accesso avrebbe significato acquistare un sovrapprezzo di legittimazione nei confronti sia dei giudici comuni, sia del Parlamento, entrambi rei di lesa costituzione per avere, in concorso fra loro, lasciato che la questione delle leggi vecchie si trascinasse per oltre otto anni fino ad immarcidire. Da quel momento in poi, a chiunque per contrastare l'avanzata della Corte, avesse invocato i principi della democrazia e del parlamentarismo, virtualmente lesi da una troppo penetrante ingerenza di un organo di garanzia, o, in un'ottica più ideologizzata, avesse avanzato dubbi sulla vocazione autenticamente progressiva degli istituti di giustizia costituzionale, sarebbe stato assai facile obiettare, sulla base di dati di fatto inconfutabili, che le vittorie della Corte non erano altro che le vittorie della Costituzione, e che la funzione di chi è gravato dall'onere di estirpare le erbe velenose della legislazione anteriore, che ovunque infestavano il campo, non poteva essere una funzione conservatrice. L'assunzione del sindacato sulle leggi anteriori, era, in questo senso, perfettamente complementare alla ricomposizione dell'unità formale della Costituzione, conseguente alla proclamazione di precettività delle norme programmatiche. Se con questa la Corte poteva convogliare verso la Costituzione aspettative di valore di segno diverso, dimostrare che, grazie a lei, il disegno costituzionale non era puro trascendimento ideologico del reale, ma era orientato alla realizzazione. Il terreno delle leggi anteriori era indubbiamente il più adatto, perché consentiva di assumere la Costituzione sotto le sue sembianze più universali dell'opposizione al passato: insistervi voleva dire suscitare lo spirito unitario degli anni della lotta contro il fascismo; suscitare quello spirito significava a sua volta assicurare alle sentenze della Corte una plusvalenza ideologica, ossia una capacità evocativa che andava al di là della puntuale restaurazione di questa o quella garanzia formale. Fu dunque per tutto un insieme di circostanze storiche (l'inattuazione, la lunga sopravvivenza dei prodotti normativi più illiberali del passato regime, la latitanza di un potere giurisdizionale del tutto incapace di inserirsi nel nuovo mondo) che la giurisprudenza dei primi anni assunse una valenza simbolica idonea a rinvigorire le attese e a convalidare la credenza di normatività e veridicità dell'intero programma. Senza quella credenza, un disegno di unificazione ideologica limitato alla comune negazione del passato sarebbe stato di corto respiro, e comunque insufficiente a legare a sé il più alto numero di speranze. D'altra parte, senza l'imponente riserva di legittimazione unitaria, conquistata durante anni di lavoro sul solido terreno della legislazione anteriore, dove minori erano le alee di tradire aspettative, sarebbe stato difficile per la Corte affrontare il passaggio al sindacato sulla più recente legislazione repubblicana, allorché processi di secolarizzazione e di smobilitazione ideologica sempre più accentuati, intrecciati a fenomeni di crescente diversificazione degli interessi e delle aspettative, renderanno più arduo lavorare sull'idea dell'immanenza del programma costituzionale, e costringeranno la Corte a un ruolo di moderazione sempre meno legato a una prospettiva di unificazione in base a valori, e sempre più condizionato dal carattere contingente di una legislazione sperduta dietro le cure del quotidiano". *Ivi*, p.137

Ma vediamo più nel dettaglio la posizione della dottrina che stiamo esaminando e, con un po' di attenzione e occhio critico, possiamo renderci conto di come essa ci riporti molto facilmente ai nostri giorni.

L'autore sottolinea che la Corte, nonostante la crisi di cui sopra, resta comunque nella sua attività ancorata alla logica della compiutezza e comprensività, intesa come non contraddittorietà del programma costituzionale di cui essa è garante; in poche parole, la giustizia costituzionale resta ancora prevalentemente legata ad un'istanza di unità in base a valori, ma, da un altro lato, le risposte che la Corte fornisce alle questioni ad essa sottoposte sono sempre più “allo scoperto”, nel senso che manca un solido terreno di unificazione costituzionale a cui appoggiarsi. Ciò che emerge come elemento critico nell'agire della Corte è, quindi, la mancanza di un elemento che assicuri alla giurisprudenza costituzionale una “plusvalenza ideologica”, ogni sentenza sembra rappresentare solo se stessa, e “non ha più attitudine a raffigurare simbolicamente l'immanenza e la veridicità dell'intero programma costituzionale. Si può anzi dire che la situazione di totale diversificazione delle attese, e la conseguente pluralizzazione delle risposte che possono essere date, induca la stessa Corte costituzionale ad attestarsi su posizioni il meno possibile ideologizzate, e a sciogliere molte sue pronunzie da qualsiasi legame di derivazione dal programma”<sup>146</sup>.

Questo atteggiamento della Corte è sicuramente positivo nella misura in cui riflette le esigenze di mobilità e duttilità che caratterizzano la giustizia costituzionale e che ne fanno un organo capace di rispondere alle molteplici aspettative imposte dal pluralismo sociale e di dare risposte diversificate a seconda dell'evolversi della società stessa. Ma tutto ciò deve necessariamente conciliarsi con un disegno di unificazione politico-costituzionale intorno ai valori della Carta fondamentale, disegno che oggi più che mai sembra essersi smarrito, sia da parte delle istituzioni politiche e sia da parte dei cittadini stessi che esprimono sensibilmente la mancanza di un punto di riferimento del loro vivere sociale e che dovrebbe essere costituito, appunto, dalla Costituzione<sup>147</sup>.

Tutto ciò comporta, inevitabilmente, secondo la nostra dottrina, un mutamento anche nei meccanismi della legittimazione<sup>148</sup>. Accanto alla credenza di razionalità rispetto al valore si pone un

---

<sup>146</sup> *Ivi*, p. 141

<sup>147</sup> “In questo senso si può dire che, rispetto alla fase di avvio e di consolidamento degli istituti di giustizia costituzionale, si sta assistendo a un vero e proprio rovesciamento di tendenze. Se prima l'esigenza era quella di prolungare le prospettive costituzionali delle diverse pronunzie, in modo che ciascuna di esse evocasse la normatività e la determinatezza del tutto, ora l'esigenza che in più di un caso sembra prevalere è quella di abbreviarle; la stessa giurisprudenza costituzionale, come il fiume di Musil, è qualche volta costretta a trascinare i suoi argini dietro di sé”.

*Ivi*, p. 141

<sup>148</sup> “Durante gli anni del sindacato sulle leggi anteriori si era creato un rapporto di circolarità e correlazione reciproca tra il dover essere della Costituzione e le sue concrete manifestazioni, per cui ogni decisione del giudice delle leggi si poneva come derivazione dall'unità di valore e al tempo stesso consolidamento dell'idea di quella unità. Ciò favoriva il diffondersi di una metodologia di analisi della giurisprudenza in chiave puramente deontica, nel senso che la rilevanza delle sentenze tendeva ad esaurirsi nella loro sussunzione sotto il dominio del dover essere costituzionale. Una crescente legittimazione fondata sulla credenza di prescrittività e immanenza del disegno costituzionale assicurava alla



tipo di legittimazione che guarda essenzialmente al risultato e non si basa più soltanto sulla costruzione ideologica dei valori costituzionali, quanto piuttosto sulla valutazione dello scopo. Questa tendenza non compromette, però, il ruolo degli istituti di giustizia costituzionale, anzi comporta un “prolungamento dell'itinerario di legittimazione” del giudice delle leggi. In sostanza, la dicotomia unità – pluralismo, che costituisce lo schema interpretativo base delle istituzioni dello Stato, si rafforza, poiché alla crescita del pluralismo corrisponde una sorta di dilatazione dell'istanza di unità (ad es. con la crescente domanda di giustizia costituzionale); cambiando il pluralismo, si ha, di conseguenza, un riassetto generale e una diversa specificazione delle funzioni degli organi istituzionali, compresa la Corte costituzionale.

La legittimazione della Corte si fonda, quindi, non soltanto sui principi costituzionali, ma si basa su valutazioni che usano “un alfabeto completamente diverso e che impongono un riproporzionamento continuo dei parametri in virtù del risultato”<sup>149</sup>.

Le conclusioni, a cui giunge la dottrina in esame, si adattano agevolmente alla nostra situazione attuale, in particolare quando l'autore sottolinea come sia difficile oggi ottenere risposte chiare e univoche quando si parla di legittimazione della Corte costituzionale; “ancora una volta si è costretti ad usare il metodo empirico del nè-nè, perché in effetti, la linea di tendenza che sembra emergere dalle cose non è né nel senso di una reintegrazione del parlamentarismo classico, o di una democrazia non titolata, emancipata da qualsiasi sistema di valori, con una Corte costituzionale custode della razionalità delle forme, né nel senso di una restaurazione della credenza nell'assolutezza del valore”<sup>150</sup>.

La fase in cui ci troviamo attualmente è protesa a ricercare nella Corte, insieme ad una persistente istanza di unificazione ideologica intorno ai valori costituzionali, una razionalità rispetto al risultato della sua azione. Il compito della Corte, quindi, diventa più arduo, in quanto il giudice delle leggi è costretto a misurarsi con una duplice e differente legittimazione, una più strettamente valoriale e l'altra che si basa sul risultato della sua azione. Questi due elementi, combinati insieme, rendono più complicata la ricerca dell'equilibrio dell'agire della Corte a cui essa stessa deve aspirare.

La prima delle legittimazioni del tribunale costituzionale, quella che si fonda, cioè, sulla

---

giurisprudenza un approccio isomorfo al ruolo che la Corte era chiamata ad impersonare: non tanto conoscitivo quanto ideologico”. *Ivi*, p. 142

<sup>149</sup> “Non possiamo dire che si sia entrati in quella fase di responsabilità politica diffusa della Corte costituzionale, alla quale guardava con simpatia Sandulli fin dal 1958 quando parlava di un controllo diretto dell'opinione pubblica sulla giurisprudenza. Anche se quando, sempre più insistentemente, si sottolinea, dalla giurisprudenza più recente, l'aspetto preminente di moderazione e mediazione dei conflitti, si pone, in fondo, in evidenza il progressivo attenuarsi del momento ideologico-prescrittivo, basato sulla credenza di univocità del programma, e di veridicità della metodologia logico-deduttiva; e anche se i fondamenti di uno studio più disincantato del ruolo della Corte all'interno della forma di governo cominciano a delinearsi, una prospettiva di questo genere è, tutto sommato, ancora abbastanza lontana dall'orizzonte teorico della dottrina italiana”. *Ivi*, p. 144

<sup>150</sup> *Ivi*, p. 147

Costituzione, “si appaga della dimostrazione che quanto avviene nelle sfere alte della Costituzione appartiene ad un preesistente ordine ideale” che si concretizza con l'interpretazione del giudice delle leggi<sup>151</sup>; mentre la seconda delle legittimazioni, quella in base allo scopo, respinge, *a contrario*, l'idea di un ordine superiore prestabilito e punta l'accento sulla creatività della giurisprudenza costituzionale, chiamata quotidianamente a mediare tra esigenze e interessi diversi “prima ancora che compiere ricomposizioni ideologiche astratte e durature”.

E' comprensibile, quindi, che, nella difficoltà evidente di seguire adeguatamente il ritmo incalzante della quotidianità e di adattarlo alla “cadenza epocale del valore”, e nella complessità di mantenere un duplice fondamento di legittimazione, si abbiano, da parte della Corte, oscillazioni in ordine al suo comportamento che vanno “ora dal ravvivare l'idea della derivazione dall'assolutezza dei principi, ora dall'assecondare il convincimento di una sostanziale precarietà teorica e di un carattere di autosufficienza delle singole soluzioni concrete”<sup>152</sup>.

Le vicende della Corte, secondo la nostra dottrina, danno ragione, in parte, al «secondo» Kelsen, quel Kelsen che, abbandonata la propensione per un sistema di giustizia costituzionale legato alle certezze della ragione giuridica, vede il giudice delle leggi come colui che decide sui conflitti a favore dell'uno o dell'altro dei contendenti, cercando, ove possibile, una mediazione; questa visione kelseniana non basava, però, la legittimazione della Corte sui principi dello Stato di diritto, ritrovando, invece, il suo fondamento solo nel riscontro empirico dell'effettività.

Il sistema italiano, in realtà, rispecchia solo in parte questa ipotesi; sopravvive, infatti, in noi una “concorrente istanza di legittimazione che non può tollerare che sia troncata qualsiasi relazione e qualsiasi corrispondenza con un disegno superiore veramente assoluto. A Kelsen questa istanza sarebbe apparsa un'inutile complicazione, un bisogno primitivo e infantile di nascondere il reale dietro i falsi veli dell'ideologia.

Ma il limite di Kelsen stava nel non aver compreso quanto a volte tortuosi possano diventare

---

<sup>151</sup> “Ciò che è posto nella Costituzione dipende costitutivamente, cioè essenzialmente, da ciò che la precede e le dà significato: nessun grande problema che riguarda la Costituzione trova risposta in ciò che è in essa posto, ma la risposta deve cercarsi in ciò che a essa è presupposto. Pensare di spiegare integralmente la Costituzione con la Costituzione medesima è una semplice petizione di principio, un inutile mordersi la coda”. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 339

<sup>152</sup> “E' comunque certo che il fatto che la relativa emancipazione da parametri preventivamente misurabili appaia in molti casi funzionale alla conservazione della legittimazione della Corte costituzionale suona come smentita alle tesi antigiusdizionali di Carl Schmitt, secondo cui un organo dotato di indipendenza giudiziaria non può mai acquistare l'autorità e la forza necessaria a fargli assumere compiti di mediazione, ed è condannato ad attenersi al principio della previa norma, ossia ad agire soltanto quando le regole da applicare siano certe, chiare, precise e corrispondano a scelte generali che altri abbia compiuto in precedenza. Era questa la pena per contrappasso alla quale il decisionismo non poteva sottrarsi: doversi appoggiare ad alcuni postulati dell'ideologia dello Stato di diritto, assunti nella loro più rigida ed antistorica assolutezza; e, quindi, dover negare, proprio nel momento in cui constatava la crisi della legalità, e la insufficienza di questa a giustificare l'esercizio del potere, che il giudice fosse legittimato a ricercarsi una nuova e più complessa identità. Questa ricerca, invece, c'è stata, e anche se i risultati generali sono sotto più aspetti incerti e di difficile lettura, essa ha comunque eroso i due pilastri forse più importanti dell'architettura schmittiana, dimostrando non solo l'improponibilità delle tesi classiche sullo Stato di diritto, ma anche l'estraneità ai processi storici di qualsiasi concezione monopolistica della decisione”. *Ivi*, p. 149

gli itinerari della legittimazione in una società complessa”<sup>153</sup>.

##### ***5. Legittimazione funzionale e strutturale della Corte costituzionale: la negazione del problema***

Accanto alle posizioni appena esaminate, si pone, invece, chi, in chiave funzionale e strutturale, così come solleva il problema della mancanza di legittimazione democratica della giustizia costituzionale, allo stesso modo sembra quasi annullarlo, rifiutarlo addirittura, trovando nella stessa essenza di giudice costituzionale la ragion d’essere di organo non democraticamente eletto.

Si sostiene, infatti, che la funzione del giudice delle leggi è quello precipuamente di valorizzare il ruolo e le funzioni di moderazione ma anche di critica del processo decisionale svolto dalle minoranze; queste ultime, infatti, trovano nella giustizia costituzionale il massimo esponente della rappresentazione dei propri bisogni, del loro sviluppo e della tutela dei propri diritti e, senza di

---

<sup>153</sup> *Ivi*, p. 149

essa, non avrebbero, all'interno di un sistema di tipo democratico, alcun interlocutore delle proprie istanze.

Secondo tale dottrina, si deve guardare, quindi, al giudice delle leggi non come ad un semplice "custode negativo" della Costituzione, nel senso di organo che espunge dall'ordinamento giuridico le norme incostituzionali create dal legislatore, ma anche, e soprattutto, come ad un "custode attivo". Un attivismo questo da intendersi non come abuso e travalicamento di poteri che non gli spettano secondo quanto previsto dal testo costituzionale, ma, piuttosto, come svolgimento di un'attività di tutela dei principi e dei valori costituzionali, come arbitro dei conflitti che intervengono tra soggetti ed organi costituzionali e come "rettificatore" di tutto l'ordinamento giuridico e sociale considerato nel suo complesso<sup>154</sup>.

Parte di questa dottrina, che andiamo ad esaminare, respinge il problema della mancanza di legittimazione democratica della Corte costituzionale, ponendo l'attenzione sul carattere rigido della Costituzione; quest'ultima, infatti, esercitando la funzione di "correttivo del principio democratico maggioritario", ha previsto il controllo costituzionale delle leggi per garantire questo suo ruolo<sup>155</sup>.

Vediamo ora nel dettaglio il significato di queste affermazioni.

Innanzitutto, l'autore in esame compie un percorso argomentativo che inizia con la costruzione di un modello giuridico di rapporti tra lo Stato e il popolo per analizzare la funzione specifica che è stata assegnata, in questo tipo di relazioni, alla Corte costituzionale. Per lo sviluppo dei rapporti anzidetti, la dottrina in esame afferma che la Costituzione italiana del 1948 ha previsto una rappresentanza diretta del popolo, nel senso che lo Stato-soggetto agisce non solo per conto del popolo, ma anche nel suo nome<sup>156</sup>.

