

# Dal voto popolare alla sentenza del giudice costituzionale: un percorso istruttivo

di Alfonso Di Giovine

**Abstract: From popular vote to the constitutional judge's decision: an intriguing pathway** – In a constitutional democracy, controlling the decisions of a parliamentary majority is a fundamental principle. Constitutionalism combines democracy and elitism. Hence, control is to be activated by a supreme judge outside the political world (judicial constitutionalism) and not by a parliamentary body (political constitutionalism).

**Keywords:** Constitutionalism; Judicial review; Political constitutionalism; Judicial constitutionalism; Elitism.

## 1. Premessa

Anche se al corpo elettorale – *rectius*, ai cittadini individualmente considerati che ne fanno giuridicamente parte – non è conferito altro potere che quello di scegliere rappresentanti senza vincolo di mandato e di indire-partecipare al referendum, oltre che promuovere una per lo più improbabile iniziativa legislativa, realismo impone di non poter prescindere in questo scritto dall'appoggio ortodosso della narrazione *mainstream* che, muovendo dalla corretta valutazione del voto come «principale strumento di manifestazione della sovranità popolare»<sup>1</sup>, considera la rappresentanza come «il principio democratico nella sua moderna espressione»<sup>2</sup> e dunque come «elemento costitutivo della democrazia»<sup>3</sup>. Questo non significa rinunciare alle più sofisticate posizioni che vedono nell'espressione “democrazia rappresentativa” un potente ossimoro<sup>4</sup> o che considerano “aristocrazie elettive” le liberaldemocrazie contemporanee<sup>5</sup> e dunque un abuso

4181

---

<sup>1</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 1/2014.

<sup>2</sup> V. Crisafulli, *Per una costituzione democratica* (1945), ora in S. Bartole, R. Bin (cur.), *Veziro Crisafulli, Politica e Costituzione. Scritti “militanti” (1944-1955)*, Milano, 2018, 104.

<sup>3</sup> E.-W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazie*, Milano, 2006, 512.

<sup>4</sup> M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (cur.), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 110; O. Chessa, *Dentro il Leviatano*, Milano-Udine, 2019, 320; A. Di Giovine, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 61.

<sup>5</sup> Cfr. i lavori di Chessa e di Di Giovine appena citati.

linguistico<sup>6</sup> chiamare “democrazie” ciò che sarebbe già un azzardo definire “governi rappresentativi”<sup>7</sup>, ma piuttosto adeguarsi alla necessità di contaminare i due approcci e dirottare sulla “democrazia” le argomentazioni che più plausibilmente andrebbero svolte tenendo presente una cultura istituzionale più aggiornata.

Sarebbe infatti una velleitaria fuga nel vuoto non tener conto dei risultati acquisiti dalla tradizione dottrinale e giurisprudenziale che vede nella rappresentanza il meccanismo che più tiene conto della volontà popolare e quindi più funzionale alla “democrazia”: né si può ignorare che i testi costituzionali (vigenti o del passato) è sulla semantica tradizionale – democrazia, popolo, rappresentanza... – che fondano il loro carisma ieratico.

## 2. Costituzionalismo

Tanto premesso, per spiegare il percorso di cui al titolo, mi sembra opportuno prendere le mosse dal concetto di costituzionalismo come definito da studiosi del secondo dopoguerra.

McIlwain parla di «limitazione legale del governo [e] antitesi del governo assoluto»<sup>8</sup>, mentre Friedrich lo identifica nella divisione del potere<sup>9</sup>; più di recente Dworkin ne parla come della «teoria secondo cui la maggioranza deve essere sottoposta a limitazioni, al fine di proteggere i diritti degli individui»<sup>10</sup>, definizione più distesamente articolata da Fioravanti, secondo il quale per costituzionalismo s'intende «quell'insieme di dottrine che a partire all'incirca dalla metà del XVIII secolo hanno in vario modo valorizzato il termine-concetto di “costituzione” al fine di avviare e sostenere il compimento di due operazioni decisive: la progettazione di una forma di governo ispirata al principio della riduzione del contenimento dell'arbitrio politico, e la correlata e inscindibile affermazione storica dei diritti individuali e delle loro forme di garanzia»<sup>11</sup>.

Si possono aggiungere le definizioni di Pace e di Barberis, delle quali la prima descrive il costituzionalismo come «teoria giuridica dei limiti del potere politico»<sup>12</sup>, la seconda ne parla come di «limitazione *giuridica* del potere politico»<sup>13</sup>: anche di quello democraticamente eletto, posto che – come

<sup>6</sup> P. Pasquino, *Il giudice e il voto*, in *il Mulino*, 2003, 807.

<sup>7</sup> La formula “governi elettivi” sarebbe la più appropriata, una volta assodato che, anche a causa delle distorsioni indotte da molti sistemi elettorali, non sempre un organo eletto è effettivamente rappresentativo.

<sup>8</sup> C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Venezia, 1956, 30.

<sup>9</sup> C. J. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia* (1950), Vicenza, s.d., 4: «La divisione del potere è la base del potere civile. È ciò che si intende per costituzionalismo».

<sup>10</sup> R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 1982, 254.

<sup>11</sup> M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrina dello Stato e della Costituzione fra Otto e Novecento*, II, Milano, 2001, 797.

<sup>12</sup> A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo del XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 890; v. anche A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 37.

<sup>13</sup> M. Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, 150; corsivo testuale.

osserva Matteucci – «oggi il costituzionalismo non è altro che il modo attraverso il quale si attua e si realizza un sistema democratico»<sup>14</sup>.

A stare a queste definizioni si direbbe che l'essenza del costituzionalismo sia il principio del governo limitato cui fanno riferimento lo stesso Matteucci, Elia<sup>15</sup> e, più recentemente, Toniatti<sup>16</sup>: ed in effetti quando esso si inverte storicamente nelle costituzioni del secondo dopoguerra (e ben prima in quella statunitense, integrata – quasi un undicesimo emendamento – dalla sentenza Marshall del 1803) stabilisce come principi-chiave la garanzia della rigidità costituzionale e – come sua consequenzialità, «a garantire, per così dire, la garanzia»<sup>17</sup> – quella della giustizia costituzionale, ambedue funzionali alla limitazione del potere politico.

È molto, ma non è tutto.

È dottrina comune, infatti, che lo Stato costituzionale delineato da quelle costituzioni non si fonda soltanto su norme limitative del potere (*disabling rules*), ma anche su altre che lo autorizzano (*enabling rules*)<sup>18</sup> a conformare le istituzioni e i rapporti fra stato e cittadini secondo tecniche e valori considerati essenziali per definirne l'identità: tali sono la gestione del potere d'indirizzo politico affidato ad organi eletti a suffragio universale<sup>19</sup>, la sovranità popolare, la dignità della persona<sup>20</sup> salvaguardata dalla tutela dei suoi diritti<sup>21</sup>.

---

<sup>14</sup> N. Matteucci, *Breve storia del costituzionalismo*, in *Terzo Programma*, 2, 1964, 111; dello stesso autore si veda la definizione descrittiva riportata *ultra* in nota 21.

<sup>15</sup> Si riferisce al governo limitato, diversificandolo dal concetto di separazione dei poteri, N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (cur.), *Il Dizionario di politica*, Torino, 2004, 210. Al governo limitato si richiama anche L. Elia, *L'esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in M. Olivetti, T. Groppi (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, 147-8, accennando alla posizione di Madison nel *Federalist*.

<sup>16</sup> R. Toniatti, *Il principio non maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2020, 1158, il quale ribadisce il concetto secondo cui la «forma di Stato costituzionale di diritto [...] porta a completamento la logica di razionalizzazione normativa della nozione di *limited government* e di garanzia dalle insidie della dittatura della maggioranza».

<sup>17</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 222.

<sup>18</sup> Su questa distinzione cfr. S. Holmes, *Passioni e vincoli*, Torino, 1998, 233 ss.; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005, 6 ss.

<sup>19</sup> O, nei regimi parlamentari, al cd. *continuum* maggioritario, composto da un organo eletto e da un altro che gode della sua fiducia.

<sup>20</sup> Sul «metavalore» della dignità umana cfr. G. Silvestri, *Considerazioni sul valore della dignità umana*, in *Rivista AIC*, 2008; su tale valore inteso come principio costitutivo delle società democratiche contemporanee attorno al quale si è costruito l'intero costituzionalismo del dopoguerra in Europa, cfr. il recente volume di G. Azzariti, *Diritto o barbarie*, Roma-Bari, 2021, 35 e 137 e *ivi* il richiamo al pensiero di Rodotà. Si veda anche il libro citato *ultra* in nota 315.

<sup>21</sup> Proprio la tutela dei diritti individuali è posta a fondamento di un'altra definizione di costituzionalismo (diversa da quella proposta *retro sub* nota 14) proposta da N. Matteucci, *Costituzionalismo*, cit. 202: «tecnica giuridica attraverso la quale ai cittadini

Sarebbe bello poter credere che una tale forma di Stato sia assimilabile a una sorta di presepe le cui statuine svolgano disciplinatamente il loro compito, ma un approccio culturale consapevole dimostra che appena il fermo immagine si scioglie in una sequenza in movimento le interdipendenze, le tensioni, le criticità si dipanano in un labirinto da percorrere con ponderazione.

Cominciando dalle criticità più pertinenti al seguito del discorso, se ne addensano di rilevanti sul concetto di sovranità popolare, per cogliere le quali è utile disgiungere il sostantivo dall'aggettivo. Quanto al primo, ho già altrove richiamato<sup>22</sup> l'evaporazione del concetto di sovranità (intesa à la Rousseau come *potestas legibus soluta*)<sup>23</sup> in uno stato ispirato ai principi del costituzionalismo (e, prima, del liberalismo, capace già a metà Ottocento di esprimere l'apologia di una sorta di “sovranità” del limite<sup>24</sup>), il cui valore ultimo e intangibile risiede nell'avversione nei confronti di ogni potere non limitato e nella conseguente vocazione a fungere da *remedium onnipotentiae*<sup>25</sup>; nel lasciare vuoto dunque il posto della sovranità<sup>26</sup> o di farlo normativisticamente occupare dalla Costituzione<sup>27</sup>, dalla quale tutti i poteri traggono la loro limitata competenza: anche quelli popolari e di derivazione popolare, i quali, in ordinamenti «a sovranità indecisa»<sup>28</sup>, in quanto di volta in volta soggettivizzabile in vari organi<sup>29</sup>, non godono di uno status privilegiato.

Passando all'aggettivo “popolare”, esso non è in grado di innescare alcuna significativa sinergia con un termine – “sovranità” – ormai destituito di sostanza: se ne avvede Kelsen quando scrive che la «dottrina della

---

viene assicurato l'esercizio dei loro diritti e, nel contempo, lo stato è posto nella condizione di non poterli violare».

<sup>22</sup> A. Di Giovine, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. Sicardi (cur.), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, 33-34; Id., *Dallo stato liberale alla democrazia costituzionale. Riflessioni critiche sul concetto di sovranità popolare*, in *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, II, Napoli, 2020, 104 ss.

<sup>23</sup> «È essenziale al potere sovrano di non soffrire limitazioni: o può tutto o non può nulla» (J.J. Rousseau, *Lettere della montagna* (1764), in Id., *Scritti politici*, Torino, 1970, 999).

<sup>24</sup> Si veda A. Zanfarino (cur.), *Antologia degli scritti politici di Benjamin Constant*, Bologna, 1962: «Quando la sovranità non è limitata, non c'è nessun mezzo per mettere gli individui al riparo dai governi» (62); «Nessuna autorità della Terra è illimitata, né quella del popolo, né quella degli uomini che si dichiarano suoi rappresentanti, né quella dei re, a qualsiasi titolo essi regnino, né quella della legge, che essendo soltanto l'espressione della volontà del popolo o del monarca, secondo la forma di governo, deve essere circoscritta negli stessi limiti dell'autorità da cui emana» (67).

<sup>25</sup> L. Elia, *L'esperienza*, cit., 148.

<sup>26</sup> P. Rosanvallon, *La legittimità democratica*, Torino, 2015, 136 e 156. Anche per M. Troper, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 1988, 65, nocciolo del costituzionalismo «è che bisogna distruggere ogni sovranità, che non vi deve essere alcuna autorità sovrana».

<sup>27</sup> E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 586-595.

<sup>28</sup> M. Fioravanti, *La costituzione democratica*, Milano, 2018, 270-271.

<sup>29</sup> G. Silvestri, *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005, 88 ss.

sovranità popolare [...] è una maschera totemistica»<sup>30</sup>. In effetti, realisticamente considerato, esso allude, con linguaggio aulico ma anche ossimorico<sup>31</sup>, alle competenze di cui alle prime righe di questo scritto, conferite al corpo elettorale per renderlo coprotagonista della dinamica politico-costituzionale: in particolare è lo snodo rappresentativo quello in cui si consuma la radicale desemantizzazione del concetto di democrazia (da potere del popolo a potere approvato dal popolo) e si determina l'insediamento al vertice del sistema del potere delle *élite*<sup>32</sup>.

Rinviando a un precedente lavoro per una più articolata argomentazione di quanto qui meramente asserito<sup>33</sup>, risulta funzionale al prosieguo di questo scritto il rimarcare, come H. Arendt, che le democrazie contemporanee altro non sono che «governo del popolo *attraverso un'élite scaturita dal popolo*»<sup>34</sup> e l'aderire alla posizione di Sartori, secondo il quale «la formula democratica resta una variante – la variante aperta – del principio d'élite»<sup>35</sup>: si materializza così, certo, un fossato fra i due poli dell'assetto politico-sociale (governanti e governati), ma di tale situazione va colta anche l'attitudine benefica, perché quel fossato, distanziando eletti ed elettori – cioè società politica da società civile, contesto del potere da contesto della soggezione – mina alla radice la possibilità di costruire una democrazia identitaria e totalitaria e pone le basi delle tecniche (vanto delle democrazie di stampo liberale) di tutela da un potere che rimane “altro” e dunque da limitare.

### 3. Judicial review

Per proseguire il discorso occorre ricollegarsi alle definizioni riportate *retro* di costituzionalismo: pur nella consapevolezza che esse ne riflettono una concezione ristretta, valorizzando solo il versante della limitazione del potere<sup>36</sup>, non si può prescindere, in questa sede, da esse. Questo perché il tipo

<sup>30</sup> H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966, 94.

<sup>31</sup> «Nelle forme e nei limiti della Costituzione» e altre simili espressioni, contraddicono infatti platealmente il concetto di sovranità.

<sup>32</sup> Cfr. sul punto il mio scritto citato *retro* nota 4.

<sup>33</sup> V. i paragrafi 3 e 4 dello scritto *retro* cit. in nota 4.

<sup>34</sup> H. Arendt, *Sulla rivoluzione* (1963), Milano, 1983, 320-321; corsivo testuale.

<sup>35</sup> G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957, 73. Di recente in termini simili si è espresso S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017: «La democrazia è piuttosto un'oligarchia corretta da periodiche elezioni» (19); «Il governo da parte di un'oligarchia per conto del popolo, quella che chiamiamo democrazia, [...]» (37). Fra gli altri, si può richiamare anche P. Pasquino, *Il giudice*, cit., 807, il quale osserva che «l'estensione del suffragio [...] non ha cambiato la natura elitista dei governi rappresentativi».

<sup>36</sup> S. Holmes, *Vincoli costituzionali e paradossi della democrazia*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (cur.), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 168, nota 6, parla di «concetto riduttivo del costituzionalismo» se identificato con la limitazione del potere di governo: in effetti risulterebbe escluso il filone delle *enabling rules* e quello del

di costituzioni che i costituenti redassero nel secondo dopoguerra trovavano nell'*humus* culturale evocato da quelle definizioni alcune delle loro caratteristiche essenziali: la rigidità e la presenza di un giudice delle leggi, entrambe collegate al fatto che si volle sanzionare il passaggio «dalla costituzione come *loi politique* alla costituzione come norma giuridica»<sup>37</sup>. Norma giuridica – è da specificare – considerata come *higher* (o *paramount*) *law* alla quale vengono assoggettati sia il *gubernaculum* che la *iurisdictio* (il cui dualismo sostituisce la classica tripartizione dei poteri)<sup>38</sup>, la *legislatio* come la *legis executio*<sup>39</sup>. Come si vedrà più diffusamente *ultra*, il *gubernaculum* (che oggi potremmo chiamare “potere governante”) in presenza di una *higher law* viene depotenziato, perché né il parlamento può ritenersi organo sovrano, essendogli precluso il potere costituente<sup>40</sup>, né sovrano può ritenersi il più importante strumento di indirizzo politico del governo – la legge: «gouverner c'est légiférer» scriveva nel 1934 René Capitant<sup>41</sup> – ormai «detronizzata a vantaggio di un'istanza più alta»<sup>42</sup>; simmetricamente assume un ruolo preminente il giudice<sup>43</sup>, in quanto «porre la politica *sub constitutione* significa inevitabilmente porla *sub iudice*»<sup>44</sup>, il «baluardo di una costituzione rigida non potendo che essere le corti»<sup>45</sup>; certo si tratta di un giudice ben diverso da quello cui pensava Carré de Malberg quando scriveva che «il giudice deve applicare le leggi ordinarie, non la Costituzione»<sup>46</sup>.

---

costituzionalismo emancipante, presente in forze nelle costituzioni del secondo dopoguerra.

<sup>37</sup> M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 391; corsivo originale. Spiega bene questo passaggio R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia: un rapporto dialettico o conflittuale?*, in AIC, *Democrazia, oggi* (Annuario 2017), Napoli, 2018, 444, laddove scrive che «nello stato legislativo la costituzione è un documento che ha un valore solo politico, mentre nello stato costituzionale diventa norma giuridica e parametro per la validità delle decisioni dei poteri costituiti».

<sup>38</sup> Scrive M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 420, che «la frontiera della separazione dei poteri, nuova e nello stesso tempo antica, si pone oggi tra la politica democratica da una parte, che può e deve disporre di tutti gli strumenti necessari per la libera determinazione e attuazione dell'indirizzo politico prevalente, e la giurisdizione dall'altra parte, cui spetta l'altrettanto libero ed esclusivo potere d'interpretazione della legge a garanzia di diritti, secondo i principi costituzionali».

<sup>39</sup> Più ampiamente v. il mio *Potere*, cit. *retro* in nota 22.

<sup>40</sup> Il «parlamento non può liberamente mutare la costituzione, per il più semplice dei motivi: perché non l'ha generata, perché essa è riconducibile a un'altra, e ben più ampia, volontà originaria»: M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, 2009, 50.

<sup>41</sup> R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres* (1928-1940), Paris, 2004, 327.

<sup>42</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 48.

