

# La Corte costituzionale vista «di là dal banco»

MASSIMO LUCIANI

1. - Già in altra occasione mi era capitato di osservare che in Italia è tutt'altro che frequente l'analisi in prospettiva storica delle questioni della giurisprudenza costituzionale (*Prefazione a A. Andreoni, Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, XVII sg.; parzialmente riprodotta, con il titolo – redazionale – *La storia come categoria analitica*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 3/2006, 666 sg.). Qualche ricostruzione complessiva del ruolo della Corte e delle trasformazioni esperite dalla sua collocazione nel sistema istituzionale, certo, c'è stata (cfr., in particolare, C. Rodotà, *Storia della Corte costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999), ma studi organici dei vari filoni giurisprudenziali sono stati tutt'altro che frequenti (da ultimo, oltre ad A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, cit., v. i numerosi volumi pubblicati, con il concorso della Corte costituzionale e di altre istituzioni, per i cinquant'anni della Corte stessa).

Le ragioni di questo atteggiamento del-

la dottrina sono molteplici. Qualche eccesso di dogmatismo (cui nella letteratura più recente fa oggi da contraltare, per speculare reazione, un difetto di inquadramento dommatico del diritto positivo), certo, ha pesato, e certo ha avuto un ruolo anche un eccesso di fortuna del genere «nota a sentenza» intesa come commento alla *singola* pronuncia (sul punto, v. M. Luciani, *Le note a sentenza e l'esperienza di «Giurisprudenza costituzionale»*. *Prime riflessioni*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Milano, Giuffrè, 2006, 445 sgg.). Quel che più ha influito, tuttavia, è a mio avviso la (sotterraneamente) perdurante vitalità dell'idea della giurisdizione come attività di meccanica applicazione della legge (o di qualunque altra fonte, Costituzione compresa), a lungo assai radicata nei paesi di *civil law*, nei quali per molto tempo ci si è abituati a considerare i mutamenti della giurisprudenza come meri riflessi (registrazioni) delle trasformazioni

del diritto positivo, senza connessione con l'evoluzione del quadro sociale, politico, economico. Né si deve trascurare la pressochè totale assenza di una tradizione di «storia giudiziaria», volta ad indagare la personalità dei singoli giudici, gli equilibri interni ai collegi, *etc.*

2.- Se è largamente mancata una storia dei giudici e della giurisprudenza costituzionale, a più forte ragione è mancata una storia della difesa tecnica innanzi la Corte: una storia, insomma, del rapporto fra giurisprudenza costituzionale e avvocatura (ho cercato di svolgere qualche riflessione sui profili – diciamo così – teorici di questo rapporto in *L'avvocatura del libero foro e la Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2006).

Per la verità, almeno l'esame degli scritti difensivi delle parti sarebbe sempre molto utile, per non dire doveroso, per comprendere la vera sostanza degli interessi e della posta in gioco nei vari giudizi costituzionali. È proprio leggendo quelle difese, poi, che è possibile capire se e dove la Corte sia stata reticente o audace; se e quanto abbia risposto a tutti gli interrogativi posti nel corso del giudizio; se e in che misura abbia replicato agli argomenti delle parti. Qualche volta, va detto, gli annotatori mostrano di aver considerato la produzione delle parti, e qualche volta alcuni scritti difensivi sono pubblicati nelle riviste specializzate (è quanto è accaduto, in alcune occasioni, in *Giurisprudenza costituzionale*). Anche se vi è qualche segno di una più chiara consapevolezza dell'importanza della questione (v., da ultimo, L. Casini, *La prima sentenza della Corte costituzionale: le memorie processuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,

2006, 13 sgg., ove si commentano – alleghandole – le memorie redatte, appunto, in occasione della prima controversia decisa dalla Corte), tuttavia, l'attenzione per la posizione e per gli argomenti delle parti resta alquanto occasionale e costituisce meno la regola che l'eccezione.

Sarebbe quindi molto utile far maturare la consapevolezza che le questioni di costituzionalità non si capiscono soltanto leggendo le pronunce che le hanno definite, così come sarebbe molto utile una storia del rapporto tra Corte e avvocatura.

Nel *call for papers* che il direttore di questa *Rivista* mi ha inviato, si prospetta la costruzione di un primo frammento di questa storia attraverso la raccolta delle considerazioni di alcuni «professori-avvocati» (per dirla con lo stesso Lacchè), caratterizzati da una qualche dimestichezza con la giurisdizione costituzionale, sul ruolo e sul funzionamento della Corte. Sulla Corte, insomma, vista «dall'altra parte del banco».