Dalle parole dell'autore emerge una concezione rigorosamente giuridica del fondamento democratico dello Stato contemporaneo, per cui esiste un'unica fonte di legittimazione per tutte le potestà statuali, a prescindere dalla eterogeneità delle loro funzioni; legittimazione questa che si

---

<sup>154</sup> L. MEZZETTI, M. BELLETTI, E. D'ORLANDO, E. FERIOLI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2009

<sup>155</sup> "Si ritiene che il controllo di costituzionalità delle leggi sia il naturale sviluppo di ogni ordinamento giuridico basato su una Costituzione rigida, ne sia cioè l'appendice. Ciò è tanto vero che sulla base di analoghe considerazioni, il *judicial review* si è affermato spontaneamente anche in altri sistemi giuridici e l'introduzione di sistemi di giustizia costituzionale alternativi al *judicial review*, quali quelli di matrice europea, incentrati su organi e procedure *ad hoc*, è stata caldeggiata precisamente allo scopo di contrastare la tendenza all'autoinvestitura da parte dei giudici comuni di quel potere di sindacato sulla legge". G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 331

<sup>156</sup> "La cosiddetta *contemplatio domini*, ossia la dichiarazione espressa dell'agire per altri, che caratterizzerebbe la rappresentanza *stricto sensu*, si ritrova, infatti, nella disposizione della seconda parte dell'art. 1 (...). Dalla quale si ricava, precisamente, che la sovranità è e rimane del popolo, e che lo Stato soggetto è dunque soltanto una tra le "forme" (*rectius* tra i mezzi) in cui essa viene costituzionalmente esercitata. Ciò che può considerarsi sufficiente a concretare il requisito della *contemplatio domini*, in linea generale, con riferimento, cioè, una volta per tutte, all'intera parte della potestà di governo il cui esercizio è demandato alla persona giuridica statale. Per talune manifestazioni, poi, della sovranità, esistono anche ulteriori più specifiche disposizioni, che ribadiscono tale requisito. Così, per la funzione giurisdizionale, l'art. 101, a termine del quale, 'la giustizia è amministrata in nome del popolo'; così, indirettamente, per la funzione legislativa, l'art. 67, sistematicamente inquadrato nel complesso delle disposizioni concernenti la formazione della legge (...)" G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in Esposito, Crisafulli, Paladin: tre costituzionalisti a confronto, Atti del Convegno, Padova 19-20-21 giugno 2003, p.3

caratterizza per essere giuridica e politica allo stesso tempo e che si identifica nel popolo che, attraverso una pluralità di “mezzi”, esercita costituzionalmente la propria sovranità. Le funzioni dello Stato, quindi, sono, sostanzialmente, forme dell’esercizio della sovranità popolare. “Quest’ultima non si coagula in un punto specifico, non si concentra in un soggetto determinato, ma risiede nel popolo, vale a dire nella comunità nazionale, ed acquista sembianza giuridica principalmente per il tramite dello Stato-soggetto nelle sue diverse manifestazioni funzionali”<sup>157</sup>.

Gli atti posti in essere dagli organi dello Stato-soggetto sono tutti, quindi, riconducibili agli interessi del popolo, che esercita il suo potere sovrano per realizzare «scopi propri», che non si possono identificare con quelli di nessun organo dello Stato.

Inoltre, prosegue l’autore, se lo Stato-soggetto, complessivamente, rappresenta il popolo<sup>158</sup>, la fonte primaria da cui trae origine il rapporto tra lo Stato e il popolo stesso è la Costituzione, intesa come *prius* logico-giuridico sia dell’uno che dell’altro<sup>159</sup>.

La Carta fondamentale, però, non è il prodotto della sovranità popolare, ma la condizione giuridica necessaria affinché l’autorità dello Stato-soggetto non sia più auto-fondata (secondo il modello europeo continentale vigente sino alla metà del XX secolo), bensì costituisca una modalità di attuazione del rapporto tra lo Stato e il popolo; quest’ultimo riceve la sua giuridicità da una norma costituzionale, senza la quale sarebbe soltanto un dato storico-politico esterno all’ordinamento giuridico.

La rappresentatività, inoltre, per acquisire significato, deve essere collegata, necessariamente, all’interesse generale. Quest’ultimo risulta composto da una pluralità di interessi, tutti ugualmente essenziali per la conservazione e lo sviluppo della collettività. Queste esigenze, però, verrebbero travolte, o quanto meno messe seriamente in pericolo, da una “dittatura della maggioranza” nascente dalla preminenza totalizzante della rappresentanza politica su tutte le altre forme di raccordo tra Stato-soggetto e popolo sovrano; per questo motivo, sottolinea l’autore, sono state previste forme di limitazione dello strapotere della maggioranza<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> *Ibidem*

<sup>158</sup> “La necessità della rappresentanza non nasce da una situazione di incapacità soggettiva del popolo, ma dall’impossibilità di esercizio diretto di una serie di attività, indispensabili per la conservazione della *polis*, ma puntuali e ripetitive in maniera tale da escludere radicalmente il loro diretto esercizio. Una di queste è indubbiamente la giurisdizione, che si sostanzia essenzialmente nella composizione delle controversie, nella punizione dei reati ed in tutte quelle altre attività che si ritiene debbano essere esercitate con un alto grado di imparzialità da soggetti dotati di indipendenza rafforzata e garantita”. *Ivi*

<sup>159</sup> “La disposizione che il popolo è sovrano nelle forme e nei limiti della Costituzione non significa che la Costituzione sopravvenga per porre limiti estrinseci all’esercizio di una preesistente sovranità del popolo (e che in sostanza la Costituzione neghi la sovranità popolare per affermare la propria), ma proprio all’opposto che la sovranità del popolo esiste solo nei limiti e nelle forme in cui la Costituzione la organizza, la riconosce e la rende possibile, e fin quando sia esercitata nelle forme e nei limiti del diritto. Fuori della Costituzione e del diritto non c’è la sovranità, ma l’arbitrio popolare, non c’è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e con la sua debolezza”. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Cedam, 1954.

<sup>160</sup> “Niente (...) è tanto inesatto quanto la comune affermazione che in regime democratico la maggioranza è onnipotente (...). (...) una forma di governo democratico esiste solo quando le leggi non neghino agli uomini quella indipendenza, quel valore e che quella dignità da cui traggono valore le leggi; e il popolo sovrano non sia reso schiavo

La sola esistenza di una Costituzione formale rigida, ovvero gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria, costituisce un limite al potere legislativo. La rigidità costituzionale si considera, cioè, come “correttivo al principio democratico maggioritario, che, modernamente, sta a base delle assemblee legislative, ossia del potere legislativo (soggettivamente inteso) per eccellenza<sup>161</sup>”.

La Costituzione formale è, in tal senso, anch'essa espressione del principio democratico perché promana dal popolo e, quindi, le sue disposizioni racchiudono il frutto di una volontà politica passata; “quel che, ieri, il popolo, o chi per esso ebbe a deliberare, seguita, per un tempo indefinito, a vincolare, limitandolo nelle procedure e nei contenuti, il volere attuale delle generazioni presenti e future”. Per questo motivo, la posizione che stiamo analizzando afferma che la Costituzione rigida ha sempre in sé un elemento conservatore che si rinviene nella sua funzione frenante; tuttavia, non bisogna dimenticare che quanto più una Costituzione esprime valori democratici ed è predisposta agli sviluppi e alle innovazioni sociali, tanto più la sua funzione frenante e conservatrice sarà democratica, “stabilizzando e ponendo al riparo da capricciosi mutamenti quei valori che ne stanno a fondamento”<sup>162</sup>.

Il limite derivante dalla rigidità costituzionale, quindi, si afferma *a fortiori* in tutta la sua consistenza quando è previsto dall'ordinamento giuridico un controllo sulla conformità della legge alla Costituzione e, specialmente, quando questo controllo è accentrato in un organo apposito e distinto dal legislativo. Inoltre, detto limite diventa più intenso quando alle pronunce dell'organo addetto al controllo della costituzionalità delle leggi sia riconosciuta efficacia generale, di modo che abbiano l'effetto di eliminare dal sistema la legge contrastante con la Costituzione.

Ma “gli istituti di giustizia costituzionale infrangono il dogma ottocentesco della onnipotenza della legge e, con esso, della cosiddetta sovranità delle assemblee. Costituiscono al tempo stesso un elemento perturbatore dello schema di una «democrazia pura», specie se gli organi cui spetta il sindacato sulle leggi siano privi di legittimazione democratica, perché non promananti dal popolo e sforniti di carattere rappresentativo”<sup>163</sup>.

Si afferma, infatti, che la democrazia è la giustificazione ultima anche della funzione giurisdizionale, ma quest'ultima non è soggetta, né direttamente né indirettamente, alle regole costituzionali che segnano il circuito democratico, e che prevedono la legittimazione popolare di ogni funzione politica rilevante. Non è il consenso popolare a porsi come misura di legittimazione

---

dalle leggi”. *Ibidem*

<sup>161</sup> V. CRISAFULLI, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè editore, 1985, p. 229

<sup>162</sup> *Ibidem*

<sup>163</sup> “La Corte non è organo rappresentativo, anche se per un terzo di formazione elettiva e per un altro terzo composta da giudici nominati da un organo elettivo, quale il Capo dello Stato (a sua volta però non immediatamente rappresentativo del popolo ma – che è cosa diversa – rappresentante l'unità nazionale). Vero è peraltro che se anche il sindacato di costituzionalità fosse diffuso, spettando ad ogni giudice, non per questo l'antinomia sarebbe evitata. Ma d'altronde, più in generale, non è forse l'intero sistema della giurisdizione estraneo al principio democratico? Non è forse quello dei giudici (di qualsiasi giudice) un potere privo di legittimazione democratica ed irresponsabile?”. V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Diritto e Società*, 1978

delle modalità attraverso le quali si esercita la funzione giurisdizionale, anzi, “si potrebbe dire che tale funzione sta realmente «altrove» rispetto ai luoghi in cui il consenso (ma anche il dissenso) del sovrano democratico si manifesta”<sup>164</sup>.

Inoltre, la mancanza di legittimazione democratica della Corte costituzionale, come della maggior parte degli organi di giustizia costituzionale, viene considerata dalla nostra dottrina come inevitabile, in qualche modo addirittura necessaria, al fine di “assicurare l'effettiva estraneità del controllore rispetto agli orientamenti e indirizzi del controllato ed un massimo di neutralità del giudice della legittimità costituzionale. Se le assemblee legislative e la Corte costituzionale derivassero egualmente dall'investitura popolare, e tanto più se quest'ultima fosse diretta ed esclusiva emanazione di quelle, si realizzerebbe, bensì, un alto grado di omogeneità politica e quasi un *continuum* tra i due poteri, ma a prezzo di un affievolimento del controllo che finirebbe per rassomigliare ad un autocontrollo”<sup>165</sup>.

L'apparente antinomia che caratterizza, quindi, il sistema di giustizia costituzionale si supera considerando che la Corte costituzionale rappresenta una sorta di alterazione dello schema democratico – parlamentare che è stata così prevista dai costituenti, in modo intenzionale, per seguire un preciso disegno politico<sup>166</sup>.

Questa linea di pensiero si ritrova, anche se con argomentazioni e presupposti teorici differenti, in altra dottrina, il cui pensiero si può riassumere brevemente nell' affermazione che i giudici costituzionali non sono “propaggini”<sup>167</sup>, nel senso cioè di essere ancorati e vivificati solo dal diritto e che, quindi, non possono, pena uno svilimento del loro ruolo, essere coinvolti nel circuito

---

<sup>164</sup> “L'azione della magistratura deve essere insensibile alle manifestazioni di consenso o di dissenso, anche se i giudici non operano in un vuoto politico e sociale ed è inevitabile che le loro iniziative e le loro decisioni abbiano conseguenze politiche anche di forte entità. Al di là dei diversi punti di vista possibili in merito, mi sembra da ribadire che i giudici rappresentano il popolo nell'esercizio della funzione essenziale di far rispettare le norme giuridiche e non sono assoggettati o assoggettabili a vincoli di contenuto né possono essere influenzati dalle conseguenze politiche, economiche, sociali o di altro genere che derivano o possono derivare dai loro atti. I giudici sono *uomini di regole non di fini* e le regole devono applicare, anche se qualcuno addita loro veri o presunti effetti negativi ulteriori dei loro provvedimenti”. G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in Esposito, Crisafulli, Paladin: tre costituzionalisti a confronto, Atti del Convegno, Padova 19-20-21 giugno 2003.

<sup>165</sup> “Come giustamente si osserva nella relazione della Corte tedesca, infatti, già la stessa elezione parlamentare dei giudici porta con sé il rischio di una eccessiva politicizzazione dell'organo di giustizia costituzionale; per parte mia, aggiungerei che una piena omogeneità politica tra assemblee e corti costituzionali, mentre può rappresentare un elemento positivo ai fini della pur necessaria collaborazione tra i due poteri, ha il suo lato negativo nel pericolo di un affievolimento del controllo o quanto meno di una minore credibilità (come si suol dire con brutta espressione) dell'organo chiamato ad esplicitarlo. Sicché, tutto considerato, un sistema misto come quello adottato in Italia, anche se non soddisfa puntualmente i canoni dell'ortodossia democratica, è quella che presenta i minori inconvenienti (o, se si preferisce, quello i cui inconvenienti si neutralizzano reciprocamente)”. V. CRISAFULLI, *Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, 1985, p.231

<sup>166</sup> Proprio la duttile ambiguità della nostra Corte non è affatto un suo difetto, ma rappresenta forse il maggiore dei suoi pregi. M. LUCIANI, *La Costituzionale nella forma di governo italiana*, in *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, a cura di S. BERETTA, Milano, 1989

<sup>167</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti, la Corte costituzionale e la politica*, ed. Einaudi, 2005 p. 116

democratico. La legittimazione della Corte costituzionale viene identificata, da tale autore, nella delicata e precipua funzione del nostro giudice costituzionale; per giungere a queste conclusioni è bene analizzare le varie fasi attraverso le quali si sviluppa la tesi in esame.

La Corte costituzionale è considerata come “non implicata e implicata politicamente allo stesso tempo”; questa affermazione può sembrare apparentemente contraddittoria, ma, analizzando i diversi significati della parola «politica», si comprende come in realtà sia scevra da incoerenza.

«Politica», infatti, è un termine utilizzato sia nel senso di cooperazione tra alleati (per creare convivenza e inclusione sociale, cioè amicizia per Aristotele) sia come conflitto tra avversari per la conquista del potere pubblico; di conseguenza, questa differenza comporta un'altra duplicità di concetti ad essa collegati, «convivenza» e «competizione».

Inoltre, in tale discorso, è bene precisare anche il significato del concetto di democrazia, importante per comprendere la funzione legittimante la Corte.

Affinché, infatti, possa accettarsi il governo di una maggioranza è fondamentale che la minoranza sia rassicurata sulla circostanza che, in caso di perdita delle elezioni, “non rischi conseguenze esiziali per sé”; senza questa rassicurazione le elezioni si risolverebbero in una guerra all'ultimo sangue in cui il “vincitore democratico” schiaccia la minoranza perdente e, quindi, si realizzerebbe il contrario di ciò che è la democrazia, cioè “una via pacifica e consensuale per risolvere divergenze e conflitti”<sup>168</sup>. E' da qui che si evince una delle principali funzioni della Costituzione, quella cioè di stabilire i presupposti della convivenza civile, ovvero i principi che reggono la vita sociale in una determinata comunità e le regole di esercizio del potere pubblico accettate da tutti; “principi e regole sui quali – in una parola – non si vota”<sup>169</sup>.

La Costituzione, spiega l'autore in esame, fissa il *pactum societatis*<sup>170</sup>, espressione dell'accordo sulle condizioni della vita sociale, nel rispetto reciproco che dovrebbe evitare il rischio della guerra, la negazione della politica; a seguito di questo accordo, viene poi stipulato il *pactum*

---

<sup>168</sup> “In un'ideale di società rigorosamente omogenea, composta di esseri umani identici per capacità, ideali, interessi, gusti e aspirazioni, l'adozione delle decisioni collettive potrebbe essere affidata indifferentemente – da un estremo all'altro – a un'assemblea che delibera all'unanimità o a un singolo che decide in generale, da solo e per tutti. Chi faccia parte dell'assemblea o chi sia questo solitario legislatore sarebbe, poi, del tutto indifferente; onde costoro potrebbero anche scegliersi a caso, tirarsi a sorte. Situazioni di questo genere si sono realizzate nel tempo della mitologia costituzionale classica (alludo alla *Costituzione degli Ateniesi* di Aristotele), in società che non conoscevano (o celavano piuttosto le) differenze ed erano perciò felicissime (o, più verosimilmente, infelicissime). Non è evidentemente così nelle tormentate società democratiche del nostro tempo, segnate da differenze e divisioni d'ogni genere. Qui sono oggetto della cura più attenta le procedure di selezione dei governanti, poiché esse comportano selezione di interessi, ideali e prospettive di vita collettiva. La deliberazione all'unanimità, poi, è esclusa per l'evidente ragione che l'assenza di omogeneità la renderebbe impossibile. La delega casuale a un unico soggetto, infine, è scartata per il carattere totalmente arbitrario che essa assumerebbe in una società divisa. Non resta che fare ricorso alla regola della maggioranza. Ma ciò comporta, come è stato detto, che i regimi democratici celino una proprietà della quale non si ama parlare volentieri: impongono alla minoranza di piegarsi e accettare le decisioni della maggioranza”. G. ZABREBELSKY, *La Corte in- politica*, in Quad. Cost., n.2, giugno 2005, p. 274

<sup>169</sup> “L'espressione è una citazione della *opinion* del giudice della Corte suprema americana R. Jackson, in occasione della pronuncia del 1942 sulla tutela della bandiera nazionale e la libertà di espressione”. *Ibidem*

<sup>170</sup> “La costituzione e la convivenza è un'ideale, un'esigenza che ha dietro di sé solo adesione”. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti, la Corte costituzionale e la politica*, ed. Einaudi, 2005 p. 117



*subiectionis*<sup>171</sup> che consiste nella promessa di ubbidienza reciproca e di assoggettamento spontaneo alle decisioni del governo legittimo, cioè il del potere della maggioranza che agisce seguendo le regole e i principi stabiliti nel *pactum societatis*.