<sup>43</sup> M. Fioravanti, *Legislazione e giurisdizione in Europa: l'età dello Stato costituzionale*, in A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (cur.), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 195, parla di una «obbiettiva diminuzione di peso della legge di fronte alla Costituzione» e di un «parallelo e corrispondente aumento di peso della giurisdizione».

<sup>44</sup> L. Elia, *Politica e costituzione*, Soveria Mannelli, 2003, 9.

<sup>45</sup> *Il Federalista*, n. 78.

<sup>46</sup> R. Carré de Malberg, *La legge espressione della volontà generale* (1931), Milano, 2003, 185.

Se già l'opzione per la rigidità della costituzione costituisce di per sé un limite al legislatore<sup>47</sup>, depotenziandone il dinamismo dell'indirizzo politico<sup>48</sup>, predeterminato com'è nelle sue linee generali dalla costituzione<sup>49</sup>, su questa prima acquisizione viene innestata la dottrina kelseniana secondo la quale una «costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionali non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria» ed «è del tutto sprovvista di senso giuridico»<sup>50</sup>: l'introduzione del *judicial review* viene quindi percepita dai costituenti del secondo dopoguerra come necessaria conseguenza della rigidità-obbligatorietà<sup>51</sup> della Costituzione, come l'unico modo di prenderla sul serio, rappresentandone l'altra faccia della medaglia<sup>52</sup>. In particolare in Italia già in Assemblea costituente era risultato pacifico il nesso fra rigidità e controllo di costituzionalità<sup>53</sup> spezzando il quale la Carta si sarebbe ridotta a «una romantica dichiarazione di diritti dell'uomo, a un semplice *cahier* dei desideri»<sup>54</sup>, parole in cui risuona l'eco della sentenza Marshall, là dove affermava che la costituzione «deve prevalere su qualsiasi atto che è in conflitto con il suo contenuto; altrimenti, si deve ritenere che il legislatore può modificarla con una legge ordinaria qualunque. Non ci sono vie di mezzo. O la costituzione è una legge sovraordinata alle altre oppure è al loro stesso livello. Se è vera la prima asserzione, un atto normativo ordinario in contrasto con essa non può dirsi 'legge'; se è vera la seconda, si deve ritenere che la costituzione sia l'assurdo tentativo del popolo di porre limiti a un potere per sua natura irrefrenabile».

Se nel secondo dopoguerra la molla principale (forse esclusiva) dell'introduzione del controllo di legittimità costituzionale delle leggi si richiamava alla teorizzazione di Kelsen di opporre un freno agli «abusi della maggioranza» o, con reminiscenze tocquevilliane, alla «dittatura della maggioranza»<sup>55</sup>, è da supporre che le assemblee costituenti fossero consapevoli delle ricadute politiche e giuridiche strutturalmente collegate

<sup>47</sup> È quanto sostengono C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1225, e V. Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, 4, Milano, 1977, 131.

<sup>48</sup> P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., 29; parla di «dosaggio del pluralismo» A. Mastropaolo in un libro in corso di stampa.

<sup>49</sup> Lo scrivevo oltre mezzo secolo fa in *Introduzione allo studio della riserva di legge*, Torino, 1970, 64. Si veda da ultimo R. Toniatti, *Il principio*, cit., 1166, che suffraga il concetto secondo cui il legislatore parlamentare ordinario «è vincolato dalla pre-selezione e pre-qualificazione degli interessi».

<sup>50</sup> H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 199-200.

<sup>51</sup> Al concetto di obbligatorietà faceva riferimento anche E. J. Sieyès nel suo intervento sul Giurì Costituzionale del 5 agosto 1795: «una Costituzione, o è un corpo obbligatorio di leggi, o è niente» (E. J. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, Milano, 1993, 814).

<sup>52</sup> S. Gerotto, *Giustizia costituzionale e democrazia*, in D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Giurisprudenza costituzionale e potere democraticamente legittimato*, I, Bologna, 2017, 48.

<sup>53</sup> E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 5-6.

<sup>54</sup> Intervento in Assemblea costituente di Paolo Rossi del 28 novembre 1947.

<sup>55</sup> H. Kelsen, *La giustizia*, cit., 202.

alla presenza di un giudice delle leggi: rifacendosi al pensiero di Crisafulli<sup>56</sup>, appare fondato sostenere che «la giustizia costituzionale non tanto rappresenta un'antinomia quanto piuttosto un'alterazione dello schema democratico parlamentare, ma un'alterazione intenzionalmente posta dai costituenti in funzione di un preciso disegno politico, nella quale si esprime al più alto livello quella componente liberale, e quindi garantista, che qualifica il regime democratico costituzionalmente adottato». Ad essere coinvolto dalla presenza del giudice delle leggi è pertanto il concetto stesso di democrazia, la cui attitudine decisionale viene ridisegnata *ab imis* dalla presenza di quel giudice, il quale, pur non democraticamente legittimato, ha il potere di espungere dall'ordinamento gli atti approvati dalla maggioranza dei rappresentanti del corpo elettorale qualora non ritenuti conformi alla costituzione. Si configura dunque un modello additivo di democrazia che combina principio di maggioranza e previsione di diritti e di libertà in capo agli individui, la cui tutela comporta limitazioni a quel principio (fatte valere dal giudice costituzionale), dando luogo così a una «concezione sostanziale (i valori democratici) e non solo formale (elettorale) della democrazia, che si configura pertanto non come democrazia *tout court*, bensì quale democrazia costituzionale (democrazia secondo la Costituzione)»<sup>57</sup>.

Un modello di democrazia che introduce al centro dell'architettura dello Stato costituzionale il canone della diffidenza nei confronti del potere politico, figlio di una antropologia pessimistica che si contrappone a quella ottimistica del principio democratico-rappresentativo, che presuppone che i governati scelgano i migliori rappresentanti e che questi ultimi approvino le leggi migliori: ma la stessa linea storica che aveva portato a diffidare del monarca a favore del parlamento, si prolunga e si ritorce contro quest'ultimo<sup>58</sup>, portando a riporre fiducia nel terzo potere, accreditato di virtù che il legislatore non possiede<sup>59</sup>. È nel solco di una «*méfiance continue*»<sup>60</sup> che si inserisce quel canone, dalla lunga e illustre ascendenza<sup>61</sup>: si va da Montesquieu, il quale scriveva che «*Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*»<sup>62</sup>; a Constant, il quale affermava, meno di un secolo dopo, che «ogni

<sup>56</sup> Riproposto testualmente e commentato da L. Paladin, *L'opera di Vezio Crisafulli tra diritto e politica*, Trieste, 2001, 26 ss.; e da L. Mezzetti, *Teorie della giustizia costituzionale e legittimazione degli organi di giustizia costituzionale*, in *Estudios Constitucionales*, 2010, 308 ss. (ambedue rinvenibili in rete).

<sup>57</sup> R. Toniatti, *Il principio*, cit., 1161; si veda anche pagina 1183, dove si individua la democrazia *tout court* (ovvero la democrazia maggioritaria) in quella «fondata sugli esiti della competizione elettorale e su beni giuridici ricompresi nella disponibilità della maggioranza contingente e del suo governo».

<sup>58</sup> O. Bachof, *Grundgesetz e potere del giudice*, Modena, 2017, 61.

<sup>59</sup> M. Troper, *Il concetto*, cit., 73; I. Fassassi, *Justice constitutionnelle et contre-démocratie*, in *Ann. intern. justice const.*, 2018, 588.

<sup>60</sup> I. Fassassi, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>61</sup> M. Troper, *op. ult. cit.*, 73.

<sup>62</sup> *De l'esprit des lois* (1748), libro undicesimo, cap. IV.

[buona] costituzione è un atto di sfiducia»<sup>63</sup>; a Jefferson che nella Risoluzione del Kentucky del 1798 ragionava sul fatto che «il governo libero si fonda sulla diffidenza e non sulla fiducia; è la diffidenza e non la fiducia che prescrive il ricorso a limiti costituzionali che limitino coloro cui siamo costretti ad affidare il potere»<sup>64</sup>. Sono queste categorie mentali a materializzarsi nelle costituzioni del secondo dopoguerra provocando il passaggio dalla *puissance législative illimitée* al rendere la legge oggetto di misurazione<sup>65</sup> da parte di un giudice supremo: si introduce così «un fattore permanente di virtuale invalidità»<sup>66</sup>, s'intacca la «presunzione di regolarità degli atti compiuti dal potere»<sup>67</sup> e si saldano indissolubilmente nella *judicial review* protezione della costituzione e limiti al legislatore. In questa narrazione sembrerebbe chiudersi il cerchio del costituzionalismo garantistico nel senso condiviso dalle costituzioni avvicendatisi dal 1948 in poi: perché la costituzione funzioni, conti e duri<sup>68</sup>, occorre che la legislazione ordinaria non la manometta, pena l'attivazione del controllo di costituzionalità «affinché il potere eletto rimanga fedele ai propri impegni»<sup>69</sup>.

Si tratta però di una narrazione che – come noto – ha prestato il fianco a una contronarrazione incentrata sulla tensione che si verrebbe a creare fra giustizia costituzionale (di matrice garantistico-elitistica) e principio democratico.

In particolare, da quando Alexander Mordecai Bickel ha tematizzato la problematica della *counter-majoritarian difficulty*<sup>70</sup> si è imposta come centrale nella riflessione giuridica sviluppatasi nelle due sponde dell'Atlantico la risposta alla domanda così formulata da Holmes «Perché nove giudici designati dovrebbero avere il diritto – sia che seguano sia che ignorino la lettera della Costituzione – di annullare le decisioni di deputati

---

<sup>63</sup> Citato da P. Rosanvallon, *Controdemocrazia*, Roma, 2012, 29 e 243.

<sup>64</sup> Cfr. A. Aquarone, *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, Bologna, 1961, 143-144; corsivo mio. Continua il terzo presidente americano (1801-1809): «Quando si tratta del potere, dunque, lasciamo da parte la fiducia nell'uomo e mettiamolo invece in condizioni di non nuocere legandolo con le catene della costituzione» ed invita a dimostrare un «inalterato attaccamento ad un governo limitato, particolare o generale che sia».

<sup>65</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto*, cit., 48.

<sup>66</sup> L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, 55.

<sup>67</sup> L. Gianformaggio, *Diritti e ragione tra essere e dover essere*, in Id. (cur.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, 29.

<sup>68</sup> J. Elster, *Argomentare e negoziare*, Milano, 1993, 24 ss.

<sup>69</sup> P. Rosanvallon, *Controdemocrazia*, cit., 29. Di seguito lo studioso francese individua nei poteri di sorveglianza uno degli strumenti attraverso cui si attiva la democrazia della sfiducia organizzata a fronte della democrazia della legittimazione elettorale, minata dall'«entropia rappresentativa (vale a dire [dal] degradarsi del rapporto tra eletti ed elettori)»; corsivo testuale.

<sup>70</sup> A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis-New York, 1962, 16 ss. e *passim*.

democraticamente eletti?»<sup>71</sup>. Chiaramente riferita alla situazione nordamericana, ma coinvolgente sul piano teorico l'istituto del *judicial review* in quanto tale, la domanda è stata riproposta, con variazioni non essenziali ma pur sempre significative, da studiosi francesi come Vedel, Rosanvallon, Tusseau. Il primo, già membro del *Conseil constitutionnel*, si domanda: «Come spiegare che dei giudici non eletti, designati da una parte del potere politico, possano opporsi a ciò che è, nella persona dei suoi rappresentanti, la nazione sovrana?»<sup>72</sup>. Il secondo pone la domanda in questi termini: «È democratico che un pugno di giudici non eletti possa imporre la sua idea a un'assemblea rappresentativa del popolo?»<sup>73</sup>. Quanto a Tusseau<sup>74</sup>, il suo pensiero può essere sintetizzato nel seguente interrogativo: «perché dovrebbe essere preferibile la decisione di un Tribunale costituzionale (libera, discrezionale, vincolata dal lessico e dalla storia di ciascuna costituzione, ancorata a ponderazioni opinabili se non arbitrarie), alle valutazioni – mediate e dibattute – dei corpi politici, chiamati, loro sì, a rispondere al popolo delle proprie scelte?»<sup>75</sup>.

Tornando alla dottrina statunitense, si possono ricordare studiosi come Dahl («Può la revisione giudiziaria trovare giustificazione in un ordine democratico?»<sup>76</sup>); come Tushnet («What reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?»<sup>77</sup>); come Ackerman («What gives Nine Old Lawyers the democratic authority to veto the statutory conclusions of our Elected Representatives?»<sup>78</sup>), come Michelman (il quale ipotizza che si possa considerare «offesa alla democrazia il fatto che dei giudici non elettivi, governino, almeno in parte, pronunciandosi sulla validità di leggi promulgate dai rappresentanti elettivi dei cittadini»<sup>79</sup>); come

<sup>71</sup> S. Holmes, *Vincoli costituzionali*, cit., 167-168.

<sup>72</sup> Citato da D. Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, in *AIC, La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa (Annuario 2006)*, Napoli, 2010, 61.

<sup>73</sup> P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., 206.

<sup>74</sup> G. Tusseau, *Deux dogmes du constitutionnalisme*, in AA.VV., *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en hommage à Elisabeth Zoller*, Paris, 2018, 895 ss.

<sup>75</sup> Il virgolettato riporta la sintesi del pensiero di Tusseau in L. Pegoraro, «Politico» e «giurisdizionale» a cento anni dal *Verfassungsgerichtshof*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2020, 915.

<sup>76</sup> R. Dahl, *Quanto democratica è la Costituzione americana?*, Roma-Bari, 2003, 40, il quale, nelle righe precedenti, ritiene contraddittorio «il conferire a un corpo non eletto – nel caso americano: cinque su nove magistrati della Corte suprema – il potere di prendere decisioni politiche che riguardano la vita e il benessere di milioni di americani».

<sup>77</sup> M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999, 29.

<sup>78</sup> B. Ackerman, *We the People*, 1, Cambridge-London, 1993, 261. A pagina 8 dello stesso volume viene posta una domanda dello stesso tenore: «Whoever gave Nine Old Lawyers authority to overrule the judgments of democratically elected politicians?».

<sup>79</sup> F. I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario*, Bari, 2004, 63.

Tribe, il quale si domanda «Why a nation that rests legality on the consent of the governed would choose to constitute its political life in terms of commitments to an original agreement made by the people, binding of their children, and deliberately so as to be difficult to change»<sup>80</sup>.

È noto che le risposte a queste domande (*rectius*: alla stessa domanda formulata con sfumature diverse) si dispongono su una scala dai molti gradini, che Holmes ha provato a dicotomizzare, forse con un eccesso di semplificazione, nel disaccordo «fra democratici che ritengono nocive le costituzioni e costituzionalisti che percepiscono la democrazia come una minaccia»<sup>81</sup>. Sta di fatto che agli estremi della scala si possono collocare quanti – la maggioranza – esaltano la Corte suprema come paradigma della ragione pubblica<sup>82</sup> e caratterizzano le corti come «foro dei principi»<sup>83</sup> insediato in sistemi *rights-based* e baluardo dei diritti intesi come briscole (*trumps*) che valgono «against the State», «against the government», «against the majority»<sup>84</sup>; e quanti – un'agguerrita minoranza –, muovendo dalla convinzione secondo cui «Marshall offers no real reasons that the Court should have the power to nullify the statute»<sup>85</sup>, stigmatizzano la «judicial usurpation» della giurisprudenza della Corte suprema<sup>86</sup> e pretendono di strappare via dalle corti i diritti<sup>87</sup>, anche provocatoriamente ipotizzando improbabili *overruling* della Corte suprema e ancora più improbabili emendamenti alla Costituzione americana<sup>88</sup>.

Rinviando a fra poco l'analisi di quest'ultima corrente culturale che va sotto il nome di “costituzionalismo politico”, si deve ora riprendere il discorso dalle domande prima riportate circa la compatibilità fra democrazia e *judicial review*: un elemento che colpisce è la circostanza che la prospettazione del tema prescinde dal fatto – pur assai vistoso – che la *judicial review* americana, a differenza degli assimilabili istituti europei, non è prevista in costituzione, ma è stata attivata in via giurisprudenziale<sup>89</sup>. Lo

<sup>80</sup> L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1988, 109.

<sup>81</sup> S. Holmes, *Passioni*, cit., 169.

<sup>82</sup> J. Rawls, *Liberalismo politico*, Milano, 1994, 198 ss.

<sup>83</sup> R. Dworkin, *Questioni di principio*, Milano, 1990, 36 e 86.

<sup>84</sup> Avevo proposto questa sintesi del pensiero di Dworkin già in A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, in G. M. Bravo (cur.), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, 2004, 321.

<sup>85</sup> A. M. Bickel, *The Least*, cit., 4.

<sup>86</sup> AA. VV., *The end of democracy? The Judicial Usurpation of Democracy*, Dallas, 1997.

<sup>87</sup> Si veda l'esplicito titolo di Tushnet citato *retro* in nota 77.

<sup>88</sup> Si veda M. Tushnet, *Taking*, cit., 155; Id., *Abolishing Judicial Review* (2011), *Constitutional Commentary*, 695, 581.

<sup>89</sup> Il che è il motivo per cui la «Corte costituzionale americana è forse l'organo al mondo la cui legittimazione è stata ed è più copiosamente discussa e messa in discussione: il dibattito su quale diritto la Corte fonda il proprio potere di fare quello che fa non ha paragone alcuno nelle analisi che gli studiosi continentali hanno riservato alle loro Corti» (S. Niccolai, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996,

rileva un politologo americano il quale, dopo aver segnalato come «enormously important» la differenza fra USA e altri paesi che prevedono in costituzione il *judicial review*, conclude che ciononostante «in every system in which a CC has been successful at enhancing the effectiveness of rights and review, legitimacy questions has been raised. In responses, judges and scholars have been led to develop a range of defenses»<sup>90</sup>. Si può plausibilmente argomentare nel senso che l'inserimento di un elemento liberal aristocratico in un contesto plasmato intorno ai principi della sovranità popolare o addirittura parlamentare non perda la sua forza dirompente anche se verbalizzato in costituzione e ha bisogno di un supplemento di riflessione affinché l'artificialismo della sua previsione venga reso compatibile con la novità, altrettanto dirompente, di una democrazia

---

37-38): valga per tutte la violentissima critica che Jefferson muoveva nel 1820 alla Corte suprema, riportata da G. Buttà, *Judicial review e governo della maggioranza*, in G. M. Bravo (cur.), *op. ult. cit.*, 81.

<sup>90</sup> A. Stone Sweet, *Constitutional Courts*, in M. Rosenfield, A. Sajò (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012, 828.