Sinora ho avuto modo di seguire (se i miei calcoli sono esatti) un po' più di cento giudizi costituzionali, tra incidentali, principali, per conflitto di attribuzione (sia tra enti che tra poteri), di ammissibilità di richieste di *referendum* abrogativo, da che (assai tardi, per la verità) ho affiancato l'attività professionale a quella di ricerca e di insegnamento, e sulla base di questa relativamente limitata esperienza (alla quale, però, mi piace aggiungere, perché maturata in una prospettiva completamente diversa, quella di assistente di studio di due giudici di finissima sensibilità giuridica e di ferrea dirittura morale come Alberto Malagugini e Ugo Spagnoli) credo di poter rispondere come segue almeno ad alcuni dei quesiti postimi dalla *Rivista*.

2.1. - Quanto al rapporto fra Corte costituzionale e società, e in particolare alla possibilità che la prima continui, ancora oggi, ad esercitare una «funzione educativa» sulla seconda, credo che la risposta dipenda molto dalla capacità della Corte di «chiamarsi fuori» rispetto alla contingenza della discussione politica occasionale. Solo una Corte capace di far valere la costanza dei principi costituzionali a fronte della volatilità e dell'occasionalità degli interessi politici del momento ha qualche *chance* di orientare la formazione dell'opinione pubblica nella prospettiva dei valori costitutivi dell'identità del nostro ordinamento.

Per far questo, tuttavia, c'è bisogno di una ferma volontà di affrontare direttamente qualunque problema, che nella storia della Corte non sempre è stato possibile registrare. La stessa crisi del giudizio incidentale dimostra, credo, la dimensione del problema.

In tutte le ultime conferenze stampa di fine anno, i Presidenti della Corte hanno messo in luce l'esplosione del contenzioso tra Stato e Regioni che ha accompagnato l'avvento del nuovo Titolo V. Non si è però notato con la stessa forza che ai fasti di quel contenzioso si accompagnava anche la contrazione (specie qualitativa) del sindacato incidentale. Questa contrazione mi sembra imputabile a due fattori.

Il primo è l'eccesso nell'applicazione del principio dell'interpretazione conforme a Costituzione. La stessa Corte ha duramente censurato i giudici che non avevano adeguatamente sondato la possibilità di un'interpretazione adeguatrice delle disposizioni legislative da applicare, e questo, certo anche al di là delle intenzioni, ha contribuito a far maturare l'abitudine di condur-

re le possibilità interpretative del testo normativo anche oltre il loro limite estremo, sicché l'interpretazione conforme a Costituzione ha finito per sostituire la (necessaria) richiesta di una pronuncia del giudice costituzionale.

Il secondo è il sentimento di frustrazione che è nutrito dai giudici che si vedono sbarrato lo scrutinio nel merito delle loro questioni per un eccesso di rigidità nel vaglio dei requisiti di ammissibilità o - non si può certo escludere che, come frequentemente ha osservato la dottrina, talora sia andata proprio così - perché il problema che era stato posto era «scomodo» e sembrava opportuno rinviarne la soluzione. Anche questo, è chiaro, ha avuto effetti disincentivanti sull'accesso alla giustizia costituzionale.

L'interpretazione conforme a Costituzione e il controllo scrupoloso dei requisiti di ammissibilità delle questioni erano stati concepiti come strumenti per consentire la penetrazione della Costituzione a tutti i livelli dell'ordinamento e per la costruzione di un corretto rapporto tra la Corte e i «suoi» giudici: condotti all'eccesso, però, essi si rovesciano nel loro contrario, e possono determinare un appannamento del ruolo della Corte e la diminuzione della sua capacità di dialogare (anche in funzione «educativa», appunto) con gli altri operatori del diritto e con tutta l'opinione pubblica.

Aggiungo che, proprio nella chiave del dialogo, va vista con favore la giurisprudenza che ha ampliato l'accesso al processo costituzionale (si pensi, in particolare, all'accesso al giudizio di ammissibilità referendaria anche di soggetti diversi dai promotori, il che è importantissimo specie quando il Presidente del Consiglio non si

costituisce: ricordo ancora l'imbarazzo che si prova nell'essere costretto, in assenza di contraddittorio, a prospettare alla Corte tutte le possibili eccezioni di inammissibilità di una richiesta di *referendum*, per poi cercare di contestarle). Specularmente, va considerato con qualche preoccupazione un recente indirizzo – che sembra maturarsi – assai restrittivo in tema di intervento nei giudizi incidentali.