A tal punto ben si comprende come le nozioni di politica indicate all'inizio (cooperazione e conflitto) si collegano strettamente l'una al *pactum societatis* e l'altra, invece, al *pactum subiectionis*; nozioni essenziali perché “l'unione senza soggezione è impotente e la soggezione senza unione è tirannica”.

Queste distinzioni puramente teoriche non sono prive di riscontro pratico, poiché, sottolinea la nostra dottrina, in un sistema democratico coloro che sono titolari del potere pubblico di governo, consapevoli anche dell'esperienza vissuta, ben comprendono che il rispetto del *pactum societatis* - ovvero della Costituzione - “di un minimo comune denominatore di omogeneità politica è la condizione indispensabile per il governo”<sup>172</sup>. Il primo compito della Costituzione, l'integrazione in questo minimo di unità, viene prima di quello, altrettanto essenziale ma secondo, di organizzare le istituzioni e i procedimenti di governo”<sup>173</sup>. Se ciò non fosse, la minoranza non potrebbe accettare come legittime le decisioni della maggioranza, infatti, in caso contrario, un eventuale conseguente conflitto si risolverebbe con il rovesciamento del governo o con il soffocamento della minoranza.

Per questo motivo, “guardando oltre l'illusione”, la Costituzione risulta essere un imprescindibile strumento di governabilità, inteso in funzione di integrazione; “ove prevale l'opinione opposta, ivi c'è incoscienza o spirito d'avventura”.

Giungiamo, dunque, dopo questo breve viaggio nei fondamenti dello Stato costituzionale al

---

<sup>171</sup> “Sulla base del *pactum societatis*, produce il governo, ha dalla sua parte la forza”. *Ibidem*

<sup>172</sup> “Le società pluraliste attuali, cioè le società segnate dalla presenza di una varietà di gruppi sociali, portatori di interessi, ideologie e progetti differenziati ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi o dominanti e quindi da fornire la base materiale della sovranità statale nel senso del passato, cioè le società dotate, nel loro insieme, di un certo grado di relativismo, assegnano alla Costituzione il compito di realizzare la condizione di possibilità della vita comune, non il compito di realizzare direttamente un progetto predeterminato di vita comune, dalla costituzione, come piattaforma di partenza che rappresenta la garanzia di legittimità per ciascuna delle parti costitutive della società, può iniziare la competizione per imprimere concretamente allo Stato un indirizzo di un segno o di un altro, nell'ambito delle possibilità offerte dal compromesso costituzionale. Questa è la condizione delle costituzioni democratiche nel tempo del pluralismo. In questa condizione, vi è stato chi ha ritenuto possibile sostituire, nella funzione ordinante, la sovranità dello Stato (e ciò che di esclusivo, semplificante, orientante essa di per sé conteneva) con la sovranità della Costituzione. La sovranità della Costituzione può essere una novità piena di significato, purché non si pensi che il risultato sia dello stesso tipo di un tempo, cioè la creazione di un nuovo centro di emanazione di forza concreta, causa sufficiente della unità politica statale. L'assunzione del pluralismo nelle forme di una costituzione democratica è semplicemente una proposta di soluzioni e di coesistenze possibili, cioè un compromesso delle possibilità, non un progetto rigidamente ordinante che possa essere assunto come un a priori della politica dotato di forza propria, dall'alto al basso. Solo a questa condizione, possiamo avere costituzioni aperte, che permettono, entro i limiti costituzionali, sia la spontaneità della vita sociale che la competizione per l'assunzione della direzione politica, entrambe condizioni della sopravvivenza di una società pluralista e democratica. Non è la costituzione ma la politica costituzionale, che deriverà dalle aggregazioni e dagli spostamenti del pluralismo, potrà determinare gli esiti costituzionali storicamente concreti”.

G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 1992, p.9

<sup>173</sup> “Ogni uomo politico democratico che si preoccupi della cosiddetta governabilità, cioè (contro l'uso corrente del termine, che lo riferisce al governante) delle condizioni che rendono la società suscettibile di essere governata, è consapevole che il mantenimento delle condizioni di omogeneità costituzionale, cioè il rispetto della Costituzione e, ancor prima, la fiducia nell'altrui lealtà costituzionale sono la principale di queste condizioni”. *Ivi*, p. 276

nostro specifico oggetto d'esame, la Corte costituzionale e la sua legittimazione funzionale.

La funzione della Corte, quindi, non è, ma, soprattutto, non deve essere, quella di un organo della politica intesa come conflitto, come lo sono il Parlamento, il Governo, i partiti; l'autore, riportandosi alla sua personale esperienza come giudice costituzionale, sostiene, infatti, che la Corte è, e deve essere, (e qui il discorso fa riferimento ai concetti di descrizione che si intreccia con la prescrizione, l'essere con il dover essere, la constatazione con l'esigenza, la realtà con l'apparenza) organo della politica nel primo senso.

La Corte non è stata istituita per far sì che i conflitti, che sono connaturati alle funzioni delle istituzioni politiche, proseguano anche all'interno degli organi di giustizia costituzionale; questi ultimi, infatti, sono nati come custodi del *pactum societatis* a garanzia, cioè, dei valori e dei principi a cui è informata la vita comune della collettività.

L'autore fa poi riferimento alla circostanza che la Corte nei suoi giudizi esprime degli indirizzi, chiarendo che non si tratta di esercitare una funzione simile a quella di governo o di una maggioranza parlamentare, specificando, inoltre, che ogni causa è a sé stante e non esiste e non può esistere una maggioranza precostituita alle singole decisioni né la possibilità di formulare indirizzi generali che richiedano attuazione<sup>174</sup>.

Quando si sente parlare di politica giudiziaria è solo in senso retrospettivo come una sorta di bilancio fatto *a posteriori* di un'attività che non è soggetta in alcun modo a programmi precostituiti<sup>175</sup>. Certo la mancanza di indirizzi precostituiti non configura una discontinuità delle decisioni giurisprudenziali e ciò trova conferma nella continuità ai valori della Costituzione che costituisce una delle linee guida dell'attività dei giudici della Corte; infatti, nell'elaborazione delle sue decisioni, la Corte si avvale di una altissima considerazione garantita al precedente, da cui non

---

<sup>174</sup> “Si è pensato che la chiave di un chiarimento possa trovarsi nella distinzione ragione – passione. Le Corti sarebbero – meglio: dovrebbero essere – «aristocrazie del sapere», chiamate ad arginare la tendenza della democrazia a degenerare in demagogia e a fissare un punto fermo per il razionale sviluppo della società attuale, come isola della ragione nel caos delle opinioni. Si è detto anche che le Corti sarebbero avanguardie morali, qualche cosa di simile a Mosè secolari, che traggono il popolo dal deserto per condurlo alla terra promessa della vita costituzionale. Ascoltando proposizioni come queste, i giudici costituzionali si ritraggono perplessi, fiutando un certo sarcasmo. Essi conoscono la passione, non inferiore a quella di una delibera parlamentare, che entra nelle loro discussioni e non sono così sprovvisti da disprezzare quanto di razionalità e moralità c'è nella procedure parlamentari. Ma, soprattutto, si rendono conto che questa legittimazione per eccellenza, quasi teologica, travolgerebbe ogni distinzione- le Corti, si è detto con ironia, potrebbero aspirare al ruolo di super-legislatori semplicemente perché sono super. A parte tutto, questo modo di pensare non è quello della distinzione dei poteri, ma quello dell'indistinzione e della prepotenza dell'uno sull'altro”. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti, Corti costituzionali e diritti universali*, Einaudi, 2005

<sup>175</sup> “In Parlamento, invece, esiste una maggioranza che deve durare in funzione di un programma. Se si divide, venendo meno la continuità d'azione, non ha più ragione di esistere. Perciò, in un organo parlamentare è normale che le decisioni siano prese sempre dalla stessa maggioranza fino a quando una maggioranza diversa non sostituisca la precedente. Presso la Corte non è così. Le decisioni si prendono giorno per giorno e in relazione a ogni singola questione. Nella medesima giornata, le aggregazioni da cui scaturiscono le decisioni sono le più variabili. In Parlamento, la minoranza accetta di essere tale, in attesa di qualche ribaltamento elettorale, per diventare a sua volta maggioranza. Ma qui? Pensate che ci siano giudici che accetterebbero di restare a far parte di un organo alla formazione del cui indirizzo sono stabilmente, magari per l'intero mandato, esclusi? O che accetterebbero di non contare nulla fino a un'eventuale ma non certo prevedibile mutamento di equilibri interni? Del resto, se presso la Corte esistesse un indirizzo politico, non sarebbe naturale che il Presidente ne fosse l'espressione e il garante? Ma è notorio che il criterio primo che ne determina l'elezione è l'anzianità: non la politica, dunque, ma la natura”. *Ivi*, p. 280

prescinde mai.

L'agire della Corte è improntata alla salvaguardia della “stabilità del principio giuridico e la prevedibilità della sua applicazione”, sancendo così il suo “carattere di organo che «dice», non che «crea» il diritto” e che è sempre attento ai cambiamenti della società che caratterizza la giurisprudenza “vivente” della giustizia costituzionale.

Per tali ragioni la Corte viene definita come «omeostasi»<sup>176</sup>, capace, cioè, di mantenere un equilibrio stabile, grazie a un insieme di processi di regolazione e controregolazione che agiscono ogniqualvolta si verifica una variazione delle condizioni esterne. La Corte, inoltre, “è il frutto congiunto sia di ragioni giuridiche che di atteggiamenti spirituali e motivi psicologici. Le une hanno influito sugli altri e viceversa”<sup>177</sup>.

Tale equilibrio, delicato e molto labile, garantito sia dai giudici che compongono la Corte, che dalla maggioranza legislatrice, si trova, soprattutto, nel bisogno diffuso di dare certezza e applicazione al *pactum societatis*, alla Costituzione, come “presupposto per una pacifica e costruttiva vita comune”.

Dopo queste brevi premesse, si può facilmente capire il significato dell'espressione citata all'inizio secondo cui i giudici non sono «propaggini», nel senso, cioè, che non sono legati all'immediato concreto, a differenza, appunto, delle propaggini. E' in questo concetto che, sostanzialmente, si racchiude il pensiero della dottrina in esame, circa la non problematicità della mancanza di legittimazione democratica della giustizia costituzionale.

Più nel dettaglio, il ruolo dei giudici costituzionali risiede nel diritto, in qualcosa cioè di astratto dalla quotidianità e dalla immediatezza dei fatti della vita sociale, “con ciò che in essi portano in sé di grezzo, occasionale, arbitrario e prepotente”<sup>178</sup>.

Ritornando al concetto iniziale di democrazia, l'autore in esame spiega come la giustizia costituzionale non fa parte di questo circuito; infatti, in questo tipo di governo, esiste una forza immateriale più potente di quella fisica e che punta non sul corpo, bensì sull'anima; tale forza si identifica con la pressione esercitata dal numero, dall'investitura popolare, “dall'aspettativa conformistica dell'opinione corrente che si crede, per ciò solo, titolare di sacri diritti”<sup>179</sup>. Ai giudici non appartiene questa forza, anzi, e qui si sottolinea l'impossibilità di una legittimazione della Corte che si fonda sul consenso popolare, se si appellassero al consenso popolare, non solo verrebbero

---

<sup>176</sup> Capacità di un organismo o di un insieme di organismi di mantenere in un relativo equilibrio stabile le caratteristiche del proprio ambiente interno.

<sup>177</sup> G. ZABREBELSKY, *La Corte in- politica*, in Quad. Cost., n.2, giugno 2005, p. 282

<sup>178</sup> “Il diritto costituzionale, in quanto diritto, è affinamento, stabilità, ponderatezza ed equilibrio tra i fattori principali della vita sociale e politica. Per essere tale, non può fondarsi sulla forza contingente, quella che pretende di prevalere qui e ora, per il solo fatto di esistere. Anzi, il senso del diritto e della costituzione è precisamente il contrario, impedire il bruto predominio”. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti, la Corte costituzionale e la politica*, ed. Einaudi, 2005 p. 116

<sup>179</sup> *Ibidem*

meno alla loro funzione ma “si farebbero adescare da una sirena che li porterebbe al disastro”<sup>180</sup>.

“C'è in tutto questo un evidente paradosso: ciò che è fondamentale, e dovrebbe perciò essere più forte, è privo di difese contro ciò che è derivato. Ciò che deve essere contenuto è materialmente più forte di ciò che lo contiene. Ecco il rischio di diventare propaggini, in conseguenza della forza e, in democrazia, della forza della democrazia, il numero. Contro questa forza, i giudici hanno da contrapporre solo la forza delle ragioni giuridiche”<sup>181</sup>.

Inoltre, in un regime democratico sono previste istituzioni quali il popolo con le sue organizzazioni, i partiti, il Parlamento titolare della funzione legislativa, il governo, che trasforma in decisioni operative ciò che ha stabilito il Parlamento e, infine, i mezzi di comunicazione che danno forza espressiva alle opinioni pubbliche ma, soprattutto, “incanalano e spremono dal popolo gli umori di cui è capace”, dando impulso alla macchina della democrazia, con tutto ciò che di autentico o di falso c'è in essa. Il *deus ex machina*, in tal caso, è la maggioranza.

Nel contesto democratico appena delineato non possono farvi parte, secondo questa impostazione teorica, i tribunali costituzionali; anzi, si sostiene addirittura che le istituzioni giudiziarie non fanno parte delle istituzioni della democrazia. Quando, infatti, si parla di Repubblica, evidenzia l'autore, è necessario intenderla nel significato di *res publica*, come designazione, cioè, della «cosa» oggetto del governo, una «cosa» di tutti, e, se si intende a sua volta la democrazia come modalità di governo della «cosa» di tutti, l'espressione «repubblica democratica» assume un valore pieno<sup>182</sup>.

La democrazia, infatti, rischia di diventare il regime delle fazioni; una parte cioè della società, la maggioranza per l'appunto, può impadronirsi della “cosa comune” e farne “cosa propria”. La giustizia costituzionale nasce per proteggere la repubblica, e per questo motivo limita la democrazia, preservandone il carattere di specificazione della repubblica; in tal senso la funzione

---

<sup>180</sup> “«Non seguirai la maggioranza per agire male», è il monito divino che già agli inizi (Es. 23.2) è dato ai giudici che non tradiscono il loro compito”. *Ivi*, p.118

<sup>181</sup> *Ibidem*

<sup>182</sup> “La Costituzione italiana definisce l'Italia una repubblica democratica. Molti Paesi hanno Costituzioni che contengono la medesima espressione. La giustizia costituzionale è una funzione della repubblica, non della democrazia. Le Corti possono sembrare ospiti sgraditi in casa d'altri, la democrazia; sono padroni di casa in casa propria, la repubblica. Ma la casa è una sola: la repubblica democratica. Secondo la concezione sette-ottocentesca, repubblica indica una forma di governo opposta alla monarchia. Secondo la concezione originaria, invece, essa ha un significato più profondo e comprensivo. Riferiamoci alla definizione classica. Nel *De Republica* di Cicerone (I, XXV) leggiamo: «La Repubblica, - disse l'Africano - è ciò che appartiene al popolo. Ma non è popolo qualsiasi moltitudine di uomini riuniti in modo qualunque, bensì una società organizzata fondata sulla base del legittimo consenso e sull'utilità comune». Un punto chiaro è che la *res publica* è la *res totius populi*. E, se è cosa di tutto il popolo, non può essere di nessuna parte, nemmeno della maggioranza. Inoltre, la *utilitatis communio* implica una certa spersonalizzazione delle cose politiche. Lo spirito repubblicano, nel senso originario, si oppone a ogni visione personale del potere ed è indipendente dal tipo di governo. Vi può essere una repubblica quando il governo appartiene a un re, a un gruppo di ottimati, a tutti i cittadini. Ciò che importa è che il potere non sia esercitato nell'interesse particolare di chi ne dispone. Onde non è strano che un regime monarchico possa dirsi repubblicano, quando il monarca, il *summus magistratus* a differenza del despota, opera per il popolo tutto intero. Repubblica è un termine di genere che indica una concezione della vita collettiva; la democrazia è una specificazione che riguarda la concezione del governo”. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi editore, Torino, 2009, p. 332

della Corte costituzionale è una funzione repubblicana<sup>183</sup>.