(quella costituzionale) che sostituisce le due sovranità richiamate con la supremazia della costituzione.

A chi si riconosce nel percorso storico culminato in questa supremazia le domande prima richiamate possono apparire attendibili solo nella misura in cui alludono a un campo di tensione insopprimibile perché fisiologico fra democrazia e costituzionalismo, ma in sostanza siano espressione (tanto più quando sono l'anticamera di un giudizio critico sul *judicial review*) di un ritardo culturale che andrebbe colmato, essendo frutto di una mancata introiezione delle novità che lo Stato costituzionale – quale verbalizzato dalle costituzioni del secondo dopoguerra e già dal 1803 in USA – ha incorporato nel concetto di democrazia<sup>91</sup>. Già si è parlato della radicale desementizzazione di cui tale concetto avrebbe bisogno per adeguarsi allo status che lo ha sempre connotato a partire dal suo ingresso nella storia (non potere del popolo, ma potere approvato dal popolo attraverso i meccanismi della rappresentanza): se si abbandonassero definizioni museali di democrazia (quali quella derivata dall'etimo greco e quella pomposamente pronunciata da Lincoln a Gettysburg<sup>92</sup>) la temperatura delle domande prima riportate si abbasserebbe di molto, uno dei due corni del problema venendo privato del pathos connesso al “governo del popolo” e ridimensionato al più dimesso status di rappresentanza senza vincolo di mandato del corpo elettorale. Una rappresentanza che, impigliata tra la kelseniana «finzione»<sup>93</sup> e la moschiana «menzogna»<sup>94</sup> sarebbe facile bersaglio della contrapposizione di Ackerman fra «We the People» e «We the Politicians»<sup>95</sup>. E invece, distanziare (come realisticamente si deve) dal popolo i suoi rappresentanti, considerati alla stregua di controfigure<sup>96</sup>, darebbe un contributo significativo a inaridire le matrici culturali del pensiero che considera «undemocratic» il *judicial review*<sup>97</sup>: una «academic obsession»<sup>98</sup> con le sue roccaforti negli Stati Uniti, della quale appare opportuno circoscrivere le potenzialità espansive prendendo atto senza remore che «viviamo in una democrazia costituzionale nella quale la Costituzione prevede limitazioni alla regola di maggioranza e all'ordinario svolgimento della democrazia elettorale»<sup>99</sup>, fatte valere dal giudice delle leggi. Costituzione e giudice delle leggi rispettivamente definibili come «riduttori» e «correttori» di democrazia<sup>100</sup>, solo con riferimento però alla sua dimensione rappresentativa-elettorale, non certo a quella valoriale, che anzi se ne avvale a mo' di baluardi.

---

<sup>91</sup> Buone osservazioni al riguardo in A. Renteria Diaz, *Costituzione e democrazia*, Milano, 2005, 177-178, il quale, anche richiamandosi al pensiero di Zagrebelsky, nota che «quanto è avvenuto dalla fine degli anni '40 del Novecento ad oggi non è ancora penetrato, influenzandone la terminologia e l'apparato concettuale, nella mente degli studiosi che si dedicano alle discipline aventi a che fare con la società e la sua struttura giuridica».

<sup>92</sup> Le ultime righe del libro di M. Tushnet già citato, suonano così: «The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The Declaration of Independence and the

#### 4. Sua legittimazione

Se si è convinti che l'*academic obsession* dell'inconciliabilità fra *judicial review* e democrazia sia un mito<sup>101</sup> costruito con mattoni di vecchia generazione non utilizzabili per costruire un concetto di democrazia al passo con l'affermazione del costituzionalismo, è opportuno spostare la riflessione sulle ragioni che inducono a ritenerlo inaccettabile: due possono essere gli *itinerari* argomentativi funzionali a tale fine.

Il primo muove dalla consapevolezza secondo cui la democrazia costituzionale (quella cioè incorporata nel costituzionalismo all'origine delle carte del secondo dopoguerra) è ben altra cosa dalla «forma canonica di

---

Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts» (194).

<sup>93</sup> È un giudizio che Kelsen esprime in vari luoghi: rimando, fra i tanti, a *Essenza e valore della democrazia* (1929), ora in Id., *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966, 37.

<sup>94</sup> G. Mosca, *Teorica dei governi e governo parlamentare* (1887, 1925), ora in Id., *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, Milano, 1958, 277: «che il risultato di una elezione sia l'espressione della volontà del paese, ossia della maggioranza degli elettori, è, nei casi ordinari, una cosa assolutamente falsa: e la base legale o razionale di qualunque sistema politico, che ammette la rappresentanza delle grandi masse popolari determinata dalle elezioni, è una *menzogna*»; corsivo originale.

<sup>95</sup> B. Ackerman, *We*, cit., 10.

<sup>96</sup> «During normal politics, the people simply do not exist: they can only be represented by “stand-ins”» (B. Ackerman, *op. ult. cit.*, 263).

<sup>97</sup> A. M. Bickel, *The Least*, cit., va più in là della prospettazione della *counter-majoritarian difficulty* prima citata (di per sé abbastanza innocua – come si vedrà – per il costituzionalista europeo) e sembra spingersi a destituire di fondamento il potere della Corte suprema in sede di *judicial review* definendolo «undemocratic» e «a deviant institution in the American democracy» (17-18). Vero è peraltro che – come spiega S. M. Griffin, *Il costituzionalismo*, cit., 190-191 – una corretta interpretazione del pensiero di Bickel necessita di una contestualizzazione che tenga conto dell'impatto che sugli studiosi della sua generazione ebbe la «follia» di una Corte in frontale contrapposizione alle politiche del New Deal: donde l'esigenza di contenere le spinte contro-maggioritarie in quella compatibilità di sistema di cui si parlerà nell'ultimo paragrafo. Resta comunque da registrare la posizione di tutt'altro tono della dottrina maggioritaria: cfr. ad esempio, B. Ackerman, *We*, cit., 262, secondo il quale «if the Court is right in finding that these politicians/statesmen have moved beyond their mandate, it is furthering democracy, not frustrating it».

<sup>98</sup> B. Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty*, Part five, 112 Yale L. J. (2002).

<sup>99</sup> S. M. Griffin, *Il costituzionalismo*, cit., 195. Sulle costruzioni teoriche nordamericane che cercano di superare il dilemma indotto dalla *counter-majoritarian difficulty* compatibilizzandolo con un sistema di democrazia costituzionale che renda legittima la previsione di limitazioni nei confronti dei rappresentanti eletti dal popolo, si diffonde A. Pierini, *Corte Suprema e legittimazione democratica: attualità di un dibattito teorico sull'equilibrio istituzionale nel costituzionalismo statunitense*, in R. Toniatti, M. Magrassi (cur.), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, Padova, 2011, 71 ss.

<sup>100</sup> Su questa tematica si veda il contributo di F. Longo, «*Riduttori*» e «*correttori*» di democrazia nel dibattito contemporaneo, in corso di pubblicazione.

<sup>101</sup> S. Holmes, *Passioni*, cit., 196.

democrazia»<sup>102</sup> fondata essenzialmente sul principio di maggioranza: essa è «un insieme composito di principi normativi»<sup>103</sup> nell'ambito del quale assume rilevanza centrale la proclamazione dei diritti individuali, facenti parte della sua «moralità interna»<sup>104</sup>, in quanto senza di loro un assetto democratico non è concepibile e tanto meno attivabile. È quanto scriveva nel 1945 e poi nel 1955 Kelsen: «Una democrazia senza opinione pubblica è una contraddizione in termini. In quanto l'opinione pubblica può sorgere dove sono garantite la libertà di pensiero, la libertà di parola, di stampa e di religione, la democrazia coincide con il liberalismo politico»<sup>105</sup>; «libertà di religione, libertà di opinione e di stampa appartengono all'essenza della democrazia e soprattutto vi appartiene la libertà della scienza [...] libera da ogni intrusione metafisica o religiosa»<sup>106</sup>.

Se si muove dunque dall'assunto secondo cui «il rispetto dei diritti fondamentali è parte integrante del principio democratico poiché essi sono indispensabili all'esercizio della deliberazione pubblica»<sup>107</sup>, ne deriva fisiologicamente che la «nuova» democrazia – la democrazia costituzionale – preveda come sua parte integrante limiti alla maggioranza di governo finalizzati «a proteggere singoli cittadini e gruppi contro decisioni che una maggioranza potrebbe assumere»<sup>108</sup>: e il ragionamento può continuare osservando che se non contemperassero «il potere decisionale della maggioranza con alcuni valori che essa non può ledere»<sup>109</sup>, non avrebbero senso articoli come il primo, terzo comma, del *Grundgesetz*, a norma del quale i «diritti fondamentali vincolano il potere legislativo, il potere esecutivo e quello giurisdizionale»<sup>110</sup>. Acquistano senso, invece, se al vertice dell'ordinamento siano preposti organi di giustizia costituzionale volti alla tutela di quei vincoli: in tale prospettiva quegli organi vanno considerati piuttosto che correttivi e attenuazioni della democrazia<sup>111</sup> lo strumento necessario per attuarla<sup>112</sup>. Si valorizza così la potente normatività di alcune celebri massime giurisprudenziali: come quella della sentenza *Barnette* (sul saluto alla bandiera) del 1943, nella quale l'estensore Robert Jackson

<sup>102</sup> R. Dworkin, *Questioni*, cit., 84.

<sup>103</sup> S. M. Griffin, *Il costituzionalismo*, cit., 197, riferendosi alla democrazia americana, ma estensibile alla democrazia costituzionale in sé.

<sup>104</sup> C. S. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009, 8 e 136.

<sup>105</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, 1963, 293.

<sup>106</sup> H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, 1995, 246.

<sup>107</sup> D. Rousseau, *La legittimità*, cit., 77.

<sup>108</sup> R. Dworkin, *I diritti*, cit., 241, con riferimento alla Costituzione e al *Bill of Rights* americani.

<sup>109</sup> A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, 194.

<sup>110</sup> E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 488-490.

<sup>111</sup> V., ad esempio, N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 104, che scrive della nostra Corte costituzionale come di un istituto che, «in qualsiasi modo lo si voglia considerare, è una profonda attenuazione del principio democratico».

<sup>112</sup> M. Troper, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Napoli, 1998, 308.

scriveva che i «diritti fondamentali non possono essere sottoposti al voto: essi non dipendono dal risultato di alcuna elezione»; come quella della sentenza Luth del 1958 in cui il Tribunale federale tedesco affermava che i diritti fondamentali di comunicazione quali la libertà di opinione (inclusa la libertà di stampa e d'informazione) sono, rispetto alla democrazia, «costitutivi per eccellenza»<sup>113</sup>; come quella della decisione del Conseil constitutionnel del 1985, la quale sanciva che «la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution»<sup>114</sup>.

Si tratta di brani nei quali appare chiaro che «la memoria storica del costituzionalismo [...] si compone non solo della radice democratico-giacobina ma anche di quella liberale antimaggioritaria»<sup>115</sup>: non è un caso che essi confluiscono oggi agevolmente in una delle tesi centrali del pensiero di Dworkin, quella secondo cui «individual rights are political trumps held by individuals»<sup>116</sup>.

Passando al secondo *iter* argomentativo cui prima si accennava, esso muove dal dato di fatto secondo cui il *judicial review* è presente, in posizione di assoluto rilievo, in gran parte degli ordinamenti costituzionali vigenti, anche di quelli che hanno vissuto la transizione dai regimi prima inseriti nell'area di influenza dell'URSS. Se così è, la domanda che si deve porre lo studioso è la seguente: quale modello di democrazia è presupposto da tale presenza<sup>117</sup>? Non certo quella che fece dire a un deputato socialista francese, rivolgendosi all'opposizione «vous avez juridiquement tort, parce que vous êtes politiquement minoritaire»<sup>118</sup>, ma una ben più sofisticata e complessa<sup>119</sup>, identificabile nella versione costituzionalistica della democrazia<sup>120</sup>: si tratta di una democrazia – osserva Troper<sup>121</sup> – che, per essere compatibile con la

<sup>113</sup> E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 423.

<sup>114</sup> Una prova di audacia – quella che si esprime nella massima riportata – che trova il suo precedente nella *décision* del 16 luglio 1971 nella quale veniva affermata la valenza normativa del preambolo costituzionale: interessanti considerazioni in P. Passaglia, *Lo strano caso del legittimato che legittimò il legittimante: il Conseil constitutionnel e la Costituzione della Quinta Repubblica francese*, in D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Giurisprudenza*, cit., II, Bologna, 2017, 64 ss.

<sup>115</sup> D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, Napoli, 2008, 118.

<sup>116</sup> R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, London-New York, 1997, 60 (non tradotta nell'edizione italiana). Dopo la frase riportata nel testo, Dworkin così continua: «Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them».

<sup>117</sup> M. Troper, *Per una teoria*, cit., 316-317.

<sup>118</sup> André Laignel, nella seduta dell'Assemblea nazionale del 13 ottobre 1981.

<sup>119</sup> Parla della giustizia costituzionale come di un «elemento di sofisticazione dell'organizzazione costituzionale», comportando «uno sdoppiamento funzionale degli apparati di vertice della democrazia» alla stregua dell'«antica bipartizione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*» L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 516-517.

<sup>120</sup> F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 127.

<sup>121</sup> M. Troper, *Per una teoria*, cit., 325.

presenza di un organo di giustizia costituzionale, non è definibile «come governo del popolo da parte del popolo, ma come governo di una volontà generale formata in parte sotto l'influsso che il popolo esercita con la scelta, diretta o in diretta, di alcuni di quelli che l'esprimono»<sup>122</sup>; mentre un altro costituzionalista francese, Dominique Rousseau, tiene a sottolineare che il Conseil «giudicando delle leggi rispetto alla volontà del popolo rende evidente che i rappresentanti non sono i sovrani ma sono soltanto i delegati del potere sovrano»<sup>123</sup>.

Una posizione, quest'ultima, collegabile, oltre che a un celebre sarcasmo del *Federalist*<sup>124</sup>, a una sagace lezione di costituzionalismo (nell'accezione di governo limitato) impartita nel 1945 da Einaudi laddove ragionava di freni che «hanno per iscopo la libertà di legiferare e di operare dei ceti politici governanti scelti dalla maggioranza degli elettori. In apparenza è violato il principio democratico che dà il potere alla maggioranza: in realtà, limitandone i poteri, i freni tutelano la maggioranza contro la tirannia di chi altrimenti agirebbe in suo nome e, così facendo, implicitamente tutelano la maggioranza» (degli elettori, s'intende)<sup>125</sup>. È il percorso di pensiero nel quale s'incontrano, anche se con qualche diversità di prospettiva allineata al dibattito americano, le posizioni di Ackerman e di Elster, ambedue impegnate a distinguere le decisioni costituenti da quelle della legislazione ordinaria. Il primo, dopo aver differenziato le democrazie in moniste (quelle che presuppongono che tutto il potere appartenga ai vincitori delle elezioni)<sup>126</sup> e dualiste, le quali distinguono «between two different decisions that may be made in a democracy. The first is a decision of American people; the second by their government», sostiene che la democrazia americana è da allocare nel secondo modello, alla cui garanzia è preposta la Corte suprema cui è affidato il compito di distinguere «the will of We the People from the acts of We the Politicians», identificati nella «political elite in Washington»<sup>127</sup>. Elster, da parte sua, propone la distinzione fra *politique politisante* e *politique politisée*<sup>128</sup>: la prima è quella praticata dall'Assemblea costituente (unico vero soggetto politico, in grado di legare le generazioni successive attraverso l'operato del potere

---

<sup>122</sup> Il pensiero di Troper, *Per una teoria*, cit., è chiarito da quanto scrive a pagina 316 e 318: «la funzione legislativa è esercitata da un organo complesso, di cui uno degli organi parziali è l'insieme formato dal governo e dal Parlamento [...] di cui l'altro organo parziale è l'insieme formato da una delle volontà di trasmissione del Consiglio costituzionale e dal Consiglio costituzionale stesso», il quale poiché «partecipa alla formazione della legge, contribuisce anch'esso all'espressione della volontà generale».

<sup>123</sup> D. Rousseau, opera citata da L. Mezzetti, *Teorie*, cit., 342.

<sup>124</sup> Nel n. 71 si legge che i «rappresentanti del popolo riuniti in assemblea democratica sembrano talora fantasticare d'essere il popolo stesso».

<sup>125</sup> L. Einaudi, *Maior et sanior pars*, in *Idea*, 1945, 7.

<sup>126</sup> B. Ackerman, *We*, cit., 8.

<sup>127</sup> B. Ackerman, *We*, cit., 10.

<sup>128</sup> J. Elster, *Ulisse e le sirene*, Bologna, 1983, 163.

giudiziario), la seconda si risolve nell'adempimento, giorno per giorno, delle regole del gioco<sup>129</sup>.

Mi sembra plausibile affermare che, quale che sia l'iter argomentativo seguito, entrambi possano farsi confluire nella «cultura (liberale) del limite»<sup>130</sup> insita nel costituzionalismo: cultura che Rawls esprime nei termini di una contrapposizione fra legge suprema e legge ordinaria<sup>131</sup>; Rosanvallon nei termini di una contrapposizione fra popolo-principio e popolo-suffragio<sup>132</sup> gestita dalle «istituzioni della riflessività» (fra cui annovera le corti costituzionali)<sup>133</sup> e Fioravanti in termini di una prevalenza del popolo della Costituzione su quello della maggioranza<sup>134</sup>.

Si pongono così le basi per l'insediamento al vertice del sistema di un istituto (potenzialmente contromaggioritario, come si vedrà) diversamente denominato nei vari ordinamenti, cui è attribuito il controllo di compatibilità fra la *lower law* e la *higher law*: si assiste così alla giuridicizzazione del principio di diffidenza prima richiamato e al conseguente fronteggiarsi di due versioni di democrazia, quella della sfiducia organizzata e quella della legittimità elettorale<sup>135</sup>.

A sanzionare tale giuridicizzazione, che comporta un potenzialmente severo ridimensionamento del potere d'indirizzo politico, sono le stesse classi politiche che potrebbero esserne «vittime», il che si giustifica col fatto che si fece strada nei costituenti del secondo dopoguerra la convinzione secondo cui le costituzioni approvate costituivano una svolta epocale rispetto a un passato atroce<sup>136</sup>, per preservare la quale il circuito politico-rappresentativo non dava sufficienti garanzie di sapersi autolimitare<sup>137</sup>, anzi era percepito come una minaccia dalla quale difendersi. Mi sembra significativo ricordare che un importante filone della cultura giuridico-politologica italiana si sia fatto apertamente interprete di questa preoccupazione: si va da Calamandrei, secondo il quale «difesa dei diritti di

<sup>129</sup> Qualche osservazione critica sulla dicotomia di Elster può leggersi in S. Holmes, *Passioni*, cit., 230.