2.2.- Quanto al rapporto con gli altri poteri costituzionali, che la Corte svolga una funzione arbitrale non è certo una novità e – anzi – è una diretta conseguenza della scelta, operata già dalla Costituzione, di affiancare strumenti tipici della *Staatsgerichtsbarkeit* a strumenti propri della *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Semmai, quel che c'è di nuovo è l'aumento della conflittualità e la sua estensione a quasi tutti i settori dei rapporti istituzionali (rapporti magistratura-Governo; magistratura-Parlamento; Presidente della Repubblica-Governo, etc.). Qui vi sono sia ragioni di preoccupazione che di ottimismo.

La preoccupazione sta, evidentemente, nel fatto che il moltiplicarsi del contenzioso può essere la spia di un malessere delle istituzioni e di un indebolimento dello spirito di leale collaborazione. L'ottimismo, però, lo ravviso nella giuridicizzazione/formalizzazione dello scontro, che ha il pregio sia di consentire una soluzione diversa da quella della prevalenza del più forte, sia di rendere trasparente – e accessibile al controllo della pubblica opinione – la contesa.

2.3.- Quanto, infine, al rapporto fra giurisprudenza costituzionale e dottrina (e avvocatura), che potrei sintetizzare nella formula «chi ha influenzato chi?», la risposta

da dare, per banale che sia, è che un saldo dei debiti e dei crediti non lo si può fare.

Per ciò che riguarda i rapporti con l'avvocatura, è evidente che le parti orientano le proprie difese e anche il loro stesso modo di concepire la controversia a seconda del quadro di principi che la giurisprudenza costituzionale aveva già prima contribuito a disegnare. Nondimeno, chi volesse studiare seriamente qualche causa potrebbe cogliere, talvolta, il debito della Corte nei confronti della difesa dell'una o dell'altra parte, testimoniato dalla continuità tra argomenti difensivi e svolgimento logico della motivazione della pronuncia finale.

Quanto alla dottrina, le cose sono ancora più complicate. Direi che l'andamento dei rapporti con la Corte è stato altalenante. Per una lunga fase è stata la dottrina che ha svolto la funzione di pungolo nei confronti della giurisprudenza costituzionale, contribuendo a metterne in luce l'eccessiva timidezza, specie in materia di diritti di libertà, e la troppo rigida connessione con una tradizione dommatica (quella della giuspubblicistica di ascendenza tedesca di fine Ottocento) ormai inesorabilmente invecchiata. Altre volte, però, è stata la Corte a sollecitare un ripensamento delle categorie giuridiche più tradizionali: farei l'esempio della giurisprudenza sul nuovo Titolo V, in particolare per quel che riguarda la ripartizione per materia delle competenze, e anche quello di alcune sentenze in materia di libertà di coscienza.

3.- Concludo con qualche osservazione suggerita specificamente dalla prospettiva dell'avvocato. Cosa chiede un avvocato alla Corte? Lasciamo stare l'ovvia battuta che

l'avvocato chiede di vincere: quel che davvero chiede è che la Corte gli *risponda*.

La risposta della Corte, è ovvio, non è solo il *decisum*, ma anche e - in questa chiave - soprattutto la motivazione. Quel che maggiormente delude il difensore è la mancanza di una risposta ai suoi argomenti. Da questo punto di vista, quella che lascia l'amaro in bocca è soprattutto, la (non) motivazione *ex auctoritate*. Si pensi ad una questione che sia «coperta» - come in gergo si dice - da qualche, eventualmente saldo, precedente. Può succedere che la Corte si limiti a ribadire quei precedenti senza replicare agli argomenti del difensore, che magari aveva cercato di dimostrare come quei precedenti fossero da disattendere perché inconferenti, o non (più) condivisibili. Questo, credo, costituisce un cortocircuito in quel rapporto dialogico tra giudice e difensore che gli stessi Presidente della Corte hanno tante volte enfatizzato nelle loro conferenze stampa di fine anno e mette in dubbio l'effettiva sussistenza della häberliana società aperta degli interpreti della Costituzione, che in tanto può vivere e svilupparsi, in quanto sia costantemente nutrita dal confronto, anche critico, fra tutti gli appartenenti alla comunità degli esegeti del testo costituzionale. Il confronto, insomma, può anche essere duro. Ma non deve mancare.