“In questa definizione di poche parole c'è tutta la sua importanza e la sua dignità e non c'è nessuna ragione di arrampicarsi sugli specchi per cercare a ogni costo di assegnarle un'innaturale natura democratica, di cui essa non ha alcun bisogno, che ha anzi da temere”<sup>184</sup>.

Questo significa, sostanzialmente, che le istituzioni giudiziarie non sono antidemocratiche, piuttosto vuol dire che sono limiti e garanzie previste contro lo strapotere e le degenerazioni della maggioranza, per cui, di conseguenza logica, non possono far parte della democrazia. La funzione, ancora, della Corte è in senso antimaggioritario, poiché, limitando la quantità della democrazia, ne preserva la qualità, “per evitare che si trasformi in regime cieco del mero numero che può tutto ciò che vuole, che travolge i diritti, uguaglianza e principi di giustizia proclamati per tutti dalla Costituzione e, così facendo, alla fine, distrugge i presupposti di se stessa e instaura i presupposti di una qualche autocrazia. Possiamo perciò dire che la giustizia costituzionale non fa parte della democrazia ma serve alla democrazia”<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> “La fondazione repubblicana della giustizia costituzionale ci riconduce alla questione della mutua rilevanza delle giurisprudenze costituzionali. Il mondo giuridico odierno, in molti campi, va affrancandosi vistosamente dal territorio, lo spazio circondato da confini cui il diritto pubblico occidentale ha per secoli assegnato il compito di specificare le collettività umane, i loro governi e i loro sistemi giuridici. Questo elemento dello Stato ha rappresentato per secoli la dimensione in cui i fatti sociali assumevano senso e valore e, di conseguenza, la dimensione delle loro ripercussioni giuridiche. Ciò che accadeva fuori o era indifferente, o se non lo era, interveniva il diritto internazionale. Esso superava i confini ma, essendo la sua matrice pur sempre statale – territoriale, nel superarli, li ribadiva come presupposti. La *res publica* stava in queste frontiere. Oggi non è più così. Le dimensioni si sono allargate. La terra appartiene ai viventi o, forse, i viventi appartengono alla terra: terra, comunque, non più territori. La sovranità di un tempo è cambiata in interdipendenza o dipendenza. Il controllo di molti fattori condizionanti la nostra esistenza ci sfugge. Atti ed evenienze di natura politica, economica, tecnologia in altre parti del mondo condizionano direttamente il patrimonio dei beni costituzionali nazionali. Eppure, essi sono sottoposti alla giustizia costituzionale del Paese dove si verificano, in quanto cause, e le conseguenze restano senza controllo. D'altro lato, i nostri principi costituzionali, nell'essenziale, hanno portata universale: la dignità, l'uguaglianza e i diritti umani, la pace, la giustizia, ecc. la loro violazione rileva, innanzitutto da un punto di vista morale, in qualunque luogo della terra essa avvenga. Eppure, essa cade sotto la giurisdizione delle Corti nazionali. C'è un evidente incongruenza di proporzioni. E' naturale, quando i beni costituzionali diventano interdipendenti e indivisibili, che le giustizie costituzionali di ogni livello aspirino a integrarsi, se non in una forma istituzionale soprannazionale cosmopolitica, che non è alle viste e forse non lo sarà mai, almeno in contesti deliberativi comunicanti. L'interazione non potrà non portare, prima o poi, a una certa convergenza di risultati”.

*Ivi*, p.334

<sup>184</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti, la Corte costituzionale e la politica*, ed. Einaudi, 2005 p. 116

<sup>185</sup> *Ibidem*

### III CAPITOLO

#### Il ruolo del giudice delle leggi e la sua legittimazione

##### *1. Alcune premesse di carattere generale*

Alla luce delle riflessioni svolte fin qui sulla legittimazione della Corte costituzionale, un dato comune sembra emergere nell'analisi delle varie e diverse teorie prese in considerazione; questo elemento riguarda la funzione del giudice costituzionale, o, per meglio dire, l'influenza che, inevitabilmente, il ruolo del tribunale costituzionale, in quanto giurisdizione di legittimità costituzionale delle leggi, ha sul fondamento della legittimazione della sua attività, qualunque esso sia (il consenso sociale, la funzione di tutela della Costituzione, il sistema valoriale della Carta fondamentale, ecc.).

Al di là, quindi, dei vari modi di interpretare la legittimazione della giustizia costituzionale, sembra opportuno una breve riflessione critica anche sul ruolo che, oggettivamente e attualmente, assume il giudice costituzionale (e, perché no, anche la giurisdizione in generale, intesa come funzione<sup>186</sup> dello Stato) nel nostro ordinamento.

---

<sup>186</sup> “In linea generale, si può definire funzione una serie di attività, senza le quali non è possibile la sussistenza dell'intero ordinamento inteso come istituzione. Il vantaggio di questa definizione di funzione dello Stato (ma si potrebbe parlare, nello stesso significato, di funzione anche con riferimento ad enti diversi dallo Stato) è quello di non disperdere l'attenzione in una miriade di classificazioni e sottoclassificazioni, come avviene se, ad esempio, si prendono come criteri orientativi gli organi e i soggetti che pongono in essere gli atti (funzioni parlamentare, presidenziale, governativa, referendaria ecc.) oppure i procedimenti (funzione legislativa, regolamentare, di controllo politico, decidente, ecc.) e di non ripercorrere la via della tradizionale tripartizione funzionale (legislativa, amministrativa, giurisdizionale), figlia della teoria classica della separazione dei poteri, ed oggi inadeguata per vari motivi. Innanzitutto per il contrasto insanabile tra i criteri formale e sostanziale che porta a divisioni ingiustificate o ad unificazioni arbitrarie (esempio: la funzione regolamentare si accorpa con quella legislativa o con quella amministrativa?), e poi per l'intrinseca inconsistenza di alcune determinazioni funzionali (esempio: la funzione amministrativa viene individuata con un criterio residuale, che fa rientrare nel suo alveo tutte le attività non classificabili come legislative o giurisdizionali). I limiti e le aporie della classificazione tradizionale (legislativa, amministrativa, giurisdizionale) non sono superabili neppure se si introducono, al suo interno, correttivi mirati a dare ragione di sconfinamenti, duplicazioni e attribuzioni fuori quadro di funzioni specifiche, non spiegabili nei termini della teoria semplificata della corrispondenza assoluta tra funzione e potere tipici. L'attenuazione del rigore della corrispondenza, con l'osservazione che negli ordinamenti concreti ogni potere esercita prevalentemente una funzione e marginalmente altre funzioni astrattamente attribuibili a poteri diversi, non solo porta a complicate e farraginose catalogazioni di interferenze

Il contesto culturale contemporaneo, negli ordinamenti democratici attuali, è segnato, infatti, da quello che viene comunemente definito come il «paradigma ideale» della giustizia, ovvero “il riconoscimento integrale della personalità di ciascuno che, per la sua natura obiettiva implica necessariamente un superamento della coscienza particolare o egoistica”<sup>187</sup>.

Inoltre, a livello più semplicemente procedurale, la scelta per il bene comune viene avvertita come giusta dalla comunità sociale quando le pretese di tutti sono state in modo imparziale vagliate prima della decisione legislativa; allo stesso modo, quindi, la sentenza è percepita come giusta quando è supportata da principi di interpretazione e da valutazioni correnti nella pratica, mentre, *a contrario*, è subita come ingiusta se è il frutto della individualità o della soggettività del giudice che l'ha emessa.

In altre parole, allora, la giustizia, in senso ampio, “è un supporto dell'operare quotidiano del politico, del legislatore, del giudice; essa non è deduzione razionale da un concetto universalmente stabilito, sul quale la controversia definitoria è destinata a non avere mai fine, ma , più modestamente, equilibrata soluzione di situazioni controverse, sia sotto il profilo di contrastanti pretese rivolte al legislatore da individui e gruppi diversi, sia sotto quello della concreta allocazione dei beni e dei diritti richiesta, in caso di disaccordo, al giudice”<sup>188</sup>.

In tale contesto, dunque, le oscillazioni e, a volte, anche le contraddizioni e le “oscurità” della giurisprudenza di legittimità costituzionale, vanno considerate come un riflesso di caratteri analoghi della legislazione, e non solo il frutto della disorganicità del processo giudiziario di elaborazione della sentenza e della sua incapacità di prevedere gli effetti futuri delle singole decisioni; queste ultime, infatti, “appartengono in modo organico e necessario alla società contemporanea”, nel senso che la giustizia non può essere una funzione di appannaggio esclusivo del legislatore, ma deve riguardare tutti i poteri dello Stato e tutte le strutture di governo, anche non statali, data l'impossibilità delle norme generali e astratte di racchiudere in sé tutte le risposte alle molteplici e diversificate istanze di protezione giuridica provenienti dalla società, che spesso non sono identificabili in anticipo e, quindi, richiedono una forma di tutela basata su “norme concepite per essere suscettibili di successive implementazioni in sede applicativa”.

Infatti, la diversità degli interessi e dei bisogni della società pluralista non può restare

---

funzionali, ritenute eccezioni alla regola giustificate da motivazioni particolari, ma presuppone tuttavia una definizione materiale di ciascuna funzione e costituisce pertanto solo un tentativo di fornire una versione elastica del principio di separazione dei poteri, mediante un adattamento empirico delle categorie tradizionali. Se però una teoria ha bisogno di adattamenti empirici, i casi sono due: o la teoria è sbagliata ed andrebbe sostituita con un'altra, oppure il campo abbracciato dalla teoria stessa è troppo vasto ed eterogeneo per essere ricompreso in essa. Nel nostro caso sembrano ricorrere entrambe le ipotesi. Da una parte non è più sostenibile una teoria della separazione dei poteri fondata sulla tripartizione classica, per l'estrema varietà e molteplicità delle figure tradizionali e funzionali degli ordinamenti moderni, dall'altra l'individuazione delle singole funzioni finisce per creare raggruppamenti di attività eterogenee, non suscettibili di una comune definizione, se non a prezzo di forzature teoriche e classificatorie”. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1997, p. 16

<sup>187</sup> *Ivi*, p.3

<sup>188</sup> *Ibidem*

materia di dibattito culturale, ma deve necessariamente trovare posto nella produzione legislativa che, chiaramente, non può riflettere le aspettative di tutela di una sola parte della società dominante, “sospingendo fuori dal circuito della protezione giuridica istanze e pretese non maggioritarie. La differenziazione delle leggi, non solo quanto al loro oggetto, ma anche e soprattutto quanto alle diverse e spesso contrastanti *rationes* che le animano, genera il doppio effetto dell'aumento numerico e della crescente complicazione delle discipline e mette il giudice in una posizione di maggiore soggezione formale alle norme positive, ma , nello stesso tempo, di maggiore libertà sostanziale dell'atto di decidere”<sup>189</sup>.

Il «politeismo dei valori» delle società contemporanee e le numerose funzioni dell'ordinamento statale comportano l'abbandono di punti di riferimento predefiniti e assoluti, sia per quanto riguarda la tutela sostanziale degli interessi e delle esigenze della società e sia per quanto concerne l'individuazione di funzioni e poteri degli organi dotati di pubblico potere. In questo nuovo contesto, la giustizia formale, intesa come applicazione imparziale della norma positiva, è rafforzata di continuo dalla giustizia sostanziale, che impone al giudice di orientarsi tra le potenziali e differenti scelte valoriali sottese all'interpretazione della norma stessa.

Il giudice, infatti, soprattutto quello costituzionale e non solo, è sovente privo di quel filo conduttore del rapporto inclusione/esclusione tipico dello Stato liberale monoclasse, e, d'altro canto, però, non gli è consentito produrre diritto per sopperire alle mancanze legislative. In sostanza, la presenza della Costituzione impedisce al giudice, nel suo agire, di essere indifferente ai valori e ai principi cui è informata la vita sociale, non permettendogli, inoltre, di essere libero “di rifarsi a particolari concezioni di giustizia nell'opera di integrazione dello schema normativo”.

Per quanto riguarda più da vicino il giudice costituzionale, la prevalenza della fedeltà alla Costituzione, rispetto alla legge, tipica degli ordinamenti che prevedono una Costituzione rigida, se da una parte aumenta il suo raggio d'azione che, in tal modo, non è più ristretto nei limiti angusti della giustizia formale, da un altro lato, però, limita la sua discrezionalità, non consentendogli “qualsiasi scelta nel momento della concretizzazione della norma generale e astratta, ma solo quelle scelte che appaiono orientate verso i fini stabiliti dalla Costituzione”<sup>190</sup>; inoltre, se il compito del giudice costituzionale si limitasse soltanto a constatare la compatibilità della propria scelta integratrice rispetto ad una norma costituzionale sostanziale, il ruolo della giustizia costituzionale si sostanzierebbe in un semplice dovere di verifica della mancanza di contrasto tra una fonte primaria

---

<sup>189</sup> “Il carattere non omogeneo dell'ordinamento e delle norme, lontane ormai dall'armonicità razionalistica postulata dall'illuminismo e talvolta ancor oggi anacronisticamente invocata, fa vacillare uno dei capisaldi della distinzione tra la funzione giudiziaria e le altre funzioni dello Stato, in quanto introduce nell'ambito dell'attività giudiziaria quel concetto di scopo, che si riteneva esclusivo della legislazione e dell'amministrazione, a differenza della giurisdizione cui spetterebbe soltanto l'applicazione delle norme ai casi concreti e quindi il perseguimento degli scopi in esse incorporati”. *Ivi*, p. 6

<sup>190</sup> *Ivi*, p.8



e un'altra (la Costituzione, appunto) ancora più elevata.

In realtà, la funzione precipua della giustizia costituzionale è nel senso di operare una di sintesi dei valori, “dalla quale è possibile dedurre la teologia adeguata alla situazione specifica oggetto del giudizio”. La Costituzione, infatti, non è un semplice contenitore di norme isolate, e quando si parla di essa, si fa riferimento al suo “spirito”, che, nella società dei nostri giorni, si identifica con il pluralismo sociale<sup>191</sup>.

L'evoluzione dei diritti fondamentali offre spunti significativi in proposito, poiché il progressivo perfezionamento della tutela dei diritti già esplicitamente previsti dalla Carta fondamentale e l'individuazione, attraverso la giurisprudenza, di “nuovi” diritti, sono il risultato della pressione della richiesta sociale di giustizia sul linguaggio costituzionale e sulle decisioni dei giudici chiamati a tutelare e garantire la Costituzione. “Il giudice non deve essere agnostico in materia di valori-fini dell'ordinamento e non può quindi informare il suo operato esclusivamente alla razionalità rispetto allo scopo prefissato dalla norma; e ciò per due motivi fondamentali: a) lo scopo della norma deve essere inteso alla luce dei principi di giustizia paradigmatici di quel momento storico; b) lo scopo non è sempre *dato*, ma deve spesso essere *costruito* dallo stesso giudice, per sintesi di più scopi costituzionalmente indicati”<sup>192</sup>.

In questo contesto, fondamentale per il giudice costituzionale risulta essere il perseguimento di un equilibrio che, però, non può ritrovarsi solo nella Costituzione, la quale si limita a fornire gli strumenti per realizzarlo a ciascuna delle istituzioni dello Stato, senza attribuire a nessuna di esse il controllo generale ed esclusivo del sistema.

E quando si lamenta un travalicamento delle funzioni del giudice costituzionale che sconfinava nel campo riservato al legislatore, si deve tener comunque ben presente che se fosse consentito ai giudici di contribuire alla creazione del diritto si vivrebbe, come diceva Montesquieu, “in una società senza sapere quali impegni vi si contraggono”, viceversa, se fosse permesso al legislatore o al governo di giudicare, i cittadini subirebbero una giurisdizione non imparziale, in quanto condizionata dall'interesse politico dell'uno o dell'altro<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> Così come le costituzioni monarchiche coincidevano con il monismo sociale e culturale, dal quale discendeva la subordinazione del giudice alla volontà dominante della maggioranza. Inoltre, “la contrapposizione tra giustizia statica, consistente nella trasformazione dell'ordine esistente, non corrisponde più alla contrapposizione tra diritto positivo e diritto naturale e neppure alla diversità di funzioni del legislatore e del giudice. Le costituzioni occidentali del secondo dopoguerra non mirano soltanto a conservare i rapporti esistenti nella società civile, ma sono manifestamente protese alla trasformazione della società entro le coordinate essenziali della libertà e dell'eguaglianza. Ogni atto di giudizio, in tale contesto ordinamentale, è atto di innovazione oltre che di tutela e l'ideale di giustizia si incarna nei singoli paradigmi di giustizia ricavabili dai principi costituzionali positivi”. *Ibidem*

<sup>192</sup> *Ibidem*

<sup>193</sup> “Lo schema teorico dell'illumismo, invece, è molto coerente. Il giudice può solo applicare una legge chiara e non bisognosa di interpretazioni e può conoscere, nel processo, la verità oggettiva dei fatti: per questi motivi il potere giudiziario è «invisibile e nullo». La nullità del giudice, che implica la sua completa neutralizzazione politica, è necessaria perché la legge, frutto di una deliberazione politica di maggioranza, e perciò originariamente frutto di parzialità, acquisti il carattere di imparzialità nel momento dell'applicazione. Consentire al giudice un'interpretazione soggettiva della legge significherebbe introdurre elementi di contraddizione all'interno del sistema e renderebbe

Si sostiene, infatti, che, negli ordinamenti attuali, non sia più possibile parlare di separazione dei poteri, ma solo di “ordine articolato di compiti”<sup>194</sup>; quest'ultimo assunto altro non vuol dire che è venuta meno l'attualità e la vigenza del principio di separazione dei poteri classicamente inteso, il quale “mantiene la sua essenzialità per salvaguardare il carattere, ad un tempo, liberale e democratico di un ordinamento”, non essendo, però, più utile per indicare una tripartizione oggettiva delle funzioni sottostante e conseguente alla tripartizione soggettiva dei poteri.