<sup>130</sup> L. Lacché, *Il limite, la garanzia, l'arbitro. La Corte e il costituzionalismo*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 11, 2006, 8.

<sup>131</sup> Dopo aver parlato della distinzione di Locke fra potere costituente e potere ordinario, lo studioso statunitense così continua: «La seconda distinzione è quella fra legge suprema e legge ordinaria. La legge suprema è espressione del potere costituente del popolo e la sua autorità è la più alta: Noi, Popolo. La legislazione ordinaria ha invece l'autorità del potere ordinario di parlamento ed elettorato, e ne è espressione. La legge suprema vincola e guida il potere ordinario» (J. Rawls, *Liberalismo*, cit., 198).

<sup>132</sup> P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., 189-190.

<sup>133</sup> P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., parte III.

<sup>134</sup> M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 216.

<sup>135</sup> P. Rosanvallon, *Controdemocrazia*, cit., 30.

<sup>136</sup> Si vedano le recenti considerazioni di F. Biagi, *Corti costituzionali e transizioni democratiche*, Bologna, 2016, 48 ss.

<sup>137</sup> L. Ferrajoli, *Garanzie*, in *Parolechiave*, 19, 1999, 17.

libertà significa soprattutto difesa contro il potere legislativo»<sup>138</sup>; ad Esposito, il quale sostiene che «peggiore dell'arbitrio dell'esecutivo può essere l'oppressione instaurata dalla legge o divenuta legge»<sup>139</sup>; a Crisafulli, che ragiona di un «arbitrio del legislatore non [...] meno pericoloso per la libertà dell'arbitrio dell'esecutivo»<sup>140</sup>; a Sartori, infine, per il quale «quando i governanti possono fare e disfare tutte le leggi che vogliono, la protezione della legge non c'è più»<sup>141</sup>.

## 5. Political constitutionalism e judicial constitutionalism

A fronte delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti dovrebbe perdere di credibilità la concettualizzazione – proposta da una corrente di pensiero di matrice anglosassone, che ha qualche ricaduta in Italia<sup>142</sup> – di un costituzionalismo “politico” inteso tendenzialmente a sostituire quello “giuridico” (*legal constitutionalism*) finora considerato e appare plausibile prenderne le distanze, anche se esso non ha alcuna possibilità di ricaduta giuridica in paesi, come quegli europei, le cui costituzioni prevedono esplicitamente il *judicial review*. Ciò non di meno il misurarsi sinteticamente con tale dibattito<sup>143</sup> e in particolare con le tesi – ampiamente maggioritarie anche nel mondo anglosassone – che sviluppano una culturalmente

---

<sup>138</sup> P. Calamandrei, Introduzione a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946, LIII.

<sup>139</sup> C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1950, 15-16.

<sup>140</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1966, 273.

<sup>141</sup> G. Sartori, *Dove va il parlamento?*, in S. Somogyi, L. Lotti, A. Predieri, G. Sartori, *Il Parlamento italiano (1946-1963)*, Napoli, 1963, 359.

<sup>142</sup> Si possono ricordare A. Carrino, *La costituzione come decisione*, Milano-Udine, 2019 e A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003. Il primo definisce «famigerata» la sentenza Marshall e critica la prospettiva culturale che ha «sottratto la decisione fondamentale al soggetto sovrano, il popolo, col rischio sempre più concreto di fare della carta fondamentale il terreno esclusivo di giudizio di un ceto elitario sottratto a ogni controllo, la casta dei giudici, in particolare delle giurisdizioni superiori e specificamente delle corti costituzionali» (16). La seconda (seguace e traduttrice di Waldron) dopo aver calcato la mano sul potere giudiziario definendolo «occulto», oltre che – ma in questo non si sbaglia – contromaggioritario e politicamente irresponsabile (XI), sostiene a pagina 125 che «la strada autenticamente democratica è quella che attribuisce l'ultima e definitiva parola sui diritti al Parlamento sovrano», aggiungendo che tale strada non gode oggi di buona stampa (non gode più che altro di costituzioni che la legittimino).

<sup>143</sup> Come fanno, in modo assai ampio e pregevole, due libri italiani: C. Valentini, *Le ragioni della costituzione. La Corte suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014. Ottimi anche tre articoli di Marco Goldoni: *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quad. cost.*, 2010, 733 ss.; *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2010, 337; *Two internal critiques of political constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 926 ss.

Ai tre studiosi citati si deve un'analisi acutamente critica del costituzionalismo politico, da cui ho tratto più di una suggestione.

agguerrita difesa del controllo giurisdizionale di legittimità delle leggi, appare utile, per un verso, a tenere aperto il confronto con orizzonti culturali diversi; per un altro, ad argomentare le motivazioni pro *judicial review* non in forma dommatica, ma in chiave di dinamismo dialettico nei confronti delle tesi criticate. Del resto la sfida culturale che il *judicial review* lancia al principio democratico non è totalmente assorbita dalla sua previsione in costituzione, potendo l'avversione alla giustizia costituzionale trovare pur sempre canali di espressione di un certo peso: «si va dalle semplici parole (dichiarazioni di esponenti delle maggioranze politiche che si “ribellano” a decisioni giudiziarie), a tentativi di incidere surrettiziamente sulla composizione delle Corti per acquisirne il controllo [...], a proposte di riforma del sistema di giustizia costituzionale [...], alla disapplicazione delle decisioni sgradite da parte delle maggioranze politiche...»<sup>144</sup>.

Quale che sia la terminologia usata per identificarla<sup>145</sup>, la corrente culturale – internamente articolata fra moderati e radicali<sup>146</sup> e fra liberali, repubblicani e democratici- popolari<sup>147</sup> – che promuove il costituzionalismo politico si propone una «torsione anti-giudiziaria del costituzionalismo americano»<sup>148</sup> a favore di un controllo di costituzionalità incentrato sul parlamento: esemplare in tal senso è il pensiero di Tushnet laddove scrive che mentre ora «the Constitution is what a majority of Supreme Court says it is», la sua posizione «would make the Constitution what a majority of Congress says it is»<sup>149</sup>.

Più in generale il costituzionalismo politico (che trova una sorprendente assonanza in una suggestione di Gaston Jèze risalente alla fine

<sup>144</sup> T. Groppi, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020, 264.

<sup>145</sup> Fra gli studiosi italiani si possono ricordare M. Barberis, *Lo stato costituzionale e le sue alternative*, Modena, 2020, 12, che scrive di «una filosofia politica democratico-repubblicana critica del *judicial review* [...] chiamata *popular*, *populist* o meglio *political constitutionalism*»; M. Goldoni, *Two*, cit., che distingue fra *legal* e *political constitutionalism* (pagina 2 del formato elettronico); O. Chessa, *I giudici*, cit., 213 ss., che distingue «costituzionalismo popolare» (del quale l'esponente più rappresentativo è Larry Kramer) dal «costituzionalismo politico» (del quale è il neozelandese Jeremy Waldron lo studioso più noto); L. Corso, *I due volti del diritto*, Torino, 2016, 11, la quale propone «la dicotomia [...] fra un costituzionalismo elitista e un costituzionalismo popolarista». Utile la precisazione di M. Tushnet, *The structures of constitutional review and some implications for substantive constitutional law*, in Id., *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law* (chapter 3), Edward Elgar Publishing, 2014, 4, che ricorda come «political constitutionalism» sia espressione principalmente usata per riferirsi al Regno Unito, mentre «popular constitutionalism» sia la terminologia usata negli USA.

<sup>146</sup> C. Valentini, *Le ragioni*, cit., 367-368 colloca fra i primi Robert Post e Reva Siegel e fra i secondi Richard Parker, Larry Kramer e, per alcuni aspetti, Jeremy Waldron.

<sup>147</sup> M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 338.

<sup>148</sup> C. Valentini, *Le ragioni*, cit., 380.

<sup>149</sup> M. Tushnet, *Taking*, cit., 52. A pagina 182 dello stesso libro Tushnet scrive che «[p]opulist constitutional law treats constitutional law not as something in the hands

degli anni '20<sup>150</sup>), poggia sui seguenti assunti, presentati, da uno dei suoi più radicali esponenti, come «a theory offered by leftist critics of constitutional review conducted by the courts»<sup>151</sup>.

a) La politica precede in senso assiologico il diritto<sup>152</sup>, il quale viene quindi concepito come «continuazione della politica con altri mezzi»<sup>153</sup>: in tal modo – è stato osservato<sup>154</sup> – cade «la rigida distinzione fra principi (di competenza del ragionamento giudiziario) e *policies* (di pertinenza del ragionamento legislativo)» sicché non «esistono temi e problemi che possano essere legittimamente sottratti al dibattito politico»<sup>155</sup>. Ma così – va aggiunto – si legittima un ruolo servile del diritto rispetto alla politica, facendone un «monolitico strumento a disposizione del sovrano» al quale non si contrappone «un'area di indisponibilità» da rispettare<sup>156</sup>, tanto potentemente evocata dalla citazione di Jackson prima riportata.

b) Il rifiuto del concetto di *higher law* («there is no space in political constitutionalism for a higher law or superior norms (a legal constitutionalism)») <sup>157</sup> sulla base della convinzione secondo cui «a constitution is, first of all, a political process and not a norm»<sup>158</sup> e coincide «con ciò che accade»<sup>159</sup>. A me sembra che sia la storia, compresa quella nordamericana, a smentire questo annichilimento della superiore normatività della costituzione<sup>160</sup>: essa va salvaguardata in quanto – come

---

of lawyers and judges but in the hands of the people themselves»; chiude poi il libro (194) richiamandosi al pensiero di Lincoln, secondo il quale «the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts».

<sup>150</sup> Nel libro di Kelsen, più volte citato, sulla giustizia costituzionale, viene riportata a pagine 206-214, la sintesi di un dibattito tenuto nel 1928 presso l'Istituto internazionale di diritto pubblico, alla fine del quale prese la parola il giurista ed economista francese (1869-1959) avanzando «l'idea che si potrebbe cercare di organizzare un controllo di costituzionalità da parte o all'interno delle stesse assemblee legislative, cioè trovare una garanzia politica della costituzione, consentendo alla minoranza di chiedere una deliberazione a maggioranza qualificata sulla questione se una determinata legge non debba essere anch'essa adottata a maggioranza qualificata. Bisogna infatti guardarsi dallo spirito conservatore dei giudici e anche dei giuristi, per natura tradizionalisti e inclini a immobilizzare l'interpretazione dei testi: è pericoloso affidare ad essi il compito di dire il diritto in materia politica».

<sup>151</sup> M. Tushnet, *The structures*, cit., 44.

<sup>152</sup> M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 338; R. Bin, *Diritti, giudici e poteri*, in *Quad. cost.*, 2013, 1049.

<sup>153</sup> J. Griffith tradotto da M. Goldoni appena citato, 343.

<sup>154</sup> M. Goldoni, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> G. Palombella, *La «resilienza» del diritto e i suoi compiti globali*, in *Quad. cost.*, 2013, 1058-1059.

<sup>157</sup> Questo aspetto del costituzionalismo politico è ben tratteggiato da M. Goldoni, *Two*, cit., nei paragrafi 1.4 e 3.

<sup>158</sup> M. Goldoni, *Two*, cit., par. 3.

<sup>159</sup> J. Griffith, cit. *retro* in nota 153.

<sup>160</sup> D'obbligo il richiamo a E. S. Corwin, *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano* (1928), Vicenza, s.d.

spiega Palombella – è l'esito di «condizioni rare, al di sopra delle contingenze e delle maggioranze»<sup>161</sup> da cui esse scaturiscono, tali da far loro attribuire «il valore di una più forte, più consapevole, più condivisa, più ragionevole e anche meno transeunte espressione del principio deliberativo democratico»<sup>162</sup>. Senza contare che «il superiore rango delle norme costituzionali mantiene spesso il legame con la memoria di alcuni mali a cui l'adozione della costituzione risponde con un impegno a un “mai più”»<sup>163</sup>.

c) I parlamenti, «in virtù dei congegni costituzionali e delle procedure sulla cui base operano»<sup>164</sup>, dispongono di una migliore attrezzatura, rispetto alle corti, al fine di discutere e tutelare i diritti e dunque proteggono ed eventualmente espandono i diritti meglio delle corti, in particolare con maggiore attenzione per le fasce più deboli<sup>165</sup>. A motivazione di questo assunto i *political constitutionalists* argomentano nel senso che per discutere e decidere su temi politici quali sono quelli attinenti ai diritti è più titolato un organo legittimato democraticamente rispetto alle corti che sono prive di tale legittimazione<sup>166</sup>. Come ben sintetizza Marco Goldoni, il parlamento «in virtù della sua composizione plurale e del suo metodo decisionale, conflittuale ma non competitivo, rappresenta una sede ideale per ascoltare le ragioni delle molteplici parti coinvolte nelle decisioni sui diritti»; il che – visto dalla prospettiva inversa – comporta che «courts cannot claim an epistemic primacy in the adjudication of rights, certainly not superiority over the capacity of legislatures»<sup>167</sup>. Del resto, il fatto che i parlamenti decidano a maggioranza non li differenzerebbe dalle corti, anch'esse aduse – come sottolinea a più riprese Waldron, impermeabile alla massima “distingue frequenter”, che inviterebbe a dare peso alle differenze strutturali

<sup>161</sup> G. Palombella, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, 2002, 57-58.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 354-355, che così continua: «nel corso del tempo si vengono così a creare ragioni particolari di attaccamento anche se non si è partecipato direttamente o indirettamente alla sua approvazione» (con richiamo al pensiero di J. Raz, *I valori fra attaccamento e rispetto*, Reggio Emilia, 2003).

<sup>164</sup> C. Pinelli, *Interpretazione costituzionale e deliberazione politica nel recente dibattito angloamericano*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1016, richiamando criticamente il pensiero di J. Waldron e di Richard Bellamy; sempre in chiave critica l'autore ricostruisce il pensiero degli studiosi americani secondo i quali «le corti costituzionali non sono attrezzate per esaminare le conseguenze economiche e sociali delle loro decisioni. Mentre il parlamento può commissionare e svolgere direttamente studi e ricerche per prevedere gli effetti delle politiche che potrebbero adottare, le controversie fra individui o associazioni raramente sono adatte a valutare effetti di questo genere. I criteri di giustizia procedurale [...] non si basano su quelle considerazioni politiche su cui si fonda il giudizio dei rappresentanti».

<sup>165</sup> M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 349-350.

<sup>166</sup> È questa l'argomentazione svolta, con particolare determinazione, da J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001: una difesa dell'attività parlamentare e della dignità della procedura maggioritaria è esposta alle pagine 152, 174, 177, 185, 190; una buona sintesi del suo pensiero si può leggere nella presentazione di Anna Pintore.

<sup>167</sup> J. Waldron, cit. alla nota 29 di M. Goldoni, *Two*, cit.

fra ceto politico e ceto giudiziario, fra decisione politica e sentenza, fra parti e terzo<sup>168</sup> – a questo tipo di decisione. A tale livello di argomentazione si afferma la convinzione che è la rappresentanza politica la garanzia migliore dei diritti fondamentali<sup>169</sup>, anche se priva delle garanzie d'imparzialità richieste solo alle corti: giocherebbe a suo favore, secondo Waldron, anche il fatto che i parlamenti, essendo composti da molti più membri delle corti, sono in grado di cogliere con maggior precisione le sfumature politico-ideologiche presenti nella società; e si aggiunge che il loro processo decisionale può arricchirsi – come si è visto in nota 164 – di risorse (istituzione di commissioni ad hoc, *hearings* di soggetti interessati alla deliberazione parlamentare e/o coinvolti nel processo decisionale...), non accessibili alle corti. Sembrerebbe dunque centrare il bersaglio l'acida domanda di Tushnet: «As Jeremy Waldron has put it, what reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?»<sup>170</sup>. È una domanda che esige motivate risposte, che già la dottrina si è impegnata a fornire<sup>171</sup> e in questa sede troveranno uno schematico sviluppo in 11 punti.

1) A parte qualche eccesso di ottimismo sulla rappresentatività dei parlamenti, spesso bipartizzati forzosamente e – con l'eccezione degli Stati Uniti – coartati dalla disciplina di partito, le argomentazioni riportate, e possibili altre, sono, a ben vedere, tutti funzionali a dimostrare che i parlamenti sono migliori decisori rispetto alle corti, ma eludono il problema del *judicial review*, che attiene non alle decisioni politiche, ma al controllo su tali decisioni, sicché una volta posizionata correttamente la prospettiva di riflessione, diventano molto plausibili le ragioni che militano in favore di un controllo giurisdizionale rispetto a quello politico.

---

<sup>168</sup> G. Palombella, *L'autorità*, cit., 187, opportunamente precisa che il potere giudiziario, a differenza di quello legislativo, deve motivare le proprie decisioni (un tema che verrà ripreso *ultra*), «arbitrare conflitti secondo misure che non corrispondono al numero dei sostenitori» e che «la decisione a maggioranza dei membri di una corte, non corrisponde in fondo alla decisione maggioritaria parlamentare, perché istituzionalmente i giudici non sono intesi come rappresentanti di alcunché, ma solo come interpreti-conoscitori del diritto»: osservazioni che valgono anche per contestare l'impostazione del libro di A. Pintore, più volte citato (v. in particolare pagina 117).

<sup>169</sup> V., in senso critico, R. Bin, *Diritti*, cit., 1049.

<sup>170</sup> M. Tushnet, *Taking*, cit., 29. La venatura utopica del suo pensiero mi sembra emergere dall'affermazione di pagina 154: «Doing away with judicial review would have one clear effect: It would return all constitutional decision-making to the people acting politically. It would make populist constitutional law the only constitutional law there is».

<sup>171</sup> Un pertinente approccio si trova in C. Pinelli, *Interpretazione*, cit., 1018-1023.

2) Quest'ultimo viola platealmente il principio «nemo iudex in causa propria»<sup>172</sup> e corre il rischio di mettere volpi a guardia del pollaio<sup>173</sup>.

3) Sganciata dal crisma dell'imparzialità e dell'indipendenza – che certo caratterizza il giudice in maniera molto più consistente rispetto ai parlamentari<sup>174</sup> – la decisione dei legislatori che, a differenza dei giudici, sono stati eletti e devono essere rieletti da una maggioranza politica, si schiererà «con ogni probabilità dalla parte di quest'ultima in ogni discussione circa i diritti rivendicati contro di essa da una minoranza»<sup>175</sup>.