Le tre funzioni dello Stato, dunque – normazione, attuazione, controllo – sono distribuiti tra i vari organi pubblici in modo tale che non si verifichi mai una coincidenza, allo stesso tempo e in capo allo stesso soggetto, di una funzione produttiva della norma con una di attuazione e di controllo della sua applicazione. In altre parole, non si evince più al giorno d'oggi l'esistenza di funzioni pubbliche “ricavate dalla proiezione, sul piano oggettivo dei procedimenti e degli atti, né si può andare avanti a via di eccezioni sempre più numerose, che non confermano le regole, ma le sommergono”<sup>195</sup>.

Inoltre, l'opinione comune vede il giudice, e quindi la sua funzione, come un soggetto che, posto tra due parti in contestazione, sentite le ragioni di entrambe, emette una decisione imparziale rispetto ad eventuali interessi propri e che si limita ad una obiettiva applicazione della norma al caso concreto. In realtà questa concezione risulta ormai superata, come superati sono il puro legalismo, inteso come applicazione della legge qualunque essa sia, e l'obiettività dell'accertamento, nel senso di identificazione della verità dei fatti e vera interpretazione; il primo, infatti, è stato “capovolto” dalla realtà dello Stato contemporaneo, il quale premette i principi costituzionali superiori alle leggi

---

necessaria l'introduzione di meccanismi di controllo politico dell'operato della magistratura. L'arbitrio che si vuole evitare negando al legislatore ed al governo la potestà di giudicare ricomparirebbe in forma aggravata, se si producessero nell'ordinamento una miriade di decisioni giudiziarie non omogenee con l'indirizzo del legislatore e, per di più, del tutto incontrollabili. La sterilizzazione politica dei giudici non ne indebolisce il ruolo all'interno del modello illuministico: al contrario, la forza del potere giudiziario consiste proprio nell'essere una *auctoritas* non-politica. Dalla non politicità del giudice provengono: a) l'assoluta imparzialità delle decisioni giudiziarie; b) la possibilità di concepire la totale oggettivazione delle norme. Ben presto ci si accorse dell'impossibilità di attuare nella pratica questo schema, per l'insopprimibile necessità di interpretare le disposizioni normative, e si finì per percorrere una strada alternativa a quella del modello montesquieuiano: il controllo politico della magistratura. In un primo momento, l'intento di preservare nello stesso tempo la supremazia assoluta della legge e l'indipendenza dei magistrati si tradusse nell'istituto del *rèfère législatif*, previsto dalla Costituzione francese del 1791, secondo il quale il potere di interpretare un testo non chiaro, quando vi fosse il conflitto tra giudici diversi, era rimesso all'Assemblea legislativa, per tagliare in radice la possibilità di una funzione creativa, *lato sensu* politica, della magistratura. Il divieto fatto ai giudici di interpretare i testi legislativi oscuri, e la conseguente riconduzione nell'ambito dell'attività legislativa del potere interpretativo, se da una parte sembrano preservare la purezza del modello classico di separazione dei poteri, in quanto inibiscono al giudice un'attività sostanzialmente normativa, riservata, in quel modello, al legislatore, da un altro punto di vista appaiono violazioni del principio di specializzazione funzionale, che pur'esso apparentemente risolta dalla trasformazione dell'originale *Tribunal de cassation*, suprema magistratura dello Stato *ètabli auprès di Corps législatif* (secondo il decreto 27 novembre 1790, coerente al ricordato principio dell'appartenenza al legislativo del potere interpretativo della legge), in Corte di cassazione, organo giudiziario in senso moderno, in seguito alla legge 1° aprile 1837, antesignana del modello di organizzazione del sistema giurisdizionale nell'Europa continentale. Restava irrisolto il problema del criterio da seguire nel riparto delle attribuzioni tra i poteri dello Stato, dal momento che non sembravano sostenibili le due tesi estreme dell'autosufficienza della legge ai fini dell'applicazione pratica e del libero potere creativo dei giudici”. *Ivi*, p.14

<sup>194</sup>

G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, III ed.

<sup>195</sup>

G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1979

ordinarie, mentre il secondo (l'obiettività dell'accertamento) è stato superato dalla presa di coscienza dell'inevitabilità del momento creativo nell'applicazione del diritto.

La cultura giuridica dei nostri giorni, nelle moderne democrazie occidentali, individua la posizione del giudice all'interno dell'intero complesso ordinamentale, nella sua funzione arbitrale imparziale tra le due parti in contrasto, senza però evidenziare la natura sostanziale dell'attività da lui posta in essere. Dal punto di vista logico – giuridico, questo tipo di visione del ruolo del giudice, abbastanza comune, si riflette, di conseguenza, nella concezione che identifica la specificità della giurisdizione soltanto nella posizione di terzietà del giudice. Il giudice, cioè, secondo quanto detto, è tale se si pone come terzo disinteressato tra le due parti in conflitto con lo scopo di decidere sul conflitto medesimo.

Affinché, inoltre, questa posizione di terzietà sia effettiva e non virtuale è necessario che siano sempre distinti il soggetto che giudica sulla controversia in questione, e il soggetto che sollecita l'azione giudiziaria.

Riflettendo, però, su queste ultime considerazioni emerge una mancanza di attenzione rispetto all'attività effettiva del giudice, mentre si concentra l'attenzione solo sulla posizione reciproca dei soggetti coinvolti nell'attività giudiziaria, ovvero il giudice e le parti in causa; questo schema triadico sta accentuando sempre più una tendenza attuale consistente in una sorta di spostamento della funzione arbitrale del giudice verso territori dell'amministrazione dove, più che alla realizzazione dell'interesse pubblico distinto e sovrastante rispetto a quello soggettivo – individuale, si persegue l'osservanza oggettiva di regole poste dalla pubblica autorità per disciplinare e comporre interessi contrastanti di individui e gruppi<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> La funzione arbitrale e decisoria del giudice, che si collega strettamente alla sua terzietà, si ritrova, in tempi recenti, nella posizione e nelle attribuzioni di organi non giurisdizionali, ma sostanzialmente amministrativi, agenti però secondo moduli procedurali e con tecniche di allocazione delle tutele molto simili a quelle usate tradizionalmente dalla giurisdizione: le c.d. autorità amministrative indipendenti. Quest'ultime possono definirsi come corpi amministrativi dotati di particolari competenze tecniche, conati per la cura di settori sensibili e teleologicamente orientati, a seconda dei casi, a neutralizzare la gestione politica della vita economica e a recuperare un'azione realmente imparziale e tecnicamente adeguata per la tutela dei diritti individuali. Tali autorità, non sono un istituto, ma un fenomeno giuridico. Non si tratti di enti e organi creati dal legislatore in esecuzione di un preciso disegno e in adesione ad un dato modello, bensì di istituzioni concepite sulla spinta di un'esigenza di autonomia e imparzialità, diversamente atteggiata a seconda del momento politico e delle caratteristiche operative necessarie, tanto da legittimare il dubbio che in realtà ci troviamo davanti più che ad una figura organizzativa ben delineata, “ad una nebulosa voglia di neutralizzazione dell'intervento pubblico in alcuni fenomeni delicati della vita sociale”. Le ragioni strutturali del proliferare di centri di regolazione di interessi e di distribuzione di tutele pubbliche posti in posizione di indipendenza verso il potere politico e spesso caratterizzati da modalità di azione basate sul confronto di posizioni configgenti e sulla garanzia obiettiva dell'applicazione di regole ad alcune attività, vanno cercate, in alcuni settori della finanza privata, nell'abbandono del modello finalistico dell'intervento pubblico in favore di un modello istituzionale, volto ad assicurare il rispetto, nel mercato, di *standards* oggettivi, necessari per garantire la solvibilità, la trasparenza e la concorrenza. Nelle attività più rilevanti sul piano sociale, e non solo su quello economico-finanziario, si registra una forte spinta verso l'imparzialità, seguita alla caduta del mito statalista e dirigista dell'economia e della società, che attribuiva allo Stato e agli enti pubblici in prima persona la titolarità di poteri di trasformazione sociale e quindi la gestione di attività economiche e produttive; d'altra parte, l'operatività dei principi di eguaglianza e democrazia implica l'attivazione di forme efficaci di controllo, affinché il mercato, lasciato del tutto privo di ogni regolamentazione, non determini squilibri sociali e posizioni dominanti negative per la generalità dei consociati. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, terza edizione, Giuffrè editore, Milano, 2004; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*,

In ogni caso, al di là di quest'ultima tendenza, “la crisi della generalità della legge, la consapevolezza che essa costituisce il più delle volte una decisione parziale sospinta da un gruppo di pressione o, al massimo, un compromesso momentaneo tra forze parlamentari portatrici di interessi settoriali, hanno indirizzato l'attenzione e le aspettative verso decisori imparziali, che possono essere i giudici, organi indipendenti per eccellenza, o altre autorità procedenti secondo schemi para – giurisdizionali e dotate di indipendenza, verso il potere politico, visto ormai come il regno della parzialità e dell'arbitrio”<sup>197</sup>.

L'indipendenza, quindi, non va interpretata solo come una garanzia di maggiore tutela che deriva dalla sottrazione di interessi e aspettative giuridicamente tutelati dall'influsso della politica; in questo senso, essa rappresenta un modo di intendere il rapporto tra pubblico e privato basato sull'idea della conquista del potere, anche in forme democratiche, in seguito alla decisione politica di maggioranza. A questa idea, invece, si tende a sostituire la convinzione che, nel sistema costituzionale complessivamente inteso, vi sia una “costellazione di diritti fondamentali” tutelati da norme costituzionali dotate di forti potenzialità generative, che devono essere applicati da organi indipendenti e che non possono essere né costruiti né negati dall'autorità pubblica.

“L'attuale dottrina dello Stato costituzionale si presenta come un capovolgimento della teoria politica hebbesiana, interamente costruttivistica, e segna limiti molto rigorosi alla politica, che viene a perdere le sue antiche capacità innovative (*politica rivoluzionaria*) e, nello stesso tempo, le sue corrispondenti capacità distruttive (*politica reazionaria*)”<sup>198</sup>. Gli ordinamenti pluralisti contemporanei vivono cercando continuamente di conservare un equilibrio nei rapporti tra le forze politiche e, nel perseguimento di questo obiettivo, il compromesso politico può non essere sufficiente a definire le linee di assestamento tra gli interessi in conflitto tutelati costituzionalmente.

La Costituzione, inoltre, non è più di prerogativa unica del legislatore o, per meglio dire, del circuito parlamento – governo, ma è la sua tutela e attuazione è diventato l'obiettivo di tutte le istituzioni, tra le quali spiccano quelle che godono di un alto tasso di neutralità, “per la loro maggiore idoneità ad esprimere l'ideologia della dislocazione *data* delle risorse, da riconoscersi nel caso concreto mediante attività di accertamento a basso contenuto creativo”<sup>199</sup>.

Il pericolo, poi, che possano prevalere idee irrazionali di neutralizzazione tali da far rivivere ideologie tecnocratiche e conservatrici, si lega al rischio opposto, quello cioè che il primato della politica rafforzi ideologie di dominio non compatibili con il sistema democratico – pluralistico degli ordinamenti contemporanei. Non è importante, infatti, cercare di evitare i rischi della estremizzazione di qualunque modello teorico, quanto piuttosto rendersi conto che, negli

---

Giuffrè, Milano, 1979; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 1995

<sup>197</sup> G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1979

<sup>198</sup> *Ivi*, p. 25

<sup>199</sup> *Ivi*, p. 25

ordinamenti contemporanei, la relatività delle determinazioni funzionali e dei corrispondenti poteri va di pari passo alla relativizzazione dei valori e dei principi, anch'essi in un equilibrio precario e suscettibile di riformulazioni.

Lo stesso sistema politico si trova, non di rado, a trasformare, a causa di proprie dinamiche interne, i conflitti politici in conflitti giuridici, soprattutto per quanto riguarda la giustizia costituzionale; in tal modo, si tende ad ingigantire la figura del giudice a scapito di quella del legislatore.

A tal punto, bisogna precisare che il giudice, non solo quello costituzionale, è sicuramente, per definizione, quel soggetto istituzionale a cui è garantita una posizione di indipendenza e a cui è affidata una funzione, quella giurisdizionale, che, per sua natura, richiede di essere sottratta al dominio della politica; questa affermazione, anche se non esaustiva, può comunque essere un punto di partenza sicuro nell'affrontare le continue dispute sui confini “naturali” del giudice costituzionale, e quindi sui suoi presunti sconfinamenti nel campo del legislativo, che vanno sempre valutati alla luce del sistema concreto di attribuzioni, frutto di una sedimentazione storica di scelte politiche.

Riportando per un attimo il discorso nuovamente sul principio di separazione dei poteri, è necessario ribadire che “una recezione astratta ed ideologica del principio suddetto tenderebbe a costruire l'immagine del giudice puro applicatore della legge al caso concreto, privo di discrezionalità nel giudicare, legato al testo della legge, quasi fosse possibile estrarre dalle disposizioni contenute negli atti normativi significati univoci, soluzioni precostituite dei conflitti, interpretazioni esatte”<sup>200</sup>. Ovviamente è questo un mito ormai del tutto screditato, ma, anche se l'immagine della giurisdizione come meccanica applicazione delle previsioni legislative, risulta obsoleta, non è, tuttavia, inutile chiedersi in che posizione si trovi nel rapporto con le altre funzioni dello Stato.

Innanzitutto, si deve osservare che né l'attività creativa, né quella interpretativa delle norme possono considerarsi come di esclusivo appannaggio del legislatore o del giudice<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> *Ibidem*

<sup>201</sup> Nel sistema kelseniano, la distinzione fondamentale tra *legis latio* e *legis executio* si inserisce nella costruzione a gradi dell'ordinamento, al cui interno “i tribunali applicano le norme giuridiche generali in modo da statuire norme individuali”, le quali costituiscono “uno stadio di transizione di quel processo che, iniziato con lo statuire la costituzione, attraverso la legislazione e la consuetudine conduce alla sentenza giudiziaria e, da questa, all'esecuzione della sanzione”H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, ed. it. a cura di M. G. Losano, Torino, 1966. Il valore unificante, sul piano della ricostruzione torica, della dottrina kelseniana si può individuare nella “relatività e reciproca convertibilità dei concetti di norma e fattispecie” . V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 251. “Anche nell'orizzonte teorico della dottrina pura del diritto, non si può fare a meno di riconoscere che la validità di una norma singolare (decisione del giudice) non è implicita nella validità della norma generale (legge), alla quale corrisponde, in quanto tra la validità della norma generale e la validità della corrispondente norma individuale si deve inserire un atto di volontà, di cui la norma individuale è il senso e quindi tra norma generale e norma individuale non esiste un rapporto diretto, ma solo un rapporto indiretto, mediato dall'atto di volontà, di cui la norma individuale è il senso. Questa fondamentale intuizione di Kelsen, che supera la concezione dell'ordinamento come catena di deduzioni logiche dal generale al particolare, rischia di fondare un irrazionalismo totale, perché porta alla conclusione che le regole

“L'applicazione giudiziale della legge implica di necessità la divaricazione tra un ordinamento giuridico ideale ed un ordinamento giuridico reale, i cui rapporti sono valutabili in termini storici, di maggiore o minore convergenza, o in termini istituzionali, di tenuta del sistema, che tollera contraddizioni tra livelli diversi dell'ordinamento solo se queste sono marginali”<sup>202</sup>.

La *interpositio iudicis* tra norme e vita reale della società non è solo funzionale all'esigenza meramente tecnica di trovare la norma idonea a disciplinare il caso concreto, né si limita alla semplice esplicitazione delle potenzialità intrinseche della norma da applicare, ma rappresenta un momento essenziale “di statuizione creativa e incondizionata dalle regole valide, ogni qualvolta l'applicazione delle norme sia demandata ad un'autorità giurisdizionale”<sup>203</sup>.

Gli ordinamenti moderni, inoltre, sono tutti esposti alle conseguenze pratiche del “circolo vizioso” che si crea per la convergenza, in capo al giudice, della duplice esigenza di indipendenza e di far sì che le controversie siano chiuse il prima possibile con una decisione inappellabile.

“Nella tenaglia di questi due principi il valore di verità sembra essere destinato ad essere stritolato o, quanto meno, fortemente compresso”. Ciò che bisogna tener presente è che non esistono rimedi certi e sempre validi per evitare sentenze “ingiuste”; “si tratta del prezzo che deve pagare ogni ordinamento” per mantenere un certo equilibrio tra le aspettative di decisioni imparziali e giuste delle controversie, e la pratica utilità della giurisdizione.