4) Ne consegue che a una concezione compiuta di democrazia – nella quale al momento elettorale si affianca, con pari dignità, la tutela dei valori ad essa consustanziali<sup>176</sup> – rischia di sostituirsi una concezione scheletrica fondata esclusivamente sul momento rappresentativo-elettorale, degenerabile quindi in «elettocrazia»<sup>177</sup> a disposizione, secondo la prospettiva di Ackerman prima citata, più di «We the Politicians», che di «We the People».

5) Affermare che nel «caso in cui il Congresso o un organo legislativo di uno Stato siano accusati di aver promulgato delle leggi che violano le leggi fondamentali, o di aver omesso di promulgarne, si potrebbe lasciare agli elettori, nelle elezioni successive, la decisione su queste accuse»<sup>178</sup> non ha nulla a che vedere con il *judicial review*, attenendo invece all'*accountability* dell'eletto a fine mandato: una cosa è la legittimazione politica derivante dalla procedura elettorale, altra è la qualità della legislazione emanata in corso di legislatura.

6) I diritti costituzionali sono meglio tutelati quando sono intesi – à la Dworkin, o più in generale secondo i dettami del costituzionalismo di matrice liberale – come diritti individuali, vere e proprie briscole «contro lo Stato o la maggioranza»<sup>179</sup>, mentre il costituzionalismo politico, considerandoli come beni comuni funzionali al buon rendimento della

<sup>172</sup> Molti sono gli studiosi che avanzano questa decisiva obiezione: cito solo H. Kelsen, *La giustizia*, cit., 232; E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 630; R. Dworkin, *I diritti*, cit., 254.

<sup>173</sup> F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 82; lo stesso M. Tushnet, *The structures*, cit., 44, ipotizza, ovviamente per contrastarlo, il rischio di «putting the fox to guard the chicken-coop».

<sup>174</sup> R. Dworkin, *Political Judges and the Rule of Law*, in *The Proceedings of the British Academy*, 1978, 278; O. Bachof, *Grundgesetz*, cit., 73; P. Pasquino, *Il giudice*, cit., 809. Per una recente riflessione cfr. A. Fusco, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019.

<sup>175</sup> R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 347, che così continua a pagina 348: se i legislatori «si opporranno ai desideri della maggioranza con eccessiva fermezza, essa la sostituirà con coloro che non vi si oppongono».

<sup>176</sup> A. Barak, *La discrezionalità*, cit., 192-194, cui *adde* le considerazioni svolte precedentemente.

<sup>177</sup> M. Goldoni, *Il ritorno*, cit., 753, che si ispira alle considerazioni di N. Urbinati, *Lo scettro senza il re*, Roma, 2009.

<sup>178</sup> F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 82.

<sup>179</sup> R. Dworkin, *I diritti*, cit., 255; corsivi originali.

democrazia, rischia di assorbirli in un'inquietante nebulosa di tipo organicistico-partecipatoria<sup>180</sup>.

7) La decisione presa con sentenza da parte di un giudice gode di un grande vantaggio rispetto a quella maturata all'interno del sistema politico: come osserva Omar Chessa «il giudice e il tribunale costituzionale inquadrano il potere di costituzionalità della legislazione alla luce di un caso concreto controverso. Le circostanze del *judicial review* sono, perciò, diverse perché possono tenere conto di un dato esperienziale che arricchisce la riflessione dogmatica e morale in un modo che è invece sconosciuto nelle circostanze in cui il legislatore si trova a operare»<sup>181</sup>. È un vantaggio riconosciuto anche da Bickel laddove contrappone gli *statutes* alle *courts*: «*statutes, after all, deal typically with abstract or dimly foreseen problems. The courts are concerned with the flesh and blood of an actual case*»<sup>182</sup>. È solo dunque nel processo davanti a una corte che si materializza al massimo dell'intensità il principio, di irrinunciabile civiltà giuridica, «*audiatur et altera pars*», vale a dire la dialettica fra due punti di vista, per di più «spogliati della loro forza numerica»<sup>183</sup>, di fronte a un terzo indipendente e imparziale.

8) Che questo terzo indipendente e imparziale non sia democraticamente legittimato non dovrebbe essere considerato una pecca che ne inficia il ruolo (come sostengono i fautori del costituzionalismo politico), ma piuttosto una virtù che lo esalta, come sostenuto dalla maggioranza della dottrina. Fra i costituzionalisti italiani vanno citati almeno Crisafulli ed Elia: il primo sostiene che la mancanza di legittimazione democratica degli organi di giustizia costituzionale «è inevitabile, ed anzi in qualche misura necessaria, se si vuole assicurare l'effettiva estraneità del *controllore* rispetto agli orientamenti e indirizzi del *controllato* ed un massimo di neutralità politica del giudice»<sup>184</sup>; a giudizio del secondo è evidente «che la nozione di controllo comporta una reale diversificazione di chi controlla da chi è controllato e che perciò la legittimazione costituzionale dell'organo incaricato di garantire la Costituzione non può essere contestata per la mancanza di un collegamento diretto con il popolo elettore [...] per essere servi e custodi della Costituzione, bisogna essere giuridicamente diversificati

---

<sup>180</sup> ... quella che ispirava la diffidenza di Carlo Esposito nelle pagine sulla libertà di manifestazione del pensiero nei confronti di una cultura forse troppo propensa ad accentuare gli aspetti «sociali» di quella come di altre tipiche «libertà dei moderni».

<sup>181</sup> O. Chessa, *I giudici*, cit., 250, il quale a pagina 261 aggiunge questa osservazione: «Attraverso il procedimento legislativo non è possibile fare ed ottenere quello che si può fare ed ottenere per mezzo del processo giurisdizionale. Strutturalmente il legislatore non potrebbe mai svolgere un controllo di costituzionalità negli stessi termini dei giudici. Questi possono accedere a qualcosa che è precluso al legislatore: la conoscenza empirica del caso concreto controverso, dell'*hard case* in quanto caso imprevisto». Sul pensiero di questo autore vedi anche l'ultimo paragrafo.

<sup>182</sup> A. M. Bickel, *The Least*, cit., 26.

<sup>183</sup> C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 53.

<sup>184</sup> V. Crisafulli, *Giustizia*, cit., 133; corsivo originale.

da chi è chiamato ad approvare le leggi»<sup>185</sup>. Ma anche studiosi di discipline diverse si muovono sullo stesso binario: ad esempio Barberis – rilevato che i giudici costituzionali non sono eletti direttamente dal popolo – osserva che «neppure dovrebbero esserlo; se lo fossero, la maggioranza in seno all'organo di giustizia corrisponderebbe alla maggioranza parlamentare e risulterebbe di difficile praticabilità il controllo»<sup>186</sup>; ed anche per Pasquale Pasquino il «carattere non elettivo degli organi di controllo è assolutamente decisivo al loro buon funzionamento» e «solo l'indipendenza dal principio democratico ne giustifica l'esistenza»<sup>187</sup>. Sulla stessa lunghezza d'onda si attestano studiosi di altri paesi: a volerne citare qualcuno, si puoi ricordare Böckenförde, il quale insiste sul fatto che la decisione sui rapporti fra maggioranza e opposizione «deve risultare da un procedimento formale istituito da un'autorità che non prenda parte all'attuale lotta politica e che abbia una posizione indipendente rispetto ad essa»<sup>188</sup>; Barak, secondo il quale se non si vuole eliminare indipendenza, neutralità ed imparzialità, il potere giudiziario «deve fondarsi sulla non rappresentatività e sull'assenza di responsabilità del giudice dinanzi all'opinione pubblica»<sup>189</sup>; Dworkin, che giudica saggio che i giudici non siano eletti né rieletti «dal momento che le decisioni che essi prendono *applicano* il libro di regole così com'è ai casi particolari [e] dovrebbero essere sottratte al controllo popolare»<sup>190</sup>; Rosanvallon, la cui opinione è nel senso che una «corte costituzionale deve, in effetti, incarnare strutturalmente una capacità di riflessività e di imparzialità che verrebbe distrutta con l'iscrizione all'interno di un ordine partigiano»<sup>191</sup>.

9) La linea di pensiero finora seguita porta inevitabilmente a svalutare la problematica tematizzata da Bickel della *counter-majoritarian difficulty* nei cui confronti in questa sede – non potendo accostarci con l'analisi e il discernimento necessari a coglierne la complessa struttura e il rapporto dialettico con il contesto giurisprudenziale e scientifico che si è venuto dispiegando negli USA dopo la pubblicazione di *The Least Dangerous Branch*<sup>192</sup> – ci si deve limitare a ribadire alcune convinzioni prima espresse: che è consustanziale al *judicial review* la possibile contrapposizione fra decisione dei rappresentanti eletti e decisione giurisprudenziale, risultando

<sup>185</sup> L. Elia, *La Corte*, cit., 517.

<sup>186</sup> M. Barberis, *Etica*, cit., 68.

<sup>187</sup> P. Pasquino, *Controllo di costituzionalità e forma di governo in Italia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 11, 2006, 318.

<sup>188</sup> E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 474.

<sup>189</sup> A. Barak, *La discrezionalità*, cit., 191, che esclude sia la responsabilità diretta che quella nei confronti del legislatore.

<sup>190</sup> R. Dworkin, *Questioni*, cit., 17; corsivo originale.

<sup>191</sup> P. Rosanvallon, *La legittimità*, cit., 217.

<sup>192</sup> Ci hanno provato in Italia, con penetranti risultati, Pinelli, Valentini, Chessa... i cui scritti si trovano citati nelle note precedenti.

quindi improprio il termine «difficulty»<sup>193</sup>; che il monismo democratico è in rotta di collisione con la democrazia costituzionale, in quanto ne amputa un elemento essenziale (il combinato disposto – si potrebbe dire – di supremazia della costituzione e di supremazia dell'organo posto a sua garanzia), predisposto com'è ad assicurare l'indisponibilità dei diritti e dello status delle minoranze da parte delle maggioranze parlamentari<sup>194</sup>. Fra le tante suggestioni disseminate nel testo di Bickel e fra le inquietudini che esso talvolta solleva, si può qui concludere accennando al tema della definitività-inappellabilità delle sentenze emanate dagli organi titolari della *judicial review*, assumendolo come emblema dei nodi concettuali che non si lasciano facilmente normalizzare, sfuggendo alla logica dei *checks and balances*<sup>195</sup>: «judicial review – scrive Bickel a pagina 235 del suo libro più noto – [...] is the power to construe and apply the Constitution in matters of the greatest moment against the wishes of a legislative majority which is, in turn, helpless to affect the judicial decision».

Conforta sapere che nell'edificio della *Supreme Court* si trova una didascalia che, sotto il titolo “checks and balances”, recita: «sebbene la Corte occupi il massimo grado di giurisdizione del paese, il suo potere non è assoluto. Se i cittadini lo desiderano fortemente, la decisione della Corte può essere cambiata con un emendamento costituzionale»<sup>196</sup>. Un'affermazione giuridicamente impeccabile, da mettere a confronto con quella, più acida, di Justice Robert Jackson: «We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final».

10) Chi guardi ad altri ambiti del diritto costituzionale, al diritto comparato, nonché al dibattito italiano in Assemblea costituente trae elementi univocamente negativi nei confronti del costituzionalismo politico.

Così, a proposito dell'autodichia in materia elettorale prevista dall'art. 66 della nostra costituzione non si può non notare il suo carattere regressivo rispetto ad esperienze (vigenti in Austria, Germania, Francia, Spagna e

---

<sup>193</sup> A conforto di tale affermazione si vedano M. J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1988, 149, secondo il quale «[f]or the non originalist no less than for the originalist, judicial review is a deliberately countermajoritarian institution»; G. Silvestri, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia, Legge Diritto Giustizia* (Annali 14), Torino, 1998, 956, il quale afferma che «la Corte non è antidemocratica [...] ma è antimaggioritaria»; E. Grosso, *Corte dei diritti e Corte dei poteri*, in A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (cur.), *Il costituzionalista*, cit., 417, che ribadisce, sulla scorta di Zagrebelsky, che «la giustizia costituzionale [...] è e deve restare contromaggioritaria».

<sup>194</sup> Quanto affermato nel testo dimostra che non sia facile «rivedere – come suggerisce C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, in *AIC, La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa* (Annuario 2006), Napoli, 2010, 58 – gli argomenti del dibattito sulla “countermajoritarian difficulty”, dalla superiore democraticità delle istituzioni elettive alla tirannia della maggioranza».

<sup>195</sup> F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 169 e 212 osserva che «la judicial review è una forma di coercizione giuridica» che si serve della forza.

<sup>196</sup> L. Corso, *I due volti*, cit., 3.

anche in Messico<sup>197</sup>) che attribuiscono ad organi giudiziari il contenzioso elettorale, tipico esempio di giudice in causa propria se gestito all'interno delle Camere: non è un caso che la Commissione D'Alema avesse proposto la facoltà di ricorrere alla Consulta contro le deliberazioni sulla validità delle elezioni. Quanto al diritto comparato, è noto che l'autocontrollo politico in ordine alle questioni di costituzionalità era (ed è: si pensi alla recente costituzione cubana) tipico dei paesi del socialismo reale, non certo campioni di costituzionalismo liberale<sup>198</sup>: riferendosi in particolare alla Romania, osservava nel 1977 Crisafulli che «il limite derivante dalla rigidità costituzionale si affievolisce fino a vanificarsi, quando l'osservanza ne sia affidata – a guisa di *autocontrollo* – a un organismo formato nel seno delle assemblee legislative»<sup>199</sup>.

Appare grave «dimenticanza» – frutto di una autoreferenzialità americanocentrica – il fatto che il costituzionalismo politico non si confronti minimamente con questo scomodo dato comparatistico. Se, per assurdo, i costituzionalisti politici conoscessero il nostro dibattito costituente, avrebbero di che dubitare dell'originalità del loro pensiero e dovrebbero riconoscere in Nenni un loro capostipite. Volendo «mettere alla berlina la Corte costituzionale» il leader socialista così infatti argomentava nella seduta del 10 marzo 1947: «Sulla costituzionalità delle leggi non può che deliberare l'Assemblea nazionale, il Parlamento, non potendosi accettare altro controllo che quello del popolo. La progettata Corte potrà essere formata dagli uomini i più illustri, i più ferrati in materia di diritto costituzionale, ma per non essere essi gli eletti del popolo, non hanno diritto di giudicare gli atti del Parlamento». Il giorno dopo fu la volta di Togliatti, che prima riprende la tesi di Nenni secondo cui l'istituzione di una Corte nasce dalla volontà di porre remore alla libera volontà innovatrice delle classi popolari, poi – definita la Corte una «bizzarria» – ne parla come di un «organo che non si sa che cosa sia e grazie all'istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento per esserne giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli?»<sup>200</sup>. Sono posizioni che, certo, non possono essere banalizzate, tanto è evidente la necessità di contestualizzarle in un complesso

<sup>197</sup> Su quest'ultimo paese v. L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia*, Roma-Bari, 2021, 304; cenni sugli altri paesi in L. Mezzetti, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Torino, 2020, 149; M. Cosulich, *Art. 66*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. E. Vigevani (cur.), *La Costituzione italiana*, vol. II, Bologna, 2018, 68 ss.

<sup>198</sup> Le costituzioni degli anni Novanta e oltre di quei paesi hanno virato – come si sa – verso il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale, proprio in chiave di completamento del trapasso di regime.

<sup>199</sup> V. Crisafulli, *Giustizia*, cit., 132; corsivo originale.

<sup>200</sup> Le posizioni di Nitti e Orlando – anch'essi contrari all'istituzione di una Corte costituzionale – avevano tutt'altre motivazioni e perciò non sono prese in considerazione in questo scritto.

clima politico-intellettuale<sup>201</sup>, ma che non possono neppure essere esentati dalla valutazione di una pesante arretratezza ideologica, frutto di un deficit di cultura liberalcostituzionale che chiede di essere colmato piuttosto che prolungato: eppure ancora nel 1964 la sinistra europea, nella persona di Mitterrand che scriveva «Le coup d'État permanent», denunciava l'istituzione del Conseil constitutionnel stigmatizzandolo come «cour suprême de musée Grévin [qui] n'a jamais eu d'autre utilité que de servir de garçon de course» al potere dominante<sup>202</sup>. Ormai peraltro sarebbe molto difficile riconoscersi nell'etichetta «leftist» da qualcuno incollata al *political constitutionalism*<sup>203</sup>, nella consapevolezza che, aderendo ad esso, «torneremmo indietro, quanto al nostro contesto, di tanti decenni e vanifichemmo le nostre faticose conquiste costituzionali»<sup>204</sup>: tutto questo pur riconoscendo che il costituzionalismo politico rappresenta un orizzonte culturale capace di fungere da allerta nei confronti di possibili degenerazioni nell'ambito dell'equilibrio fra *gubernaculum* e *iurisdictio* (che viene incrinato quando la seconda si erge a «paternalistica espertocrazia giudiziaria»<sup>205</sup>) e di utile antidoto a una visione oracolare, talvolta emergente, del ruolo delle corti, non sempre tenuto lontano da una sorta di “zona santino”.

11) *Last but not least*, le argomentazioni che precedono si rafforzano non sul presupposto che i giudici siano migliori della classe politica, ma nella constatazione che sono diversi<sup>206</sup>: è corretto affermare che porre «sotto l'esame e il controllo di diversi organi, rappresentativi di diverse prospettive, l'implementazione dei diritti fondamentali potrebbe essere desiderabile non perché un'istituzione può proteggere meglio di altre questi diritti, ma per la ragione che istituzioni diverse avranno visioni differenti di come debbano essere definiti i diritti fondamentali»<sup>207</sup>. Il che porta a considerare che l'essenza ultima del costituzionalismo riposi sulla poliarchia, cioè su «una pluralità di poteri tutti parimenti limitati, tutti contenuti nella Costituzione, tutti di pari valore e dignità costituzionale»<sup>208</sup>. È questa la prospettiva che rende possibile l'attivazione di un «processo deliberativo in cui intervengono vari soggetti: gli elettori per eleggere il Parlamento, il Parlamento per fare

<sup>201</sup> Pagine equilibrate in questa chiave, hanno scritto G. Silvestri, *La Corte*, cit., in particolare i primi paragrafi; M. Luciani, *Alfonso Di Giovine e la riserva di legge*, in A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, D. Pamelin (cur.), *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di Alfonso Di Giovine*, Milano, 2020, paragrafo 3.

<sup>202</sup> Citato da B. François, *La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion*, in *Pouvoirs*, 2, 2003.

<sup>203</sup> V. M. Tushnet, *The structures*, cit., 44.

<sup>204</sup> G. Palombella, *La «resilienza» del diritto e i suoi compiti globali*, in *Quad. cost.*, 2013, 1059.

<sup>205</sup> P. P. Portinaro, *Liberalismo*, in Angelo d'Orsi (cur.), *Gli ismi della politica*, Roma, 2010, 289.

<sup>206</sup> È l'opinione di Martin Shapiro riportata da A. Garapon, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997, 159.

<sup>207</sup> M. Goldoni, *Che cos'è*, cit., 358, richiamando studiosi come R. Cover e R. Fallon.

<sup>208</sup> M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 420.

le leggi, la Corte costituzionale per annullare le leggi incostituzionali»<sup>209</sup>; un processo deliberativo in grado di contemperare – come, ad esempio, è avvenuto nel 2020 con la sentenza *June Medical Services v. Russo*<sup>210</sup> – «discrezionalità della decisione politica e sindacato giurisdizionale»<sup>211</sup>. Detto in altre parole, la poliarchia delle sedi deliberanti comporta che si ha vera legge solo *dopo* che siano intervenute la decisione politica e quella di controllo, e non *prima*<sup>212</sup>.

## 6. Costituzioni non kelseniane e judicial review

Le ultime riflessioni volte a considerare la poliarchia-polifonia dei poteri la strumentazione più funzionale a istituire un governo limitato, permettono di aprire una nuova fase di analisi idonea a misurarsi con problematiche e criticità connesse ai nuovi equilibri di potere che si fanno valere in conseguenza dell'affermarsi dello stato costituzionale, nel quale – come si è visto – volontà popolare e principio di maggioranza (impersonati dalla rappresentanza popolare) sono affiancati con pari dignità da altre istanze funzionali alla valorizzazione della supremazia della costituzione.

Si è già detto che nel costituzionalismo garantista si afferma l'equiordinazione, paradigmaticamente asseverata dalla decisione del 23 agosto 1985 del *Conseil*, fra principio democratico (*rectius*, rappresentativo) e principio di legalità costituzionale: ora bisogna aggiungere che tale equiordinazione è il riflesso di una più generale equiordinazione che caratterizza lo stato costituzionale, quella fra legislazione e giurisdizione «entrambe direttamente connesse, con le loro rispettive peculiarità, alla Costituzione»<sup>213</sup>.

Si afferma così una logica – quella dello Stato costituzionale – che, per un verso, «conosce solo poteri integralmente costituiti, nessuno dei quali può ergersi a *suprema potestas*, ad interprete esclusivo ed autentico della volontà del popolo sovrano e della Costituzione»<sup>214</sup>; per un altro, conduce a un «diverso rapporto tra legislazione e giurisdizione»<sup>215</sup>: esso è certo foriero di tensioni, da considerarsi però in buona parte fisiologiche, connesse come sono al rapporto tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, alla reinterprete cioè della classica separazione dei poteri in chiave di dialettica tra la sovranità

<sup>209</sup> M. Barberis, *Etica*, cit., 78.

<sup>210</sup> V. l'attenta analisi di L. Busatta, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE online*, 2020, 4453.

<sup>211</sup> *Op. ult. cit.*, 4466.

<sup>212</sup> In termini molto simili si esprime M. Barberis, *op. e loc. ult. cit.*, laddove scrive che Parlamento e Corte costituzionale «sono solo strumenti per la formazione di una volontà democratica che [...] non esiste *prima*, ma solo *dopo* il loro intervento»; corsivi originali.

<sup>213</sup> M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 317.

<sup>214</sup> M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 210.

<sup>215</sup> M. Fioravanti, *Legislazione*, cit., 190.

popolare (ritenuta titolare di un potere costituito e non costituente) e la «presa di coscienza che le maggioranze parlamentari non sono infallibili né *naturaliter* osservanti delle norme costituzionali»<sup>216</sup>.

Al centro di questo sistema si pongono gli organi di giustizia costituzionale, assimilabili a una sorta di giubbotto antiproiettile a protezione della costituzione nei confronti di leggi che intendano intaccarne lo status di *higher law*: «la Costituzione – commenta Fioravanti<sup>217</sup> – ha trovato ormai *una seconda via* per affermare la propria normatività, che è quella giurisdizionale». È attraverso questa via che si afferma la democrazia costituzionale, intesa come «paradigma più complesso» in cui «il momento decisionale convive con quello di controllo e di garanzia»<sup>218</sup>: ed è ben noto che a coloro che colgono con partecipe storicismo la svolta epocale<sup>219</sup>, si contrappongono quanti la rifiutano frontalmente<sup>220</sup>. Bisogna peraltro evitare una superficiale sensazione: che il potere di annullamento del giudice delle leggi cui non corrisponde alcun contropotere da parte del parlamento (v. la citazione di Bickel *retro*) presupponga non un'equiordinazione fra i due organi, ma una sovraordinazione del primo sul secondo. Si tratta infatti di un *trompe-l'oeil*, in quanto l'annullamento non avviene in forza di una inesistente supremazia di un organo su un altro<sup>221</sup>, ma in forza di un'acclarata supremazia, sin dai tempi di Sieyès, del *Federalist* e della sentenza Marshall del 1803, di una fonte – la costituzione – che esprime una legalità superiore, sull'altra.

Se però si va oltre questo livello di rappresentazione in qualche modo pacificata della dinamica fra i due poli – politico e giurisdizionale – che animano i rotismi costituzionali e si spinge la riflessione sul tema delle modalità concrete di svolgimento del *judicial review*, ci si imbatte in una problematica dalla spinosa criticità: quella del tasso di creatività del giudice costituzionale e del possibile sconfinamento in territori riservati al potere politico.

---

<sup>216</sup> L. Elia, *La Corte*, cit., 517.

<sup>217</sup> *Op. ult. cit.*, 398; corsivo originale.

<sup>218</sup> R. Tarchi, *Democrazia*, cit., 477.

<sup>219</sup> «Il diritto non è più a totale disposizione della volontà popolare. [...] La legge ha ormai due padroni: il sovrano che la pone e il giudice che la sancisce controllandone la conformità ai testi fondanti e accogliendola nell'ordine giuridico. Non si tratta di un'opposizione tra il sovrano e un intruso, ma fra due stati della volontà del sovrano espressi da diversi titolari»: A. Garapon, *I custodi*, cit., 28.

<sup>220</sup> Un esempio in Europa si può leggere in B. Rüthers, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Modena, 2018, 111, che, a proposito del Tribunale federale tedesco, ne stigmatizza la trasformazione da *custode della costituzione* a *signore al di sopra della costituzione*; corsivi originali. Fra i tanti studiosi americani si può citare R. Bork, il quale sostiene che la Corte «legifera arbitrariamente» tutte le volte che interpreta il termine *libertà* «per proteggere diritti di minoranze contro il sentire della maggioranza» (L. H. Tribe, M. C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, Bologna, 2005, 71).

<sup>221</sup> Particolarmente chiaro sul punto è L. Elia, *L'esperienza*, cit., 147.

È un tema – come è evidente – da trattare senza ricorrere a facili scorciatoie, ma che richiede di essere collegato ad alcuni importanti *topoi* della riflessione giuridica, quali la consustanzialità fra diritto e interpretazione e quella fra interpretazione e sua creatività: cominciando dalla prima, di essa si ha vivida coscienza nel pensiero di molti studiosi.

Senza pretesa di completezza si può ricordare che verso la fine dell'800 Dicey, dopo aver osservato che il «fatto che la maggior parte dei poteri arbitrari dell'esecutivo inglese debba sempre essere esercitata in forza di un Atto del parlamento pone il governo [...] sotto – per così dire – la supervisione delle Corti», afferma che il «parlamento è il legislatore supremo, ma dal momento in cui il parlamento ha manifestato il suo volere in qualità di autorità legiferante, tale volere viene assoggettato all'interpretazione che è posta in essere dai giudici del paese»<sup>222</sup>. In una nota *dissenting opinion* del 1917 il giudice Holmes riconosceva «without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially»<sup>223</sup>. Negli anni venti del '900 è Kelsen ad affermare che «il giudizio del giudice è esso stesso una *norma giuridica* individuale, l'individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta, la prosecuzione del processo di produzione del diritto dal generale all'individuale»<sup>224</sup>; poi, nel secondo dopoguerra, emerge il pensiero di Hart, secondo il quale nei casi di incompletezza del diritto «i Tribunali per raggiungere una decisione devono esercitare quella limitata funzione legislativa che io chiamo “discrezionalità”»<sup>225</sup>.

Quelle citate sono tutte posizioni che si svolgono nel segno dell'ineluttabile consustanzialità<sup>226</sup> fra diritto e interpretazione, una volta che si muova dalla convinzione secondo cui il diritto, lungi dall'essere contenuto solo nella legge, è sempre il risultato di un processo evolutivo di concretizzazione al quale l'interprete (e in particolare il giudice) partecipa in maniera determinante<sup>227</sup>: del resto che l'interpretazione sia «ed è destinata a rimanere l'anima del diritto»<sup>228</sup> è confermato dagli studi di Guastini e di Troper della fine del secolo scorso cui mi sembra corretto attenersi. Il primo

<sup>222</sup> A. V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale* (1885), Bologna, 2003, 348.

<sup>223</sup> *Southern Pacific Co. v. Jensen*.

<sup>224</sup> H. Kelsen, *Dottrina dello Stato*, A. Carrino (cur.), Napoli, 1994, 97, che riproduce uno scritto del 1926.

<sup>225</sup> H. L. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 2009, 324.

<sup>226</sup> Sulla dottrina della «discrezionalità ineluttabile» connessa all'attività d'interpretazione cfr. G. Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1990, 194; sul carattere interpretativo del diritto v. il cenno essenziale di R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano 1989, 331.

<sup>227</sup> G. Volpe, *Sulla responsabilità politica del giudice*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, 4, Milano, 1997, 813.

<sup>228</sup> R. Toniatti, *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse, R. Sabato (cur.), *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006, 86.

non esita ad affermare che «interpretare è decidere il significato di un testo legislativo. Dunque interpretare è produrre una norma. Per definizione, le norme sono prodotte dagli interpreti»<sup>229</sup>. Il secondo, premesso che l'interpretazione è la scelta tra significati diversi contenuti nel testo, sostiene che il vero legislatore non è l'autore del testo, ma l'interprete<sup>230</sup>: affermazioni che, sostanziando il passaggio «dalla centralità della produzione del diritto come atto *creativo* dello Stato alla centralità del momento interpretativo»<sup>231</sup>, possono destare qualche inquietudine «rispetto a certe esigenze che il tempo passato poneva come inderogabili»<sup>232</sup>. Realismo impone peraltro di prendere atto che i sistemi giuridici attuali si sono venuti conformando attraverso un processo di distanziamento-ribaltamento (che al momento appare irreversibile) dei valori una volta egemoni.

Tanto messo a punto, si deve ora passare all'osservazione del secondo *topos* cui si è prima fatto cenno, il rapporto tra interpretazione (del giudice, in particolare) e sua potenzialità creativa.

A dispetto di ogni teoria complottista<sup>233</sup> sul passaggio da un democratico Stato di diritto a un oligarchico Stato dei giudici<sup>234</sup> e da ogni nostalgia per la scomparsa del giudice *bouche de la loi* che si vorrebbe protagonista di una sorta di *slot machine jurisprudence*, il discorso deve prendere le mosse da più sofisticate criticità indelebilmente connesse a strutturali processi storici che hanno «ingigantito il ruolo dell'interprete, di ogni interprete»<sup>235</sup>, anche dunque del giudice<sup>236</sup>, e rinnovato la sua attività interpretativa.

In questa prospettiva si tratta (lasciando al loro destino i fantasmi di una «rivoluzione clandestina» da parte del potere giudiziario<sup>237</sup>) di orientare il discorso muovendo dalla presa d'atto della «contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli», quella per cui «il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo»<sup>238</sup>: la conseguenza, per qualcuno disturbante, ma ineludibile, «è che il diritto è

---

<sup>229</sup> R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, 87.

<sup>230</sup> M. Troper, *Per una teoria*, cit., 318.

<sup>231</sup> P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 70; corsivo originale.

<sup>232</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto*, cit., 152, che richiama «la certezza e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e forse anche la posizione non *engagée* dei giudici».

<sup>233</sup> «Quello che i giudici hanno congegnato è un colpo di Stato lento, sottile, ma comunque un colpo di Stato»: così un rappresentante del conservatorismo americano come R. H. Bork, *Il giudice sovrano*, Macerata, 2006, 25.

<sup>234</sup> Così B. Rüthers citato da G. Hirsch, *Verso uno Stato dei giudici?*, in *Criminalia*, 2007, III, nota 18.

<sup>235</sup> P. Grossi, *Oltre*, cit., 69.

<sup>236</sup> In un clima di astiosa e antistorica polemica contro il potere giudiziario, si è coniato il neologismo «giurisdizione»: cfr. M. Antonioli, A. Maniaci, *Dal principio di legalità allo Stato giurisdizionale*, Torino, 2020, 72.

<sup>237</sup> Si veda pagina 79 del libro appena citato.

<sup>238</sup> M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *AIC, Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale (Annuario 2004)*, Padova, 2008, 10.

incerto [...] nessuno può dire quale sia il diritto finchè le corti non lo definiscono. I giudici producono diritto ogni giorno, sebbene ammetterlo sia quasi un'eresia»<sup>239</sup>.

Eresia fa rima con patologia, ma anche con fisiologia, ed è la seconda rima che si addice a una lettura *sine ira ac studio* dell'esistente, che voglia prendere congedo dagli anacronismi prima evocati e affrontarli realisticamente: se è vero che i «giudici e la società devono convivere con il “dolore del confine” tra una consentita individuazione creatrice del diritto applicabile e una vietata creazione del diritto»<sup>240</sup>, vanno valorizzate le posizioni di quanti sono consci che l'«applicazione del diritto implica sempre aspetti di creazione del diritto»<sup>241</sup>; che i giudici sono «coinvolti nella creazione della legge»<sup>242</sup>; o che parlano di creatività della funzione giudiziaria come produzione di diritto ad opera dei giudici<sup>243</sup>. Sono spunti preziosi che trovano una compiuta razionalizzazione già in un volume degli anni '60 di Lombardi Vallauri, nel quale si afferma che la giurisprudenza «è sempre in qualche misura libera ossia costretta ad inventare diritto, tende a divenire – e almeno in certi casi, in certe esperienze giuridiche inequivocabilmente diviene – anche fonte di diritto»<sup>244</sup>.

Dopo aver dato tanto credito all'attività interpretativa del giudice e sostanzialmente aderito alla tesi di Calamandrei secondo la quale «giurisdizionale» e «politico» non sono termini che si escludono<sup>245</sup>, è il realismo a imporre una sua delimitazione al fine di tracciare un confine tra essa e l'attività legislativa: ci si può in proposito rifare all'attenta analisi di chi osserva che «quando si discorre di discrezionalità del giudice in tema di clausole generali, dovrebbe sempre puntualizzarsi che questa discrezionalità,

<sup>239</sup> Lord Denning citato da R. C. Van Caenegem, *I signori del diritto*, Milano, 1991, 113. Una citazione in qualche modo spaesante si trova a pagina 157 nota 29 dello stesso libro: lord Radcliffe diceva che il «giudice non dovrebbe essere troppo scoperto riguardo al suo ruolo legislativo. Per un giudice, se questi viene visto sviluppare diritto, c'è il rischio di una perdita di autorità, rivelandosi egli in quella occasione come un legislatore senza autorità democratica».

<sup>240</sup> G. Hirsch, *Verso*, cit., 117.

<sup>241</sup> F. I. Michelman, *La democrazia*, cit., 81.

<sup>242</sup> G. Calabresi, *Il mestiere del giudice. Intervista di Diletta Tega a Guido Calabresi*, in *Quad. cost.*, 2013, 1027.

<sup>243</sup> M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 3.

<sup>244</sup> L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, VII-VIII.

<sup>245</sup> P. Calamandrei, *Scritti politici*, II, Firenze, 1966, 285. Un'eco della posizione di Calamandrei sembra potersi rinvenire in E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999, 15, laddove rileva, a proposito del controllo di legittimità costituzionale, la «presenza di una funzione “intermedia” [...] al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale – che conduce, da un lato, a “giurisdizionalizzare” la politica dentro le forme del processo, dall'altro a “politicizzare” la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) della pronuncia».

da intendersi come discrezionalità interpretativa, non si spinge mai fino al punto della creazione da parte del giudice»<sup>246</sup>.

Se poi si alza lo sguardo dall'interpretazione del giudice ordinario a quella del giudice costituzionale, i problemi evocati vengono, per così dire, pantografati: perché si tratta di un giudice di vertice e inappellabile che «giudica sempre *de apicibus*»<sup>247</sup> e perché il suo parametro di riferimento – la costituzione – è un testo giuridico *sui generis* (ricco di «enunciati pericolosi», di «nozioni non giuridiche», di «clausole generali»<sup>248</sup>), che stabilisce e impone soprattutto «*direttive e programmi dinamici di azione futura*»<sup>249</sup>, e dunque, come asseriva il giudice White in una *dissenting opinion* del 1986<sup>250</sup>, «non è un atto che determini fini e limiti esatti delle materie che tratta; piuttosto è un documento che allude a principi fondamentali in termini carichi di valore, i quali lasciano ampio spazio all'esercizio del giudizio normativo di chi è incaricato di interpretarla ed applicarla». Questo è tanto più vero a fronte delle costituzioni europee del secondo dopoguerra, totalmente incuranti delle direttive che Kelsen aveva suggerito – in uno scritto del 1920 – per redigere costituzioni compatibili con la presenza di quel “legislatore negativo” in cui egli identificava l'organo di giustizia costituzionale: «[s]e si vuole contenere il potere dei tribunali e quindi il carattere *politico* della loro funzione [...] dev'essere il più possibile limitato l'ambito della *discrezionalità* che le leggi attribuiscono per la loro applicazione. Le norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future – come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili – non devono essere formulate in termini troppo generici, non devono contenere parole d'ordine vaghe come “libertà”, “uguaglianza”, “giustizia” etc.<sup>251</sup>. Altrimenti c'è il pericolo di uno *spostamento di potere* – non previsto dalla costituzione e politicamente assai inopportuno – dal parlamento ad un organo esterno ad esso che può essere espressione di forze politiche del tutto diverse da quelle rappresentate in parlamento»<sup>252</sup>.

A Kelsen, insomma, non sfugge che la fraseologia generica appena riportata è vero che è usata «senza minimamente precisare di che cosa si

---

<sup>246</sup> F. Di Marzio, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in G. D'Amico (cur.), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 139: devo alla lettura di P. Grossi, *Oltre*, cit., l'incontro con questo libro.

<sup>247</sup> P. Calamandrei, *Scritti politici*, cit., 286.