D'altro canto, però, l'espressione “prezzo da pagare”, forse un po' troppo forte, vuole indicare semplicemente che non esiste una soluzione teorica ottimale e definitiva al problema

---

ermeneutiche non sono strumenti della logica giuridica ma soltanto i paraventi dietro cui si celano gli atti di volontà del giudice”. G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 49

<sup>202</sup> Si tratta di una prospettiva diversa sia dal realismo giuridico americano, che risolve il diritto interamente nelle decisioni giudiziarie, con la conseguenza che la cognizione dell'ordinamento si ottiene con tecniche, più o meno raffinate, di previsione delle sentenze dei giudici, sia dalla dottrina del diritto vivente, accolta dalla Corte costituzionale italiana allo scopo di focalizzare il giudizio di legittimità sulla norma prodotta dall'interpretazione giudiziaria prevalente – che costituisce pertanto l'unico modo di essere della norma, ad esclusione di tutte le altre possibili ricostruzioni, che perdono rilevanza ai fini del processo costituzionale –, con l'effetto di far cadere eventualmente il testo per il solo fatto che esso è interpretato prevalentemente in senso contrario alla Costituzione e di estendere in tal modo il controllo di legittimità costituzionale sulla più vasta area possibile”. G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 49

<sup>203</sup> “Questa considerazione induce a qualche riflessione sul significato generale dell'art. 101, 2° comma, Cost. it. («I giudici sono soggetti soltanto alla legge»), che trova corrispondenza in altre Costituzioni (es., art. 97, § 1, Cost. tedesca, art. 117.1, Cost. spagnola). La dipendenza dalla legge non può essere effettivamente ottenuta predisponendo procedure infinite di riesame delle pronunce giurisdizionali, per renderle conformi alle norme giuridiche generali. Ciò sarebbe in contrasto sia con l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, considerata comunemente alla base dell'intangibilità dei giudicati, sia con l'esigenza che quel rapporto particolare, regolato dalla sentenza giudiziaria, trovi la sua disciplina nell'atto di un'autorità imparziale ed indipendente. In altre parole, la conformità sostanziale delle pronunce di giudici alla legge non può essere perseguita sino a sacrificare gli interessi fondamentali che portano l'ordinamento a predisporre il sistema giurisdizionale: la salvaguardia dei diritti e la soluzione delle controversie attuata in una sfera separata e indipendente dal potere politico. Protrarre all'infinito l'auto – controllo giurisdizionale delle decisioni significherebbe di fatto negare protezione ai diritti e lasciare a parte le controversie, con grave danno degli stessi interessi giuridicamente protetti; d'altra parte, ammettere un intervento correttivo esterno al sistema giurisdizionale equivarrebbe a negare in radice il nucleo irrinunciabile dell'attività giurisdizionale, consistente nella posizione di speciale indipendenza degli organi giudiziari, garantita in primo luogo dall'intangibilità delle sentenze da parte dei poteri non giudiziari, assurda ormai, per esplicita affermazione della Corte costituzionale, a dignità di principio fondamentale”. *Ivi*, p.51

dell'equilibrio di cui sopra; ciò che si può perseguire sono rimedi pratici parziali. Inoltre, “la necessità di prendere coscienza della inevitabilità teorica della sentenza ingiusta serve a sgombrare il campo dalle polemiche pretestuose di quanti prendono le mosse da rilevate false applicazioni del diritto, per giungere alla conseguenza che bisogna riunificare in modo più saldo i poteri nel vincolo della sovranità, seppur popolare, senza accorgersi, o fingendo di non accorgersi, che, se il rischio della non-conformità delle sentenze alle norme è implicito nello stesso passaggio dal generale- astratto al particolare-concreto, come lo stesso Kelsen ha lucidamente riconosciuto, il pericolo della decisione ingiusta permane qualunque sia la natura dell'autorità che si pronuncia per ultima, ragion per cui, a rigore, l'unico modo per evitarlo sarebbe l'eliminazione dell'istituto del giudicato”<sup>204</sup>.

Concludendo, quindi, queste brevi riflessioni sulla problematicità che comporta, nelle moderne società contemporanee, la figura del giudice in generale, si evince che l'azione giudiziaria non può essere ispirata ad una finalizzazione immediata e non può nemmeno essere condizionata dall'esigenza di conservare la stabilità dell'ordinamento; tuttavia, il giudice non può non tener conto che la regole di diritto da applicare nel giudizio è comunque la “cristallizzazione più o meno instabile di una stabilità”, ispirando la sua azione alla riproduzione di quell'equilibrio di valori e interessi che ha dato vita alla norma giuridica, in quanto compatibile con la Costituzione. In sostanza, cioè, la ricerca del significato della disposizione normativa e la sua concretizzazione non possono comportare un'alterazione dell'equilibrio raggiunto dal legislatore per effetto di una scelta politica, anche se l'evoluzione della realtà fa assumere a quell'equilibrio volti sempre nuovi e diversi dalla formulazione originaria.

Insomma, la funzione del giudice va ricercata sempre sul piano concreto – istituzionale, e non su quello funzionale – astratto.

## ***2. La “ricostruzione” del ruolo del giudice delle leggi***

Le brevi considerazioni svolte nel paragrafo precedente forniscono un valido aiuto per comprendere le idee di fondo che sono alla base della funzione giurisdizionale nei moderni sistemi democratici occidentali e delle problematiche ad essa connesse. Le stesse osservazioni valgono anche rispetto alla giustizia costituzionale e, quindi, alla funzione da questa assolta e alla sua legittimazione.

---

<sup>204</sup>

*Ivi*, p.52

L'attività interpretativa delle norme costituzionali rientra, infatti, nel concetto stesso di giurisdizione, ragion per cui si può affermare che l'attività ermeneutica, intesa non solo come semplice metodo interpretativo puramente testuale ma come un complesso processo di tipo argomentativo - reso necessario dai contenuti normativi (principi e valori) delle costituzioni moderne e dal ruolo marginale che rispetto ad essi gioca la "dogmatica"- rientra nelle competenze specifiche tanto del giudice ordinario quanto di quello costituzionale.

Più precisamente, se è vero, dunque, che le norme costituzionali costituiscono un canone interpretativo sia per la giurisdizione ordinaria che per la Corte costituzionale, allora possiamo sostenere che "la Corte mostra di non considerarsi affatto la detentrica monopolista dell'interpretazione costituzionale, ritenendo viceversa che spetti anzitutto al giudice ordinario il compito di interpretare la Costituzione utilizzandola come fonte dell'ordinamento, dotata della stessa «produttività» normativa delle fonti (ferma restando la superiorità gerarchica delle sue norme rispetto alle altre) si fissano così due punti essenziali: anzitutto che non c'è separazione tra l'ordine costituzionale e l'ordine legislativo, né tra gli interpreti del primo e gli interpreti del secondo; in secondo luogo, che la collaborazione tra la Corte costituzionale e i giudici ordinari intercorre tra due soggetti che si distinguono per i loro specifici compiti, non per la diversa natura della rispettiva funzione. Entrambi sono interpreti del diritto (quale sia la fonte che lo produce), restando però alla Corte il compito esclusivo di rimuovere le disposizioni di legge che impediscono al giudice di svolgere il suo compito, cioè di risolvere il caso giuridico concreto"<sup>205</sup>.

Chiarito ciò, vediamo ora più nel dettaglio la funzione del giudice delle leggi.

A tal fine è utile una ulteriore e importante premessa che riguarda il significato, intimo e profondo, del diritto, senza del quale è impossibile comprendere la funzione del giudice costituzionale e la natura della sua legittimazione.

Più nel dettaglio, vediamo, come affermato in precedenza, che, nell'opinione comune dei giuristi e dei "profani" del mondo giuridico, è prevalente una concezione del diritto come insieme di norme di condotta poste dal legislatore nell'ambito della sua esclusiva funzione di legiferare; mentre, si ritiene che la giurisdizione sia semplicemente un'attività logico - deduttiva di applicazione meccanica della norma regolatrice al caso concreto, secondo lo schema del c.d. sillogismo pratico - normativo<sup>206</sup>.

Questa idea di fondo corrisponde alla concezione secondo cui il diritto è un fatto e non un valore e, quindi, si sostiene una sostanziale separazione del diritto dalla morale, si respinge ogni presupposto metafisico dell'azione giudiziaria e si rifiuta il carattere cognitivo della giurisprudenza; un modo di vedere il diritto che sicuramente non corrisponde alla realtà odierna.

---

<sup>205</sup>

R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, G. Giappichelli editore, Torino, 2009, p. 44

<sup>206</sup>

G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009



Questo tipo di concezioni “aspirano a collocare l'interpretazione del diritto in una dimensione obiettiva, con la nascosta aspirazione, risalente ai secoli XVII e XVIII, a una giurisprudenza formalizzata, in grado di competere in esattezza con le scienze teoretiche, la matematica e la geometria, soprattutto: il diritto come «geometria sociale»! Gottfried W. Leibniz mirava a una giurisprudenza *more geometrico demonstrata*, paragonandola a un *egregium opus architectonicum*. Il suo obiettivo erano leggi valide di per sé che, come nella matematica due più due fa quattro anche se non c'è niente da contare, valessero di verità propria, anche se non c'è niente da giudicare”<sup>207</sup>.

Se, però, da un altro lato si ammette che l'esperienza giuridica non è solo meccanica applicazione della legge e che, viceversa, consiste anche nella concretizzazione di sfere di valutazioni su cui la legge non ha signoria, allora si conclude che quelle sfere ricadono nel dominio della volontà soggettiva<sup>208</sup>. Nell'esperienza pratica del diritto, infatti, il lavoro fondamentale e che causa maggiore sforzo è quello di determinare ciò che sta “intorno alla legge”, in quel “luogo” cioè dove si trovano concezioni e convinzioni che riguardano le relazioni sociali in cui la legge è collocata e da cui dipende; la determinazione di ciò non è il risultato di uno scontro di volontà soggettive di arbitri, ma si compone della onesta ricerca “di una sostanza che non è nella legge ma, ciò non di meno, non dipende da opinioni soggettive e, quindi, non è il tentativo di prevaricazione della volontà degli uni su quella degli altri, necessariamente in nome della forza”<sup>209</sup>; inoltre, tali affermazioni trovano conforto nella considerazione che “ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto. Per questo, i grandi problemi del diritto non stanno mai nelle costituzioni, nei codici, nelle leggi, nelle decisioni dei giudici o in altri simili espressioni di diritto positivo con le quali i giuristi hanno a che fare né mai lì hanno trovato la loro soluzione”<sup>210</sup>.

Per comprendere, quindi, il significato profondo del diritto e, di conseguenza, la funzione di chi è chiamato a tutelarlo e applicarlo, cioè il giudice, non bisogna porre l'attenzione solo verso la

---

<sup>207</sup> Zagrebelsky sottolinea ancora queste interpretazioni del diritto, riportando un passo del *De cive* di T. HOBBS, il quale scriveva che se i filosofi morali, di cui i giuristi di allora facevano parte, “avessero compiuto i loro studi con esito altrettanto felice quanto la geometria...l'ingegno umano avrebbe potuto contribuire meglio alla propria felicità in questa vita, e che se si conoscessero con ugual certezza le regole delle azioni umane come si conoscono quelle delle grandezze in geometria, sarebbero debellate l'ambizione e l'avidità, il cui potere s'appoggia sulle false opinioni del volgo intorno al giusto e all'ingiusto”.

<sup>208</sup> “Quando Kelsen, nella sua dottrina dell'interpretazione, riduce il compito dell'interpretazione, nell'allineare, una accanto all'altra, tutte le possibilità interpretative che le leggi in astratto consentono, rispetto a tutte le fattispecie concrete che in ipotesi sono configurabili, e afferma che la scelta fra tutte queste possibilità è rimessa interamente alla soggettività di chi è davanti alla legge e che questa scelta sfugge alla dimensione giuridica, dice qualcosa di assurdo, che è però perfettamente conforme alle premesse della dottrina del diritto come sola legge positiva, per quanto la si faccia oggetto di tutti i trattamenti cui il positivismo critico la sottopone. Che tristezza! Che consolazione avvilente c'è nella conclusione che tutto e solo ciò che è legato alla legge è giuridicamente rilevante e tutto il resto, che alla legge non è legato, è perfettamente irrilevante, puro oggetto della decisione arbitraria dell'interprete. Che concezione infelice del diritto e del giurista”. *Ivi*, p. 340

<sup>209</sup> *Ibidem*

<sup>210</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite, Legge, diritti e giustizia*, Einaudi, Torino, 1992

legge, bensì verso ciò che le sta “intorno”; questo perchè il diritto ha una doppia anima (il *diritto sostanza*, capace di assumere le forme più diverse e il *diritto forma*, libero a sua volta di assumere le sostanze più diverse), e il giudizio giuridico incorpora in sé valutazioni di giustizia morale e non si esaurisce nell'applicazione di vuote formule legislative. E' proprio l'esperienza a suggerire che le valutazioni dei giudici non sono pre-giudizi da evitare o influenze abusive da cui bisogna proteggersi, bensì sono componenti essenziali del diritto.

Solo coltivando questo tipo di valutazioni si potrà ripristinare l'autentica struttura del diritto, che è di tipo dualista, poiché “quando si è davanti alla legge, si è anche dentro qualcosa d'altro che condiziona la stessa legge”<sup>211</sup>. L'esperienza è, dunque, un elemento di comprensione della realtà imprescindibile, anche se, spesso, risulta non chiarificatrice e deformante; non è detto, infatti, che “lo sguardo da dentro sia più chiaro di quello da fuori”. Infatti, il diritto è norma, è “dover essere”, e la semplice realtà, e l'esperienza che di essa si compie, non può assurgere di per sé ad unico criterio di validità giuridica. Tuttavia, “la realtà, nella parte di essa che non dipende da noi e resiste a ogni nostra diversa concezione e convinzione di ciò che essa dovrebbe essere e non è. Quella cioè che chiamiamo «dura realtà»... non può essere ignorata”<sup>212</sup>.

La polarità, dunque, dell'anima del diritto non è una complicazione o un difetto da correggere, bensì una consapevolezza di un dato costruttivo e un valore da preservare; quando questo dualismo viene a mancare e il diritto assume una sola delle due dimensioni, “il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale”<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Torino, 2007, p.10

<sup>212</sup> *Ibidem*

<sup>213</sup> “La nostra generazione di giuristi, formatasi nell'atmosfera stabilita dal positivismo giuridico, ha difficoltà a scorgere e identificare questa polarità, che tuttavia si svolge sotto i nostri occhi, solo che sapessimo aprirli per guardare e vedere. Tuttavia, prima di giungere ai tempi odierni, è pur necessario notare che essa sta alla base del grande testo fondativo della riflessione sul diritto, nella nostra tradizione culturale, l'Antigone. Noi non possiamo seguire gli sviluppi del rapporto tra *ius* e *lex* nel corso dei secoli, nel diritto romano, nell'età di mezzo, nella formazione delle grandi monarchie nazionali dal XVI al XVIII secolo. Ma, se potessimo farlo, vedremmo che le diverse fonti del diritto (sacrali, tradizionali, sapienziali, giurisprudenziali, popolari e imperiali del diritto romano, nelle sue diverse epoche; locali e generali, consuetudinarie e pattizie, canoniche e civili, recepire dal passato o imposte dal principe nel presente, elaborate da glossatori o legisti, nell'età di mezzo) facilmente si prestano a essere classificate, almeno in prima approssimazione, nella grande dicotomia di *lex* e *ius*, secondo equilibri e tensioni sempre nuovi ma che mai si sono rotti a esclusivo favore e a totale danno di una o dell'altro. Certo, è il diritto artificiale, la *lex*, il termine storicamente oggi vincente, in concomitanza con la creazione di grandi spazi giuridici, dominati da poteri normativi a questi corrispondenti per dimensioni ed esercitanti ciò che si chiama sovranità. Sembra il trionfo del monismo giuridico, nella forma della legge. Il suo momento topico originario è la Rivoluzione in Francia, in cui trova compimento la lunga lotta del sovrano per imporre in tutto il regno usa la legge, generale e uguale. Il diritto, da allora, sembra essere solo legge e la legge solo forma del potere, o come aveva detto Bodin, solo *iussum*: un potere tanto più assoluto, quanto più pretendeva di essere razionale. Oltre alla lettera segreta di Mirabeau a Luigi XVI, abbiamo un'eloquente descrizione del pathos che ha accompagnato quest'assolutizzazione della legge nel piccolo romanzo di Victor Hugo *Novantatrè*. Così è descritta la sala della Convenzione, alle Tuileries, dove sedevano i legislatori che andavano mettendo il mondo sulla linea retta della legge morale universale: «Sopra un lato della tribuna, , incorniciato di legno nero, era appeso al muro un cartello alto nove piedi che, su due riquadri separati da una specie di scettro, recava la Dichiarazione dei diritti dell'uomo; sul lato opposto, uno spazio vuoto che più tardi fu occupato da un cartello simile, contenente la Costituzione dell'anno II, i cui due riquadri erano separati da un gladio. Al di sopra della tribuna, sovrastando l'oratore, sventolavano, uscendo da un profondo palco a due piani traboccanti di spettatori, tre immense bandiere tricolori disposte quasi orizzontalmente, appoggiate a un altare sul quale si leggeva: LA LEGGE. Dietro l'altare si levava, come sentinella della

Nella realtà odierna sembra, però, che non si dia più valore alla doppia anima del diritto, e c'è chi afferma, addirittura, che siamo in un tempo di anarchia e nichilismo<sup>214</sup>. In effetti, i nostri ordinamenti attuali sono dominati dalla logica della tecnica e dal suo irrefrenabile sviluppo che coinvolge tutti gli aspetti della vita sociale, compreso quello del diritto, riducendolo ad una procedura vuota di contenuto e, quindi, per ciò stesso, capace di assumere qualunque sostanza; in tal senso, “lo stato di diritto si riduce a stato di leggi”<sup>215</sup>.

Di fronte a questo scenario, per evitare il rischio di un' *autosufficienza della volontà normativa*, che non deve rispondere ad alcuno fuori di sé, oppure per scongiurare il pericolo di un diritto che sia solo espressione di un cieco volere, è necessario concepire la Costituzione, quale norma fondamentale dell'ordinamento giuridico, non come un insieme di regole che può essere montato e smontato a seconda delle circostanze o delle esigenze politiche.

La Costituzione, infatti, è cosa ben distinta dalla legge<sup>216</sup>; i modi e i tempi dell'elaborazione delle costituzioni le caratterizzano, sicuramente, come documenti della politica, ma non nel senso della legge. La Costituzione è espressione della preminenza della società nella propria auto – organizzazione, è il documento di identità stabile di una comunità civile, documento che non può essere prevaricato dalla volontà che si fa legge.

Inoltre, il testo costituzionale si caratterizza per essere un insieme di principi frutto di esperienze passate alle quali ci si vuole collegare per proiettarle nel futuro; si tratta di documenti che aspirano a costruire “un' etica della convivenza sottratta alla sfera del potere”. La Costituzione, infatti, nel moderno Stato costituzionale “non ha, a proprio sostegno, un potere come quello della legge, ma può contare solo sull'adesione. Nessuna coercizione è possibile per supplire la carenza di adesione. Qui, si potrebbe dire, sta una sua potenziale debolezza. Ma sta anche la sua ragion d'essere, debole ma profonda e differenziata rispetto alla legge”.

---

libertà di parola, un enorme fascio romano, alto quanto una colonna. Statue colossali ritte contro il muro fronteggiavano i rappresentanti del popolo. Alla destra del presidente, Licurgo; alla sua sinistra, Solone; al di sopra della Montagna, Paltone. Sotto il primo piano, occupato dall'Assemblea, per attenzione, l'intero pianterreno del palazzo costituiva una sorta di lungo corpo di guardia zeppo di fasci di fucili e letti da campo delle truppe di ogni arma che vegliavano attorno alla Convenzione». Forse, però, questa descrizione pecca per omissione. Nemmeno in quelle situazioni estreme, la legge si è resa indipendente dall'altro lato del diritto, quello che abbiamo definito, con una formula generica, *ius*. Nemmeno nel regime dell'autocrate più spietato, la legge è pura forza rivestita di una forma. Né Hitler, né Stalin si sarebbero mai lasciati andare a una frase tanto ingenua quanto sciocca, come quella messa in bocca al povero Luigi XVI: «E' legale perchè lo voglio io». La volontà, infatti, anche quella che appare più assoluta, anzi, proprio quella che è più assoluta, ha dietro di sé qualcosa di sostanziale che fa sì che la legge non sia solo forma della forza. Lo stesso si può dire per la legge della Rivoluzione, che poteva essere quello che era, cioè onnipotente, solo perchè le si era costruito attorno un possente apparato ideale e concettuale riassunto nell'espressione rousseauiana della volontà generale. Essa esprimeva a suo modo il lato materiale del diritto, che la legge enunciava formalmente. E lo stesso si può dire per la legge dei regimi totalitari del secolo scorso che, contrariamente a quanto si dice, non era affatto pura forma della forza ma forza alimentata da sostanza: il diritto vitale del popolo tedesco, la romanità imperiale italiana, la legittimità socialista sovietica”. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p.344

<sup>214</sup>

N. IRTI e E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Bari, 2001

<sup>215</sup>

G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009,

p.344

<sup>216</sup>

P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari, 2003, p. 84

Se, infatti, la Costituzione potesse contare sul potere, sarebbe praticamente come la legge e tra di esse non vi sarebbe alcuna differenza.

L'adesione, invece, da cui trova forza e sostanza la Costituzione è un fenomeno essenzialmente culturale che, ovviamente si differenzia dalla coercizione materiale e che fa della Costituzione l'altro lato del diritto, la sua seconda anima.

Chiarito, dunque, il concetto di diritto e di Costituzione, possiamo ora comprendere a fondo il ruolo del giudice costituzionale.

Le norme contenute nella Carta costituzionale, dunque, sono dette norme di principio, nel senso che indicano dei concetti (la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza, ecc.) che devono essere riempiti di contenuto, tramite le concezioni, mutevoli nel tempo; la giustizia costituzionale con la sua giurisprudenza mira a dare sostanza a quei principi, in tal modo tutelandoli e garantendo loro attuazione.

Un ruolo, questo dei giudici costituzionali, di conservazione della continuità dei valori espressi nella Costituzione in quanto norma di durata, garantendo alla società di guardare ad ogni condizione futura che la legge voglia perseguire con la tranquillità che "l'essenziale" sarà mantenuto.

"La propensione al futuro è l'essenza della Costituzione e la natura particolare delle sue norme ne sono la testimonianza"<sup>217</sup>; quando, però, si ritiene che, in nome della fedeltà ad una Costituzione "inerte", ogni nuova esigenza costituzionale debba manifestarsi non attraverso nuove risposte alle nuove istanze, ma solo attraverso emendamenti, credendo così di garantire certezza del diritto e rispetto della separazione dei poteri, si neutralizza la funzione della giurisprudenza e, di conseguenza, la funzione della Costituzione stessa. Quest'ultima, infatti, se viene modificata incessantemente degrada a legge ordinaria e la materia costituzionale finisce per confondersi con la lotta politica; "a ogni generazione di eredi spetta di migliorare e perpetuare, non di buttare al vento, il legato, il lascito ricevuto. La legge della vita buona delle costituzioni è lo sviluppo nella continuità. Lo strumento normale è la giurisprudenza; l'emendamento è uno strumento eccezionale"<sup>218</sup>.

Contro la costituzione vivente, cioè contro "l'esperienza quotidiana delle Corti", però, si perpetuano molti attacchi, sostenendo i più disparati argomenti, soprattutto nei confronti della giurisprudenza creativa, cioè dell'interpretazione evolutiva della Corte costituzionale.

Le critiche rivolte di continuo all'azione della nostra Corte costituzionale muovono, in particolare, dal presupposto che distaccarsi dalle origini comporta un aumento della discrezionalità e, quest'ultima, equivale, sostanzialmente a politicità; politicità, inoltre, è incompatibile con la

---

<sup>217</sup> G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2006, p. 310.  
<sup>218</sup> *Ibidem*

funzione giurisdizionale e comprime il principio di separazione dei poteri a danno del legislativo; l'offesa, a sua volta, della separazione dei poteri mina la legittimazione della Corte costituzionale.

Secondo, quindi, queste voci critiche bisognerebbe respingere la dottrina della Costituzione vivente, ancorché si sia imposta di fatto nella pratica della Corte, per preservare lo stesso carattere giudiziario della giustizia costituzionale e per mantenerne la sua legittimazione.

Ma gli attacchi mossi alla giustizia costituzionale e le accuse di appropriazione di funzioni non sue, non sono argomenti nuovi, anzi.

Per qualche tempo accade che i dibattiti sul presunto sconfinamento della Corte costituzionale nel campo del legislativo restano sopiti e sembra, quindi, che il giudice delle leggi “abbia messo radici e abbia trovato un suo posto definitivo nell'architettura costituzionale odierna dello Stato democratico. Non è così. La sua natura accentuatamente sovrastrutturale, espressione di esigenze che si distaccano dall'immediato sentire popolare e dall'interpretazione che ne danno gli organi politici, espone sempre le Corti a contestazione circa la legittimità delle loro pronunce, della loro composizione e, in caso di acuto contrasto, perfino della loro esistenza”<sup>219</sup>.

Ma la risposta immediata che si può dare alle accuse di cui parliamo è che la discrezionalità della giustizia costituzionale, come della funzione giudiziaria in generale, è un dato insormontabile.

La giurisprudenza vivente, infatti, è un dato imprescindibile di qualunque ordinamento giuridico che vanta un organo di tutela della Costituzione; come già detto, la Costituzione è un insieme di principi che vanno concretizzati, attualizzati e adattati alla realtà sociale che muta continuamente, e questo compito spetta tanto al legislatore quale titolare della funzione legislativa, quanto al giudice costituzionale. Le norme costituzionali, in quanto principi e valori “aperti”, non comportano nessun spostamento di potere da un organo istituzionale all'altro, non aprono necessariamente e impropriamente alla politica, all'arbitrio dell'interprete, bensì chiedono al giudice di confrontarsi con il diritto, “non amputato della sua dimensione materiale”.

Di conseguenza, se di problema si vuol parlare non bisogna concentrare l'attenzione sull'alternativa tra costituzione cristallizzata e costituzione vivente o sul presunto strapotere del giudice costituzionale intenzionato a “derubare” il Parlamento della sua funzione di legiferare, ma si deve sottolineare il rischio, più grave e urgente nel nostro Paese, di una perdita diffusa e generale di volontà di Costituzione, intesa quest'ultima come *pactum societatis*, presupposto per una convivenza pacifica e costruttiva.

“Qualora, infatti, questo bisogno e volontà di costituzione andasse definitivamente perduto, prevalendo nel nostro Paese l'idea diabolica (da Kantiana repubblica dei diavoli) della costituzione come campo di battaglia e sopraffazione, la politica di parte spirerà incontrastata anche nelle stanze

della Corte, e la giustizia costituzionale si trasformerà in una farsa costituzionale”<sup>220</sup>.

Inoltre, il compito di alimentare il desiderio di Costituzione e di darvi adeguata soddisfazione, se riguarda sicuramente tutte le istituzioni dello Stato e i cittadini, spetta primariamente e profondamente soprattutto ai giudici costituzionali. Lo strumento per far sì che questo compito sia realizzato è la giurisprudenza, una giurisprudenza comprensibile, che sappia parlare con semplicità e che sia portavoce dei principi basilari che la sostengono. In questo senso la Corte costituzionale è chiamata a svolgere una funzione simbolica che comporti l'identificazione dei cittadini nell'azione della giustizia costituzionale, affinché quest'ultima e la Costituzione vengano vissute come ancora dello Stato e non come insopportabili ostacoli frapposti alla realizzazione di aspirazioni e bisogni rappresentati come irrinunciabili.

### ***3. Quale legittimazione per il giudice costituzionale?***

Per rispondere a questa domanda bisogna, soprattutto e innanzitutto, riflettere sulla funzione assegnata alla Corte costituzionale all'interno del nostro ordinamento complessivamente considerato.

Negli ordinamenti costituzionali moderni, sussiste una sorta di sdoppiamento funzionale degli organi istituzionali, con una conseguente duplice legittimazione degli stessi: si tratta da un lato delle istituzioni di origine popolare elettiva, deputati alla funzione di indirizzo politico e alla sua realizzazione attraverso gli atti di più elevato grado previsti dall'ordinamento e immediatamente al di sotto della Costituzione; e, da un altro lato, si tratta di un organo diverso dai precedenti a cui è demandato il compito di controllare la legittimità costituzionale di quegli atti, escludendone in caso di incostituzionalità, l'efficacia.

Quanto detto, al di là delle diverse teorie e dei dibattiti circa la necessità di rinvenire un elemento di legittimazione della Corte costituzionale, è sufficiente a comprendere un dato essenziale, e, cioè, che esiste una reale differenziazione tra chi controlla rispetto a chi è controllato e che, dunque, la legittimazione costituzionale dell'organo incaricato di garantire la Costituzione non

---

<sup>220</sup>

G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in Quad. Cost., n. 2, giugno 2005, p.282

può essere contestata per la mancanza di un collegamento diretto con il popolo attraverso l'elezione.

“In effetti, le legittimazioni vanno riferite alle funzioni da svolgere: orbene, per essere servi e custodi della Costituzione, bisogna essere giuridicamente diversificati da chi è chiamato ad approvare le leggi. Le legittimazioni, dunque, debbono essere *secundum quid*; esse non possono paragonarsi che in relazione alla medesima funzione ed al suo esercizio”<sup>221</sup>.

A conforto di quanto detto, bisogna anche sottolineare che l'azione della giustizia costituzionale, come di tutta la magistratura in generale, deve essere insensibile alle manifestazioni di consenso o dissenso della società, anche se i giudici non operano in un vuoto politico e sociale e, quindi, è inevitabile che le loro iniziative e decisioni abbiano conseguenze politiche di una certa entità.

In ogni caso, al di là dei diversi punti di vista in merito, “i giudici rappresentano il popolo nell'esercizio della funzione essenziale di far rispettare le norme giuridiche e non sono assoggettati o assoggettabili a vincoli di contenuto né possono essere influenzati dalle conseguenze politiche, economiche, sociali o di altro genere che derivano o possono derivare dai loro atti. I giudici sono uomini di regole non di fini e le regole devono applicare, anche se qualcuno addita loro veri o presunti effetti negativi ulteriori dei loro provvedimenti”<sup>222</sup>.

Infatti, il criterio del consenso sociale non può essere un elemento di legittimazione del giudice costituzionale, non rientrando nella sua funzione quella di ritenersi portavoce, in qualche modo, della coscienza sociale. Un ruolo di questo tipo, cioè quasi di un maieuta, non sembra plausibile nelle moderne società in cui viviamo. Per questo motivo è necessario accostarsi al concetto di coscienza sociale sempre con una certa cautela, anche se, ovviamente, le argomentazioni del giudice delle leggi inevitabilmente si basano su criteri metalegali di decisione.

Inoltre, il criterio della legittimazione fondato sul consenso sociale prestato all'operato della giustizia costituzionale, non può considerarsi esaustivo non potendo rispecchiare l'intera società e traducendosi allora in un semplice consenso di una maggioranza statistica. Se, infatti, è fuori dubbio che i limiti all'azione della giustizia costituzionale sono sia di ordine giuridico – formale che di ordine sociale, e che, di conseguenza, costituisce limite alla discrezionalità del giudice delle leggi anche il rispetto dei valori, delle idee-forza e dei principi che contraddistinguono una situazione storica particolare, è pur vero che in una società pluralistica è molto difficile ottenere il consenso di tutte le forze sociali su alcuni principi fondamentali<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in Barile, Cheli, Grassi, 1982

<sup>222</sup> G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in Esposito, Crisafulli, Paladin: tre costituzionalisti a confronto, Atti del Convegno, Padova, 19-20-21, giugno, 2003

<sup>223</sup> “Il tentativo di modellare il criterio c.d. dell'assenso dell'uditorio (come formulato ad esempio, da Perelman e, con sfumature assai simili, da Habermas) alla complessità delle società pluralistiche ci sembra davvero destinato a scarsa fortuna. Soprattutto di fronte a casi in cui il giudice sia tenuto a decidere su questioni in qualche modo gravitanti attorno alla sfera della moralità (di quella pubblica, per così dire, e di quella privata, propria di ciascuno dei consociati), l'unico auspicio è che il giudice provi a essere, al momento giusto, quanto più indipendente possibile dal comune

Se, quindi, è condivisibile l'idea per cui il giudice costituzionale non può ergersi a paladino del consenso sociale che lo legittima, basando, quindi, la sua azione su volubili umori, neppure può orientare il suo operato unicamente sui capisaldi del sistema<sup>224</sup>. Bisogna, quindi, ribadire che la prospettiva preferibile in tema di funzione e di legittimazione della Corte costituzionale è quella che si trova a metà strada tra le premesse fornite dall'ermeneutica giuridica e valutazioni pratiche della realtà complessivamente intesa.

Praticamente, il ruolo del giudice delle leggi si sostanzia nell'equilibrio tra l'applicazione e la garanzia dei valori contenuti nella Carta fondamentale e l'adattamento degli stessi alle esigenze di una realtà in continua evoluzione.

E' in questa sua specifica funzione che va ricercata la legittimazione del suo operare, “non certo nella rincorsa verso valori condivisi dalla maggioranza”.

Per questo motivo, non bisogna dimenticare il carattere politico della Costituzione e il modo in cui questo condiziona l'interpretazione della stessa.

Infatti, il carattere politico della Costituzione impone, come già detto, la necessità che il contenuto della stessa non si fondi sulla pluralità delle opinioni politiche di ciascuno o della maggioranza, bensì si determini in base ad un equilibrio tra i principi e i valori che la compongono e la realtà oggettiva dell'ordinamento. E' questo il criterio organizzativo a cui deve informarsi l'azione delle istituzioni pubbliche, giustizia costituzionale compresa.