<sup>248</sup> F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (cur.), *Corte*, cit., 25.

<sup>249</sup> M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 75; corsivo originale.

<sup>250</sup> Vedila citata in L. H. Tribe, M. C. Dorf, *Leggere*, cit., 23.

<sup>251</sup> H. Kelsen, *La giustizia*, cit., 253-254; a pagina 189 aggiunge «equità» e «moralità».

<sup>252</sup> *Ibidem*; corsivi originali.

tratti»<sup>253</sup>; è vero che non ha grande importanza non aggiungendo «nulla alla realtà effettiva del diritto»<sup>254</sup>, ma è altrettanto vero che «proprio nel campo della giustizia costituzionale» può «svolgere una funzione assai pericolosa e precisamente quando si tratta di controllare la costituzionalità delle leggi»<sup>255</sup>: non è infatti «impossibile che un tribunale costituzionale, chiamato a decidere sulla costituzionalità di una legge, l’annuli perché ingiusta, essendo la giustizia un principio costituzionale che esso deve conseguentemente applicare. In tal caso però *il potere del tribunale dovrebbe essere considerato semplicemente intollerabile*»<sup>256</sup>.

Si sa che è proprio la situazione temuta da Kelsen quella che si è venuta materializzando nelle costituzioni del secondo dopoguerra e ciò spiega come «l’interpretazione della Costituzione possa essere, e di fatto sia, influenzata [...] da fattori “politici”»<sup>257</sup>: esse hanno avuto l’ambizione di combinare il tradizionale ruolo del costituzionalismo di garantire *liberty and property* con quello ben più pretenzioso (ma storicamente necessitato) di attivare un sistema di valori funzionali a un «progetto di riforma e di superamento di una certa società che con quei valori contrasta»<sup>258</sup>. Il tutto saldato dalla presenza di un organo di giustizia costituzionale, pensato da Kelsen a tutela di una costituzione-garanzia e non di una costituzione-indirizzo<sup>259</sup> carica di valori proiettati nel futuro: il che rende inevitabile conferire ampi poteri discrezionali all’organo di garanzia chiamato a gestire quei valori<sup>260</sup>, senza che si possano escludere esiti stigmatizzabili come “imperialismo giudiziario”. In tal senso sono spesso citate affermazioni come quella del futuro *Chief Justice* C. E. Hughes secondo il quale «We are under a Constitution, but the Constitution means what the Courts say it means» (1907); ribadita dalla Corte suprema nella sentenza *Cooper v. Aaron* del 1958, dove si legge che «the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land»; ma va detto che anche nell’ambito della recente dottrina tedesca si trovano riscontri in questo senso<sup>261</sup>.

Si è già detto che Kelsen aveva previsto e criticato duramente le possibili esorbitanze della giustizia costituzionale; si tratta ora di chiamare a

<sup>253</sup> *Op. ult. cit.*, 189; a pagina 190 Kelsen critica tale atteggiamento ritenendo che «la costituzione deve, specie quando crea un tribunale costituzionale, astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principi relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile».

<sup>254</sup> *Op. ult. cit.*, 189.

<sup>255</sup> *Op. ult. cit.*, 255.

<sup>256</sup> *Op. ult. cit.*, 190; corsivo mio.

<sup>257</sup> T. Martines, *Diritto costituzionale*, XIV ed., Milano, 2017, 103 ss.

<sup>258</sup> M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, 1995, 141.

<sup>259</sup> La contrapposizione è notoriamente di M. Fioravanti, *Appunti*, cit., cap. IV.

<sup>260</sup> F. Modugno, *Corte*, cit., 25, il quale sottolinea che «in ciò convergono le stesse antitetiche posizioni di Kelsen e di Schmitt».

<sup>261</sup> Per un esempio cfr. B. Rüthers, *La rivoluzione*, cit., 39, che cita un manuale tedesco dove si legge che è il Tribunale federale «a stabilire ciò che dice il Grundgesetz».

raccolta ogni possibile argomento in grado di ridimensionarne l'impatto sul sistema politico-costituzionale, sia pure nella consapevolezza che un paradosso iniziale è irrimediabilmente incistato nella struttura stessa delle costituzioni vigenti: quello di dover fare funzionare il *judicial review* in un *habitat* diverso – e pur storicamente ineluttabile dopo le tragedie del Novecento – da quello ad esso funzionale. Nelle parole di Mezzanotte «la placida sobrietà di una costituzione deideologizzata ed autoevidente, che rifuggendo dalle formulazioni plurivoche, chiude ogni possibile varco al pluralismo interpretativo»; breve e «priva di intonazioni trionfistiche», nella «rassegnata presa di coscienza della irreversibile rottura dell'opinione e dell'avvento del politeismo dei valori, e nella consapevolezza – assai acuta in Kelsen – che quanto più è ampio e indeterminato l'ambito della costituzione, tanto maggiore è il “carattere politico del sindacato di costituzionalità”»<sup>262</sup>.

Eppure, a chi ha a cuore la democrazia costituzionale (in quanto garanzia dei diritti e tutela dei valori costituzionali nei confronti delle possibili prevaricazioni della maggioranza) è richiesta una finezza interpretativa che eviti la semplificazione brutale di identificare i tribunali costituzionali in «una sorta di corpo legislativo non eletto»<sup>263</sup> e provi a disegnare confini il meno labili possibili fra attività *lato sensu* creatrice del giudice e legislazione parlamentare.

In questa prospettiva si può valorizzare la posizione che Kelsen assumeva nel 1930 a proposito dell'interpretazione, che in qualche modo sarà ripresa – come si è visto – da Calamandrei quando discorre di non incompatibilità fra «giurisdizionale» e «politico».

Scrivendo il giurista di Praga nel saggio “Chi deve essere il custode della Costituzione?”<sup>264</sup>: «in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento decisorio, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica, ma non la “vera” giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere che dà alla

---

<sup>262</sup> C. Mezzanotte, *Corte*, cit., 15-16 e 70. Implicitamente tiene conto dell'ultima osservazione L. Elia, *Il potere creativo delle corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa*, Padova, 1988, 221, laddove scrive che forse «diritto giurisprudenziale, specialmente per quanto riguarda le corti costituzionali, vuole alludere ad una figura complessa in cui al necessario intervento sulle leggi può eventualmente accompagnarsi un elemento creativo».

<sup>263</sup> R. Dahl, *Quanto*, cit., 107; v. anche 15 e 40.

<sup>264</sup> Ora in H. Kelsen, *La giustizia*, cit., 242.

funzione giudiziaria lo stesso carattere “politico” che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione. Il carattere politico dell’una e dell’altra presenta una differenza puramente quantitativa e non già qualitativa». Altrettanto incisiva è l’affermazione che Kelsen fa nel saggio “Lineamenti di teoria generale dello Stato” (1926)<sup>265</sup>: «il giudizio del giudice è esso stesso una *norma giuridica* individuale, l’individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale o astratta, la prosecuzione del processo di produzione del diritto dal generale all’individuale. Solo il pregiudizio secondo il quale tutto il diritto è racchiuso nella norma generale, solo l’erronea identificazione del *diritto* con la *legge*, poteva offuscare questa nozione». E ancora: «il compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta o l’atto amministrativo giusto è approssimativamente lo stesso di quello di creare, nello schema della Costituzione, le leggi giuste»<sup>266</sup>.

Con questi ragionamenti Kelsen offre una base concettuale per poter affermare che il *judicial review* è costituito da due anime indissolubilmente compenstrate, giuridica e politica<sup>267</sup>: nel senso che l’organo che amministra la giustizia costituzionale nel momento stesso in cui si comporta da giudice (emana cioè una sentenza) innesca una potenzialità creativa riconducibile al “politico”; ma – a prospettiva invertita – per dispiegare quella potenzialità non può che utilizzare le tecniche decisorie proprie del giudice<sup>268</sup>. Affinando il ragionamento, lo si può fruttuosamente incrociare con il pensiero di Calamandrei, Crisafulli ed Elia, di tre giuristi, cioè, che, ciascuno a suo modo, si sono misurati, con riferimento alla giustizia costituzionale, con il tema della differenza fra creatività giurisprudenziale e deliberazione legislativa. Il primo afferma che quello del giudice è «un potere legislativo non libero, ma *comandato dalla Costituzione*», nel senso che può essere esercitato per soli motivi di incostituzionalità<sup>269</sup>. Il secondo si attiene a una posizione di stretto formalismo: se «di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà almeno aggiungersi [...] che si tratterebbe di una legislazione *a rime obbligate*. La

<sup>265</sup> Vedilo riprodotto in H. Kelsen, *Dottrina dello Stato*, A. Carrino (cur.), Napoli, 1994, 97; corsivi originali.

<sup>266</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di teoria pura del diritto*, Torino, 1970, 123.

<sup>267</sup> Questo è uno dei *leitmotiv* del libro di Cheli, *Il giudice*, cit.: v. in particolare le pagine 31, 80 e 125. Di recente ha ribadito la tematica della doppia anima, politica e giurisdizionale, della Corte, G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4, 2020. Si veda anche R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017.

<sup>268</sup> Mi sembra che colga la complessità della situazione K. Hesse (citato da J. Habermas, *Fatti e norme*, Milano, 1996, 291) laddove scrive che «le decisioni assunte dalla giustizia costituzionale contengono un momento di creatività. Ma *ogni* interpretazione ha carattere creativo. Essa resta *interpretazione* anche quando serve a decidere questioni di diritto costituzionale, e anche quando ha per oggetto quelle norme comprensive ed aperte che sono peculiari del diritto costituzionale. Concretizzare queste norme è forse più difficile che concretizzare prescrizioni più dettagliate; ciò non toglie tuttavia che si tratti, in entrambi i casi, di procedimenti strutturalmente analoghi»; corsivi testuali.

<sup>269</sup> P. Calamandrei, *La legittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (1950), ora in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 388; corsivo originale.

Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore»<sup>270</sup>. Quanto alla posizione di Elia, egli distingue fra attività innovativa (estranea alla Corte) e attività creativa che la Corte pone in essere, ma non in chiave di creatività *ex nihilo*, ma di creatività strumentale all'*adaequatio* della legislazione sottoposta al suo controllo alla Costituzione<sup>271</sup>.

Intento (e, in qualche misura, merito) di queste posizioni è quello di salvaguardare strenuamente il carattere giurisdizionale del *judicial review*, inchiodandolo nel ruolo di bocca della costituzione al fine di tenerne a freno l'immanente vocazione creatrice: contengono dunque un nocciolo di verità, ma sarebbe una forzatura utilizzarle al fine di negare la complessità del ruolo della giustizia costituzionale; vorrebbe dire dimenticarsi che le costituzioni di cui le corti sono custodi sono il più politico degli atti giuridici<sup>272</sup> e che dunque le controversie intorno ad esse inevitabilmente attirano l'organo di giustizia costituzionale «nel campo gravitazionale del politico»<sup>273</sup>.

Del resto, si può non immotivatamente proporre una sorta di simmetria fra status della costituzione e ruolo del *judicial review*: come il primo riassume in sé i caratteri di norma giuridica e di documento di indirizzo politico (con massima intensità negli articoli dal forte carattere programmatico), così l'organo di giustizia costituzionale si dispiega, a seconda delle circostanze in cui è chiamato ad operare, nella stessa duplice dimensione espressa dalla costituzione<sup>274</sup>. Si può anche parlare di «ambiguità» al suo riguardo<sup>275</sup>, purché il termine si limiti a connotare la qualità delle sue decisioni (nelle quali si mescolano – a cominciare dalla Corte USA – giuridicità e politicità), ma non la qualità del suo status: se si parla di controllo *giurisdizionale* l'aggettivo deve essere considerato essenziale, e dunque deve connotare una realtà che non può che essere disciplinata secondo i canoni della giurisdizionalità e secondo quei canoni deve essere percepita anche a livello di simbologia pubblica, essendo l'aura di giurisdizionalità, portatrice com'è di valori di indipendenza e di imparzialità,

<sup>270</sup> V. Crisafulli, *La corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. Cost.*, I, 1976, 1707; corsivo nel testo.

<sup>271</sup> Il pensiero di Elia in argomento è ben sintetizzato da V. Marcenò, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale come discrezionalità della scelta dei mezzi in funzione dell'adaequatio negli scritti di Leopoldo Elia*, in M. Dogliani (cur.), *La lezione di Leopoldo Elia*, Napoli, 2011, 249 ss.

<sup>272</sup> A. Torre, *L'intrinseca politicità della giurisdizione costituzionale*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, 394.

<sup>273</sup> E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., che così prosegue: se la giurisdizione costituzionale «percepisce il proprio compito in modo giusto, dal punto di vista funzionale, e corretto, dal punto di vista sostanziale, allora essa ha necessariamente, in questo senso, una dimensione politica».

<sup>274</sup> Le considerazioni del testo si ispirano al pensiero di E. Cheli, *Il giudice*, cit.: v. in particolare le pagine 31-32, 80, 125.

<sup>275</sup> È sempre Cheli, *op. ult. cit.*, a leggere la giustizia costituzionale sotto il segno dell'ambiguità: v. in particolare le pagine 31 e 125.

l'unica a poter fondare la legittimazione di un istituto come il *judicial review*<sup>276</sup>, che pure si colloca fuori dalla classica tripartizione dei poteri. Ne è prova che anche la dottrina – quella francese – più disinvolta nel parlare di «régime concurrentiel d'énonciation des normes»<sup>277</sup> a proposito del proprio sistema di controllo di costituzionalità<sup>278</sup> o quella tedesca che parla di sostanziale contitolarità dell'indirizzo politico fra Tribunale costituzionale tedesco e Governo<sup>279</sup>, o ancora, per quanto riguarda l'Italia, di «funzione di collaborazione della Corte con il potere legislativo»<sup>280</sup>, non rinuncia ad asseverare con forza il carattere giurisdizionale dell'organo. C'è una ragione di fondo che spinge verso questa soluzione: la necessità di limitare i poteri dell'organo titolare del *judicial review*. Solo gli organi giurisdizionali, infatti, sono, negli ordinamenti di democrazia costituzionale, sigillati in un'armatura ferrea che impone loro una serie di costrizioni esterne e interne in grado di disciplinarne le potenzialità operative. Ed è proprio questa ferrea armatura che fa la differenza tra il produrre diritto attraverso sentenze e produrlo attraverso leggi<sup>281</sup>: da parte della dottrina unanime si parla in proposito di passività processuale (*nemo iudex sine actore*), di imparzialità (*nemo iudex in causa propria*), della garanzia del contraddittorio (*audiatur et*

<sup>276</sup> In questo senso si esprime anche G. Silvestri, *Poteri attivi e poteri moderatori*, in L. Luatti (cur.), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994, 33.

<sup>277</sup> La disinvolvatura è in buona parte giustificata dal fatto che il controllo del *Conseil* è soprattutto attivato in via preventiva e da organi o da realtà politiche. Significativo, ad esempio, l'articolo di B. François, *La perception*, cit., impostato sul presupposto che il *Conseil* sia una sorta di terza camera.

<sup>278</sup> La frase fra virgolette è di D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 1993, 408. Più articolata la posizione di M. Troper, *Justice constitutionnelle et démocratie*, in *Rev. fr. dr. const.*, 1990, I, 40 secondo il quale «sous la V<sup>e</sup> République la fonction législative est exercée par un organe complexe, dont l'un des organes partiels est l'ensemble formé par le Gouvernement et le Parlement [...] et dont l'autre organe partiel est l'ensemble formé par l'une des autorités de saisine et du Conseil constitutionnel lui-même». Naturalmente queste posizioni non sono unanimemente seguite dalla dottrina francese: il dibattito è ben sintetizzato da D. Mineur, *Le Pouvoir de la majorité*, Paris, 2017, 209 ss., al quale vanno aggiunte le aspre considerazioni critiche di J. Krynen, *Le Théâtre juridique*, Paris, 2018, 12: «À l'État tout-puissant a bien succédé l'État de droit. Vive l'État de droit? Il faut prendre garde. Au stade actuel de son évolution, il ne sert pas la démocratie. Son fonctionnement échappe aux représentants du peuple. Il est placé entre les mains d'une trinité de juges nationaux (Conseil constitutionnel, Cour de cassation, Conseil d'État). Également sous le contrôle de la justice européenne».

<sup>279</sup> R. Tarchi, *Democrazia*, cit., 561. Non mi sembra scorretto ricordare la dottrina proposta nel 1957 da P. Barile: lo studioso fiorentino poneva sullo stesso piano Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale, e riconosceva loro la contitolarità dell'indirizzo politico, distinguendo peraltro tra la funzione «stimolante» dei primi due e quella «paralizzante» degli altri due (l'articolo si può ora leggere in P. Barile, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 226 ss.).

<sup>280</sup> F. Modugno, *Corte*, cit., 101.

<sup>281</sup> L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte* (ottobre 1981-luglio 1985), in AA. VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 312.

*altera pars*), del rispetto del principio di legalità e di quello di *non liquet*.

Non c'è che da aggiungere la regina delle caratteristiche dell'attività giudiziaria (e quella più strettamente connessa alla logica del costituzionalismo<sup>282</sup>): l'obbligatorietà della motivazione, tanto più necessaria in un contesto in cui il controllo di legittimità costituzionale non si limita alla forma, ma si estende al contenuto delle leggi<sup>283</sup> ed aspira ad avere l'ultima parola<sup>284</sup>. Forse non è azzardato, parlare a proposito della motivazione di una forma *sui generis* di *accountability*<sup>285</sup>, in quanto funzionale, nel suo rilievo extraprocessuale, per un verso, all'esposizione al pubblico e al controllo da parte della collettività delle ragioni della sentenza<sup>286</sup>, dando così pregnanza al fatto che essa è emanata in nome del popolo<sup>287</sup>; per altro verso, alla necessità di imporsi, grazie alla forza e alla coerenza del ragionamento, alle altre autorità costituzionali, dal parlamento alle altre giurisdizioni<sup>288</sup>.

## 7. Ultime considerazioni

In questo paragrafo vorrei provare a combinare due ordini di considerazioni in ambiguo rapporto tra loro, in quanto il primo tende a sdrammatizzare<sup>289</sup> il ruolo effettivo che il *judicial review* gioca nella democrazia costituzionale, l'altro a rimarcare l'importanza del suo ruolo, non solo sul piano teorico.