---

sentire, così pure come dal proprio sentire o da un indefinibile bene comune (per definizione mutevole a seconda dei momenti), e attento, invece, alle singolarità e agli interessi di ciascuno degli attori in gioco”. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto*, Jovene editore, Napolit, 2008

<sup>224</sup> Il giudice “non potrà ipotecare l'ambito della propria discrezionalità né riferendosi al parametro del c.d. consenso sociale, così come non sempre potrà fidare sul soccorso dei capisaldi del sistema. In fondo, ciò sarebbe possibile solo accogliendo una teoria del diritto basata sul dogma della completezza dell'ordinamento o, comunque, una teoria interpretativa del diritto, per la quale non si danno casi difficili in quanto, oltre a ciò che la legge esplicitamente prevede, c'è sempre la possibilità di ricorrere a principi giuridici impliciti nel caso in cui la legge non fornisca all'interprete una regola immediatamente applicabile”. *Ivi*, p. 164



## *CONCLUSIONI*

Il tema della legittimazione democratica della giustizia costituzionale, al di là della diversità di visione dello stesso come problematica urgente da risolvere o meno, stimola un ripensamento, se così si può dire, sul significato del concetto stesso di democrazia nello stato attuale delle nostre società.

La moderna formulazione della democrazia costituzionale è pervasa da un'aspirazione ad un giusto equilibrio tra le istituzioni della democrazia politica e il ruolo che in tale contesto assumono i limiti stessi della politica fissati, innanzitutto, nel testo costituzionale, anche attraverso la previsione del controllo di costituzionalità delle leggi.

La tutela e il perseguimento dell'equilibrio anzidetto, quindi, sembra essere la parola chiave per caratterizzare come democratiche le Costituzioni del '900; "in un assetto, dunque, nel quale il potere appartiene ai cittadini rappresentati in Parlamento senza vincolo di mandato, limitare, soprattutto attraverso il sindacato di costituzionalità, il potere dei rappresentanti che attentino in ipotesi alla loro libertà violando la Costituzione, rafforza il potere globale degli elettori, in quanto rimuove ostacoli che impedirebbero o renderebbero difficoltoso per ciascuno l'esercizio del

frammento di sovranità di cui si è titolari. Così si valorizza fino in fondo la peculiarità del principio democratico - unico tra i principi di legittimazione nel quale la fonte del potere coincide con coloro che al potere sono soggetti- al fine di emanciparlo da ogni primitivismo di stampo giacobino-rousseauviano e di modellarlo nella forma civilizzata e più esigente della democrazia costituzionale: l'esito è una fascinosa complessità- ambiguità quale cifra distintiva di un modello additivo o di una sintesi non certo scontati su un piano teorico, ma il cui successo storico trova radici concettualmente plausibili proprio nella peculiarità appena rilevata”<sup>225</sup>.

Allora se le Costituzioni sono democratiche in tal senso, anche la giustizia costituzionale, che è espressione di quell’equilibrio sarà di conseguenza logica democratica.

La qualifica di democratica della nostra Costituzione, come delle altre, si ravvisa nel fatto di essere espressione di un potere costituente che, persi i caratteri tipici di quello rivoluzionario francese consistenti nella sola manifestazione di sovranità del popolo o della nazione, si è associato sempre più al concetto di legalità costituzionale “di una legalità superiore a quella ordinaria, e dunque in grado di limitare la potestà dello stesso legislatore”<sup>226</sup>.

La legalità che queste democrazie esprimono non permette più un sovvertimento della costituzione in nome della sola volontà sovrana del potere costituente, cioè del popolo, come nel modello rousseauviano, ma “neppure una negoziazione incessante, senza fine e senza direzione compiuta, tra le forze sociali e politiche, da considerarsi legittima solo perché assunta secondo le regole parlamentari del pluralismo sociale e politico, secondo il modello kelseniano”<sup>227</sup>.

La legalità di cui parliamo “oppone al mito democratico rivoluzionario del potere costituente i valori della stabilità, dell’equilibrio, del limite a fini di garanzia degli stessi diritti dei cittadini”<sup>228</sup>, senza per questo perdere il suo carattere fondamentale di indirizzo guida per il futuro, ma senza nemmeno, però, limitarsi ad essere una semplice annotazione della dialettica tra le forze politiche e gli interessi sociali.

Il principio dell’equilibrio di cui si parla costituisce, evidentemente, una conquista assai recente e, essendo privo di una tradizione di lungo periodo, rischia di essere soggetto ad instabilità e tensioni di vario tipo. Una di queste, forse la più lampante, la più ripetuta e costante nel verificarsi, riguarda i rapporti tra i protagonisti dell’equilibrio: i soggetti della politica democratica da un lato, e i tribunali costituzionali dall’altro.

---

<sup>225</sup> A. DI GIOVINE, *Le tecniche del costituzionalismo del 900 per limitare la maggioranza*. Questo scritto, destinato agli Studi in onore di Gianni Ferrara, è in corso di stampa in G.M. BRAVO (a cura di) *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento* (Atti della X Giornata Luigi Firpo, Torino, 29-30 maggio 2003), Olschki, 2004;

il testo di A. Di Giovine è inoltre presente e reperibile sul sito [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/tecniche\\_costituzionalismo/index.html](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/tecniche_costituzionalismo/index.html)

<sup>226</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, p. 159

<sup>227</sup> *Ivi*, p.160

<sup>228</sup> *Ibidem*

Sembra quasi scontato e banale, ma a ben vedere non lo è affatto, dire a questo punto che il mantenimento, il consolidamento e la promozione di tale equilibrio presuppone che nessuno dei soggetti menzionati scavalchi il campo di azione e competenza dell'altro; un dato questo che purtroppo, però, nella vita concreta delle nostre democrazie è accaduto, accade e, con ogni probabilità, accadrà assai spesso; inevitabilmente, quando le forze politiche adibite a mantenere e generare la coesione nella società perdono tale potere è gioco forza che si faccia riferimento al diritto come unica fonte di giustizia e come residuale e universale portatore di valori.

A tal punto ci si dovrebbe allora chiedere se non si debba riconoscere che la validità e la forza di ogni sistema di giustizia costituzionale dipende proprio dalla sua "ambiguità", nel senso della sua capacità di essere flessibile rispetto ai due modelli ideali, quello politico e quello giurisdizionale, "riuscendo così a sviluppare l'una o l'altra anima a seconda delle condizioni di omogeneità-disomogeneità, compattezza-frantumazione, stabilità-instabilità che caratterizza il sistema politico"<sup>229</sup>.

Forse, quindi, l'unico modo per chiudere un dibattito che si riapre in maniera ciclica e costante, è accettare che "la duttile ambiguità della giustizia costituzionale non è un suo difetto, ma rappresenta il maggiore dei suoi pregi".

Insomma, data l'inevitabilità, per diversi ed eterogenei fattori, della rottura dell'equilibrio anzidetto, la giustizia costituzionale pur essendo priva della legittimazione fondata sui canoni classici della rappresentanza elettiva, può costituire, non una patologia dei nostri sistemi democratici, bensì una "valvola di sicurezza" destinata ad operare a seconda della maggiore o minore instabilità politica che si registra nella società e che non trova sbocchi altrimenti.

---

<sup>229</sup>

E. CHELI, *Il Giudice delle leggi, la Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1999 p. 11.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ATRIPALDI V., *Corte costituzionale e revisione della Carta*, in (a cura di) Carnevale P. e Colapietro C., *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, G. Giappichelli editore, Torino, 2008;
- BALDASSARRE A., *Crisi della leadership e "deficit" strutturale di legittimazione: verso nuove forme di razionalità e di legittimazione?* in A. Baldassarre, A.A. Cervati, L. Elia, G. Ferrara, S. Finer, Ch. E. Lindblom, Cl. Offe, G. Pasquino, H. Ridder, M. Volpi, D.C.M. Yardley, *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre e A.A. Cervati, Libri del tempo Laterza, 1982;
- BALDASSARRE A., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996;
- BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982;ù
- BARTOLE S., *La Corte e i poteri*, in Quad. Cost., XVIII, n.1, Aprile, 1998;
- BERTI G., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, III ed;
- BIANCA M., *Le autorità private*, Napoli, 1977.
- BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al diritto*, Jovene editore, Napolit, 2008;
- BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967; Id., voce Interesse legittimo (diritto privato), in Digesto, disc. priv. (sez. civ.) IX, Torino, 1993;

BIN R. e PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, G. Giappichelli editore, Torino, 2009;

BIN R. e PITRUZZELLA G., *Diritto pubblico*, G. Giappichelli editore, Torino, 2009;

BOCKENFORDE E.W., *Stato, costituzione e democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006;

BORK R. H., *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*, Random House of Canada, 2002, trad. it. di S. Fabi e S. Sileoni, *Il giudice sovrano*, Liberilibri, Macerata, 2004;

BUONCRISTIANO D., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986;

BURDEAU G., *Democrazia*,

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, terza edizione, Giuffrè editore, Milano, 2004;

CASINI L., La prima sentenza della Corte costituzionale. Le memorie processuali, in Riv. Trim. Dir. Pub., n.1, 2006;

CASSESE S., *La fabbrica dello Stato, ovvero i limiti della democrazia*, in Quad. Cost., XXIV, n.2, Giugno 2004;

CASTRONOVO C., *Legittimazione, discorso giuridico, diritto privato*, in n Jus Rivista di scienze giuridiche, n. 3, sett-dic. 1985;

CELOTTO A., *La Corte costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2004;

CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 2009;

CHELI E., *Il problema storico della Costituente*, in S.J. Woolf (a cura di), *Italia 1943-1950. La ricostruzione*, Laterza, Roma-Bari, 1974;

CHELI E., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978;

CHELI E., *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in Quad. Cost., XIII, 2, 1993;

CHELI E., *Il Giudice delle leggi, la Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1999;

COSTANTINO S., *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, G.Giappichelli editore, Torino, 1994;

CRISAFULLI V. *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in Diritto e Società, 1978;

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale, II, 2 L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Cedam, Padova, 1984;

CRISAFULLI V., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè editore, 1985;

DAHRENDORF R., *La libertà che cambia*, Laterza, Roma, 1981;

D'ANDREA L., *Ragionevolezza e Legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè editore, 2005;

D'EMILIA, *Una media sententia sul problema dell'abuso del diritto*, in S.D.H.I., 1945-1946;

D'ORAZIO G., *La genesi della Corte costituzionale*, Edizioni la Comunità, Milano 1981;

DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in Rivista di diritto civile, 1993;

DI GIOVINE A., *Le tecniche del costituzionalismo del 900 per limitare la maggioranza*

DOSSETTI G., *I valori della Costituzione. Principi da custodire e istituti da riformare*, La città del sole, 2003;

DWORKIN R., *Law's empire*, Belknap press of Harvard University, Cambridge, Mass., 1986, trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, *L'impero del diritto*, Mondadori, 1989;

ELIA L., *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in Barile, Cheli, Grassi, 1982;

ESPOSITO C., *La Costituzione italiana*, Cedam, 1954;

FERRAJOLI L., *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in (a cura di) COSTA P. e ZOLO D., *Lo Stato di diritto. Storia, Teoria, critica*, Feltrinelli editore, Milano, 2002;

FERRARA G., *Corte costituzionale e Governo*, in BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982;

FERRERO G., *Potere*, Milano, Comunità, 1959;

FIORAVANTI M., *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'unità ad oggi*, Donzelli, Roma, 1995;

FIORAVANTI M., *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998;

FIORAVANTI M., *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999;

GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Laterza, Bari, 2003;

GUARNIERI C., e PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997;

GUARNIERI C., e PEDERZOLI P., *La magistratura*, Laterza, Roma- Bari, 2002;

HABERMAS J., *Crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Bari, 1975;

HABERMAS J., *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1986;

IRTI N. e SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Bari, 2001;

JOSSERAND E., *De l'esprit des droit et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droit*, Parigi, 1939;

KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981;

LAMBEERT E., *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Giuffrè editore, Milano, 1996;

LANCHESTER F., *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, in *Il Politico*, 1998;

LANCHESTER F., *Il concetto di rappresentanza in campo politico e i problemi dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *Il Filangieri*, quaderno 2008, Jovene editore;

LEVI L., *Legittimità*, in (a cura di Bobbio N., Matteucci N., Paquino G.) *Dizionario di politica*, 1983;

LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970;

LOMBARDI G., *Buone regole e democrazia nella ricerca della legittimazione del potere*,

recensione ad un libro, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.12/2007;

LOMBARDI G., *I conflitti fra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, XXVIII, n.4, Dicembre 2008;

LUCIANI M., *La Costituzionale nella forma di governo italiana*, in *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, a cura di S. BERETTA, Milano, 1989;

LUHMANN N., *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990;

LUHMANN N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Milano, 1995;

MESSINEO, F. *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Padova, 1923;

MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia veneziana, Roma, 1984;

MEZZETTI L., BELLETTI M., D'ORLANDO E., FERIOLI E., *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2009;

MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982;

MODUGNO F., *Diritto pubblico generale*, Laterza, Roma, 2002;

NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, in *Studi in onore di F. Messineo*, vol. IV, Milano, 1959;

NIGRO M., *Carl Schmitt tra diritto e politica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15, Giuffrè editore Milano, 1986;

ONIDA V., *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982;

ONIDA V., *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzioni di confine fra diritto nazionale e sovranazionale*, in Zanon N., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006;

PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1995;

PALOMBELLA G., *Legittimità, legge e Costituzione*, in *Soc. dir.*, XX, 1993;

PANDOLFI A., *Potere e sistema politico nel funzionamento sistemico di Niklas Luhmann*, in *Jus* Rivista di scienze giuridiche, n.3, sett-dic 1983;

PANZERA C., *Il bello di essere diversi. Corte costituzionale e corti europee ad una svolta*, in *Riv. Trim. dir. Pub.*, Giuffrè editore, n.1, 2009;

PECORELLA G., *La difesa negata*, in E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Gasanti (a cura di), *Il governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano, 1986;

PEGORARO L., *Giustizia costituzionale comparata*, G.Giappichelli editore, Torino, 2007;

PEDERZOLI P., *La Corte costituzionale*, Il Mulino, 2008;

PEDRAZZA GORLERO M., *Il patto costituzionale*, Cedam, Padova, 2009;

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991;

PIERGIGLI V., *Potere di esternazione e pubbliche funzioni: una valutazione d'insieme*, in *Dir. Soc.*, n.3, Cedam, Padova, 1993;

PIZZORUSSO A., VOLPE G., SORRENTINO F., MORETTI R., *Garanzie costituzionali*, in *"Commento alla Costituzione"* a cura di G. Branca, artt. 134-139, Zanichelli editore, Bologna, 1981;

PRIMICERIO L., *Forma di governo parlamentare e modelli di democrazia rappresentativa*, G. Giappichelli editore, Torino, 2002;

RAVERAIRA M. (a cura di), *Buone regole e democrazia*, Rubettino, 2007;

RESCIGNO U., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. Civ.*, 1965;

RESCIGNO U., *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quad. Cost.*, XVI, n.2, Agosto 1994;

RODOTA' S., *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982;

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. Civ.*, 1923;

ROUSSEAU D., *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Atti del convegno "La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa"*, 27-28 Ottobre 2006;

RUGGERI A., *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *"Itinerari"* di una ricerca sul sistema delle fonti, XII, G. Giappichelli editore, 2008;

RUGGERI A. e SPADARO A., *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*, ult. ed., G. Giappichelli editore, Torino, 2009;

SANTORO-PASSARELLI G., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002;

SCHARPF F.W., *Governare l'Europa. Legittimazione democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 1999;

SCHMITT C., *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè editore, Milano, 1981;

SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, a cura di A. CARACCILO, Giuffrè, Milano, 1984;

SCHMITT C., *Legalità e legittimità (1939)*, in *Le categorie del politico*, Il Mulino, 1998;

SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del politico*, Il Mulino, 1998;

SICARDI S., *Politica e giurisdizione nello Stato costituzionale, modelli "buoni" e "degenerati"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2002;

SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1979;



SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 1997;

SILVESTRI G., *Sovranità popolare e magistratura*, in Esposito, Crisafulli, Paladin: tre costituzionalisti a confronto, Atti del Convegno, Padova 19-20-21 giugno 2003;

SILVESTRI G., *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n.8, 2004;

STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006;

TRIMARCHI V. M., *La legittimazione dei figli naturali*, Milano, 1954; MAIELLO U., sub art. 280, in Commentario al Codice Civile SCIALOJA – BRANCA, Bologna, 1992;

VIOLA F. e ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza editori, Roma, 1999;

WEBER M., *Economia e società*, II, Edizioni di Comunità, Milano, 1999;

ZAGREBELSKY G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, e S. Grassi, Società editrice il Mulino, Bologna, 1982;

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988;

ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Trieste 26-28 Maggio 1986, Giuffrè, Milano, 1988;

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 1992;

ZAGREBELSKY G., *Principi e voti, la Corte costituzionale e la politica*, ed. Einaudi, 2005;

ZAGREBELSKY G. *La Corte in- politica*, in Quad. Cost., n.2, giugno 2005;

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008;

ZAGREBELSKY G., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2006;

ZAGREBELSKY G. *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi editore, Torino, 2009;

ZANOBINI G., *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in Studi in memoria di F. Ferrara, vol. II, Milano, 1943;

ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore: dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, 1988.