Cominciando dal primo, si può innanzitutto osservare che il controllo di legittimità costituzionale, lungi dall'essere l'unico vincolo che limita il potere politico, si inserisce in una serie di condizionamenti strutturali e funzionali che lo ingabbiano potentemente: la forma di civilizzazione del potere che si identifica nel costituzionalismo ha trovato infatti una strada maestra per cercare di raggiungere l'obiettivo sintetizzato dalla formula "checks and balances". Si tratta in sostanza di istituire una polifonia di poteri compatibili fra loro in quanto volti ad istituire «un governo limitato, nel

---

<sup>282</sup> F. J. Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, Torino, 2020, 138: è «la stessa logica del costituzionalismo, e della esigenza di limitazione del potere ad esso connaturata, ad imporre al giudice l'obbligo di motivare la propria decisione, quando illustra le ragioni su cui si fonda, gli argomenti presi in considerazione che lo hanno portato ad adottare una decisione concreta e determinata, scegliendo tra varie possibilità a disposizione». Si veda anche, in senso conforme, C. Pinelli, *Interpretazione*, cit., 1023.

<sup>283</sup> Lo ricorda in più punti del suo libro E. Cheli, *Il giudice*, cit., 20 e, con riferimento alla pressoché nulla operatività dell'art. 28 della legge 87/1953, pagine 45 e 78.

<sup>284</sup> L. Elia, *Il potere*, cit., 229: «le corti costituzionali possono avere veramente – ed hanno – l'ultima parola, ma questo non le autorizza a superare certi limiti. E il limite risiede soprattutto nella motivazione».

<sup>285</sup> A. Gamper, *Corte costituzionale austriaca e legittimazione democratica*, in D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Giurisdizione*, cit., II, 13.

<sup>286</sup> M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., 88.

<sup>287</sup> P. Rosanvallon, *Controdemocrazia*, cit., 233-234.

<sup>288</sup> M. Troper, *Per una teoria*, cit., 322-323.

<sup>289</sup> Parla di «sdrammatizzazione» della difficoltà contromaggioritaria, O. Chessa, *I giudici*, cit., 260; V. Marcenò, *La sdrammatizzazione*, cit., 249.

significato specifico di un governo inclusivo di poteri che risultano essere tutti intrinsecamente limitati, proprio perché non originari, ma derivati dal potere costituente che li ha previsti in Costituzione con certe attribuzioni, con la conseguenza di considerarli legittimamente operanti solo in un determinato ambito previamente definito e li ha inoltre disposti in modo che possano e debbano reciprocamente limitarsi e frenarsi, secondo le tecniche del bilanciamento che risalgono al costituzionalismo più nobile»<sup>290</sup>. In secondo luogo, va messo in luce che solo una scienza costituzionalistica di tipo entomologico può trascurare il fatto che, per quanto epocali possano essere alcune sentenze emanate in sede di controllo di costituzionalità, rimane pur sempre abissale, considerato nel suo complesso, il divario fra l'impatto che sul sistema politico-sociale hanno le decisioni degli organi democraticamente eletti e quello indotto dalla giurisprudenza costituzionale. Una volta associato – come si è fatto nelle pagine precedenti – il carattere interstiziale del diritto giurisprudenziale<sup>291</sup>, per quanto fatto salire di tono da una legislazione sempre più di principio<sup>292</sup>, rimane incontestabile, per un verso, che «con l'arma della pronuncia di accoglimento è impossibile realizzare programmi di legislazione e sostituirsi al legislatore nelle grandi scelte di riforma legislativa»<sup>293</sup> e che la limitazione di potere subita da parlamento e governo attraverso il controllo giurisdizionale è di entità assai modesta<sup>294</sup>; per l'altro, che è compito «della legislazione sviluppare indirizzi politici generali; e della giurisdizione ripulire i difetti fatti emergere anche

<sup>290</sup> L. Elia, *L'esperienza*, cit., 147-148: il maestro non esemplifica, ma mi sembra evidente che pensi alla separazione dei poteri (sia intesa in maniera classica, che come dualismo fra *gubernaculum* e *iurisdictio*, che come contrapposizione tra *continuum* maggioritario e opposizione); al controllo di legittimità costituzionale sulle leggi; alla distinzione fra poteri con funzioni stimolanti e quelli con funzioni paralizzanti (v. *retro* nota 279); alle situazioni di potere politico condiviso fra più organi; al bicameralismo nelle sue diverse declinazioni; al referendum; all'*impeachment*...

<sup>291</sup> R. Dworkin, *Questioni*, cit., 7; A. Barak, *La discrezionalità*, cit., 227. O. Chessa, *I giudici*, cit., 254 ricorre alla metafora dell'ascia (impugnata dal potere politico) e del bisturi (impugnato dal potere giurisdizionale) per visualizzare la differenza di forza conformante del potere politico, in grado di dettare tempi e modi di progetti riformatori talvolta di ampio respiro, rispetto a quello giurisdizionale i cui interventi sono strutturalmente frammentari, parcellizzati, interstiziali: in sintesi – come si dirà anche nel testo – macrosistemici i primi, microsistemici i secondi. Un'altra metafora minimalista è utilizzata da G. U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *AIC, Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici (Annuario 1998)*, Padova, 1999, 129: la Corte costituzionale «è come un sarto che mette a punto un vestito già fatto da altri, e dunque non può ristrutturarlo negli aspetti portanti, ma solo migliorarlo nei particolari (allungare una manica, togliere una piega, e simili)». Il pensiero dello stesso studioso è più aspramente esplicitato con riferimento all'art. 3, secondo comma Cost., in uno scritto più recente: G.U. Rescigno, *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in E. Ghera, A. Pace (cur.), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, 2009, in particolare 124-125.

<sup>292</sup> A. Barak, *op. ult. cit.*, 231.

<sup>293</sup> O. Chessa, *I giudici*, cit., 254.

<sup>294</sup> O. Bachof, *Grundgesetz*, cit., 80.

dai problemi che le disposizioni hanno prodotto in fase di applicazione»<sup>295</sup>, rimanendo escluse, almeno nella maggioranza dei casi, forme di suprematismo giudiziario<sup>296</sup>.

Date queste premesse, ne deriva la conseguenza che, per quanto riguarda la disciplina dei diritti fondamentali, la tutela macrosistemica si colloca a livello legislativo, in quanto il legislatore è «dotato di possibilità ampie e molteplici di intervento sull'economia e la società», mentre al giudice costituzionale è riservata la «tutela microsistemica, limitata dalle stesse modalità procedurali di un intervento di un organo legato alla sua matrice giurisdizionale»<sup>297</sup>: il che significa che la centralità storica della legge e il primato della politica non risultano seriamente intaccate dal *judicial review*, risultando al contrario confermato che «i poteri esecutivo e legislativo hanno un potere intrinseco maggiore»<sup>298</sup>.

Questa analisi risulterebbe confermata dall'osservazione empirica – sviluppatasi con riferimento agli Stati Uniti – degli atteggiamenti delle corti che gestiscono il *judicial review*: è ormai di dominio comune la consapevolezza che, considerata nel medio-lungo periodo, la giurisprudenza costituzionale finisce per allinearsi agli indirizzi politici di fondo espressi dal potere governante<sup>299</sup>. Pertanto alla considerazione secondo cui la Costituzione è quello che i giudici dicono che sia si rende necessario affiancare un'altra che tenga presente i condizionamenti politico-sociali che influiscono sulle loro decisioni<sup>300</sup>, fra i quali si affaccia anche la dicotomia fra democrazia consensuale e democrazia maggioritaria<sup>301</sup>: se ne conclude, sia pure con le dovute problematizzazioni, che la Corte nel medio-lungo periodo «è costretta ad inchinarsi ai reali vincoli democratici», sicché risulterebbe smentita sul piano empirico l'esistenza della stessa *counter-majoritarian difficulty*<sup>302</sup>. Della tesi secondo la quale «gli orientamenti giurisprudenziali convergono sempre sui grandi indirizzi di fondo delle forze politiche, dei movimenti di opinione dominanti e del complesso degli attori costituzionali»<sup>303</sup> si fa promotrice negli USA una nutrita corrente culturale,

<sup>295</sup> R. Tarchi, *Democrazia*, cit., 550.

<sup>296</sup> M. Fioravanti, *La costituzione*, cit., 395.

<sup>297</sup> G. Silvestri, *Dal potere ai principi*, Roma-Bari, 2009, 100, il quale a pagina 108 osserva che l'«intervento del giudice non può che essere “correttivo”, non nel senso di minimale, ma nel senso di circoscritto al profilo della questione ritualmente sollevata».

<sup>298</sup> S. M. Griffin, *Il costituzionalismo*, cit., 203.

<sup>299</sup> A. Pierini, *Corte*, cit., 82 ss. descrive accuratamente questo filone di ricerche, iniziato da Dahl a metà degli anni '50, «concordemente dirette a sostenere il ruolo di “istituzione maggioritaria” nei fatti attribuibile alla Corte Suprema».

<sup>300</sup> V. le interessanti informazioni riportate da L. Corso, *I due volti*, cit., 146 ss.

<sup>301</sup> Osservazioni al riguardo in R. Tarchi, *Democrazia*, cit., 549.

<sup>302</sup> A. Pierini, *op. e loc. ult. cit.*; O. Chessa, *I giudici*, cit., 255, richiamandosi agli studi già ricordati di Dahl, arriva ad affermare che «la valenza contromaggioritaria del *judicial review* è tesi inesatta sul piano empirico».

<sup>303</sup> O. Chessa, *I giudici*, cit., 274. Inquietante la testimonianza (in I. Fassassi, *Justice*, cit.,

i cui componenti non sono certo succubi dell'irresistibile fascino del *judicial review*. Il primo da citare (anche perché autore delle più risalenti ricerche in argomento) è Dahl<sup>304</sup>, il quale alla fine degli anni '80 constatava che «le convinzioni di una maggioranza della Corte Suprema sono generalmente conformi a quelle prevalenti all'interno della maggioranza legislativa del paese. Presupporre una situazione diversa da questa non sarebbe affatto realistico. I custodi parziali della Corte Suprema di rado si oppongono per più di qualche anno alle principali opzioni politiche proposte da una maggioranza di votanti»<sup>305</sup>. Ma già una ventina d'anni prima e poi una decina d'anni dopo erano stati studiosi come Bickel e Tushnet a canonizzare questa tendenza. Il primo scrive: «the Supreme Court's law [...] could not in our system prevail [...] if it ran counter to deeply felt popular needs or convictions, or even if it was opposed by a determined and substantial minority and received with indifference by the rest of the country. This, in the end, is show and why judicial review is consistent with the theory and practice of political democracy. This is why the Supreme Court is a court of last resort presumptively only»<sup>306</sup>. Sulla stessa lunghezza si pongono le considerazioni del secondo laddove scrive che «looking at judicial review over the course of U.S. history, we see the courts regularly being more or less in line with what the dominant national political coalition wants. Sometimes the courts deviate a bit, occasionally leading to better political outcomes and occasionally leading to worse ones. Adapting a metaphor from electrical engineering, we can say that judicial review basically amounts to noise around zero: It offers essentially random changes, sometimes good and sometimes bad, to what the political system produces»<sup>307</sup>. Da questo ordine di considerazioni si dovrebbe uscire con la convinzione che ha ragione Dahl quando sostiene che i giudici costituzionali sono – e devono essere – indipendenti nelle singole dispute, ma non dagli orientamenti di fondo del sistema politico e ha ragione Shapiro quando afferma che dai giudici ci aspettiamo che siano «indipendenti al dettaglio, non all'ingrosso!»<sup>308</sup>:

---

598) del giudice Frankfurter, membro della Corte che ha emesso la sentenza *Brown* (1954), il quale ha ammesso che, se avesse dovuto giudicare il caso nel 1940, avrebbe votato a favore della segregazione, seguendo l'onda dell'opinione pubblica.

<sup>304</sup> Di lui M. Tushnet, *The structures*, 61, sintetizza il pensiero scrivendo che «Robert Dahl observed of the US Supreme Court that the Supreme Court's actions over a reasonably extended time period were rarely out of line with the policy views of the then-governing political coalition».

<sup>305</sup> R. Dahl, *La democrazia e i suoi critici* (1989), Roma, 1990, 287: trasparente mi sembra il riferimento allo scontro fra Roosevelt e Corte durante il periodo del *New Deal*. V. comunque M. Tushnet, *Taking*, cit., 134.

<sup>306</sup> A. M. Bickel, *The Least*, cit., 258.

<sup>307</sup> M. Tushnet, *Taking*, cit., 153.

<sup>308</sup> Mi avvalgo della sintesi di C. Guarnieri, *Giustizia e politica*, Bologna, 2003, 44. Opportuna appare peraltro, e compatibile con le posizioni di Dahl e Shapiro, l'osservazione secondo cui se «di un effetto maggioritario dell'esercizio del *judicial review* può parlarsi, lo si può fare [...] solamente in senso generale, come sensibilità dei

sarebbe la logica stessa del sistema – come è stato acutamente osservato, rifacendosi al pensiero di Dahl – che depriva i garanti inseriti in contesti democratici «della possibilità di seguire, alla lunga, vie di legittimazione che in un modo o in un altro alla fine non colino verso una compartecipazione del garante alla complessiva democraticità del sistema» o, addirittura, alle tendenze delle maggioranze in atto<sup>309</sup>.

Il *judicial review* comunque, anche sdrammatizzato – sia pure con le necessarie cautele metodologiche necessarie per non attizzare oltre misura i bollenti spiriti dell'empirismo – sotto il profilo del reale impatto che esso ha sulla effettiva dinamica politico-sociale (che può non trovare corrispondenza nella distinzione tematizzata dalla Corte suprema nella *Foot Note Four* fra *strict scrutiny* e sindacato standard), non può essere esentato da un supplemento di riflessione, che porta al secondo ordine di considerazioni cui si è fatto cenno all'inizio del paragrafo. Tale riflessione muove dalla presa d'atto della circostanza che la democrazia costituzionale si dispiega in un percorso le cui tappe segnano un'irresistibile progressione verso un approdo elitario<sup>310</sup>: si passa dalle decine di milioni di elettori, alle poche centinaia di rappresentanti, alle poche decine di membri dell'esecutivo al cui vertice è insediato un uomo o una donna. A questo complesso di organi politici, si affianca poi, nella versione elitista del costituzionalismo<sup>311</sup>, quello della giustizia costituzionale, i cui organi sono composti da un numero molto limitato di giudici. La maggioranza di essi può annullare o convalidare inappellabilmente una legge (di fatto sindacata nel contenuto oltre che nella forma<sup>312</sup>) che ha in genere un molto tenue (e talvolta molto lontano) legame con la volontà espressa dal corpo elettorale il giorno del voto: questo è l'esito finale del processo di aristocratizzazione che iniziato il giorno del voto si conclude sulle pagine delle gazzette ufficiali dei vari paesi per dare pubblicità alla legge e/o alla sentenza che l'ha giudicata.

Orbene, l'aver preso atto, anche grazie a ricerche empiriche, che la cd. difficoltà contromaggioritaria si può nel medio-lungo periodo mitigare fino a un sostanziale *appeasement*, se può placare le inquietudini dei critici più o meno radicali del *judicial review*, comporta che il costituzionalismo, nella sua dimensione di limitazione giuridica del potere politico, ne esca alquanto compromesso, posto che tale dimensione si realizza pienamente solo se

---

giudici rispetto al contesto politico e culturale nell'ambito del quale l'interpretazione ed applicazione della Costituzione sono chiamate a produrre i propri effetti, restando quindi preservata la discrezionalità dell'interprete nelle singole decisioni» (A. Pierini, *Corte*, cit., 95).

<sup>309</sup> S. Niccolai, *I poteri*, cit., 142.

<sup>310</sup> Cfr., se vuoi, A. Di Giovine, *Dal principio*, cit., 59 ss.

<sup>311</sup> L. Corso, *I due volti*, cit., 11, la quale distingue «fra un costituzionalismo *elitista* e un costituzionalismo *popolarista*»; corsivi suoi.

<sup>312</sup> Con riferimento al caso italiano – non diverso da quello di altri paesi – cfr. E. Cheli, *Il giudice*, cit., 20 e 45; M. Luciani, *Una legislazione penale più coerente*, in *Giur. Cost.*, 1995, 370; G. Silvestri, *Del rendere*, cit., 1 estratto.

potere governante e potere di controllo si confrontino in chiave dialettica e non consociativa: il che esige che se al secondo è affidata la tutela dei diritti fondamentali, ciò non può che implicare una *deminutio* del potere politico (non a caso temuta – come si è visto – dal *political constitutionalism*), che si vede sottrarre dalla sua agenda un significativo spazio d'azione. Sembra nel giusto Dahl quando afferma che anche «se l'autorità dei custodi parziali [alias i giudici costituzionali n.d.r.] si limitasse a poche questioni di diritti e interessi fondamentali, il demo si vedrebbe necessariamente privato del controllo delle stesse: [...] *più è vasta la portata dei diritti e degli interessi soggetti alla decisione finale dei custodi parziali, più si restringe quella del processo democratico*»<sup>313</sup>.

È come dire che la democrazia costituzionale – una volta acclarato che qualunque «forma di governo democratica incorpora qualche elemento aristocratico»<sup>314</sup> – esibisce logiche non malleabili con riferimento ai rapporti fra il versante ascrivibile al principio democratico e quello ascrivibile al principio liberale (e garantistico): se si vuole mantenere intangibile il secondo, nella convinzione che è la tutela della libertà e dignità<sup>315</sup> della persona il vero valore aggiunto dello Stato costituzionale, c'è un costo da pagare in termini di “democraticità” del sistema<sup>316</sup>.

A non pagarlo si determina un'asimmetria fra élites politiche (incardinate nella rappresentanza) ed élites giudiziarie (che controllano le decisioni delle prime) a vantaggio dei rappresentanti: un'asimmetria che potrebbe incidere sul concetto di “democrazia costituzionale”, intesa come democrazia «moderata» dal costituzionalismo<sup>317</sup>, e su quello di “costituzionalismo”, inteso come combinazione – storicamente inveratasi, sia pure con le aporie prima evidenziate<sup>318</sup> – fra democrazia ed elitismo.

Alfonso Di Giovine

Dip.to di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Torino  
[alfonso.digiovine@unito.it](mailto:alfonso.digiovine@unito.it)

<sup>313</sup> R. Dahl, *La democrazia*, cit., 285; corsivo mio.

<sup>314</sup> M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, 10.

<sup>315</sup> Da segnalare, in tema di dignità, la monografia di M. Di Ciommo, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010.

<sup>316</sup> Secondo M. Barberis, *Etica*, cit., 58, «quando si fa teoria della democrazia [...] democrazia e liberalismo devono essere tenuti distinti [...] Per dir così: democrazia è democrazia, e non diritti, giustizia o pace».

<sup>317</sup> E.-W. Böckenförde, *Stato*, cit., 488.

<sup>318</sup> Mi riferisco in particolare al sovrappiù di «giuristocrazia» che Kelsen avrebbe voluto evitare.